



HAL
open science

Les mesures de sûreté – Étude comparative des droits pénaux français et allemand

Jenny Frinchaboy

► **To cite this version:**

Jenny Frinchaboy. Les mesures de sûreté – Étude comparative des droits pénaux français et allemand. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT: . tel-03956911

HAL Id: tel-03956911

<https://hal.science/tel-03956911>

Submitted on 25 Jan 2023

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

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

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, DE SCIENCE POLITIQUE ET D'HISTOIRE

Centre de droit privé fondamental

- THÈSE -

présentée par :

Jenny HERRMANN

soutenue le : **20 novembre 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit pénal et sciences criminelles (droit comparé)**

LES MESURES DE SÛRETÉ – ÉTUDE COMPARATIVE DES DROITS PÉNAUX FRANÇAIS ET ALLEMAND

THÈSE dirigée par :

Madame Jocelyne LEBLOIS-HAPPE Professeur à l'Université de Strasbourg

Monsieur Jörg KINZIG Professeur à la Eberhard-Karls-Universität Tübingen (Allemagne)

RAPPORTEURS :

Madame Valérie MALABAT Professeur à l'Université de Bordeaux

Monsieur Xavier PIN Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Bertrand de LAMY Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Madame Virginie PELTIER Maître de conférences à l'Université de Bordeaux

À Thomas et à mes parents.

REMERCIEMENTS

Si la thèse est une aventure difficile et avant tout solitaire, j'ai la chance d'avoir été accompagnée et soutenue pendant ces longues années de travail. Je tiens donc à remercier très chaleureusement tous ceux qui m'ont aidée à relever ce défi :

Ma directrice de thèse, Madame Leblois-Happe, pour la confiance qu'elle m'a accordée au long de ces années, ainsi que ses précieux conseils et remarques.

Monsieur Kinzig, pour son aide précieuse et pour avoir accepté de codiriger ce travail.

Mes parents, pour leur affection, leurs encouragements et le goût pour la persévérance qu'ils m'ont appris.

Bénédicte et Jérôme, pour leurs relectures minutieuses et leurs remarques pertinentes.

Mes amis, mes sœurs et mes autres proches pour leur présence et leur écoute.

Enfin et surtout, Thomas, mon cher compagnon, mon pilier, pour son soutien inconditionnel, son réconfort, sa patience et sa bonne humeur quotidienne.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Abréviations françaises

Act./ actu.	Actualité
<i>AIJC</i>	Annuaire international de justice constitutionnelle
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJ pénal</i>	Actualité juridique pénal
al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
anc.	ancien
<i>Arch. Pol. Crim.</i>	Archives de politique criminelle
Art.	Article
<i>Art. cit.</i>	Article précité
Ass. Plén	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BOMJL</i>	Bulletin officiel du Ministère de la Justice et des Libertés
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
c.	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
C. consom.	Code de la consommation
C. douanes	Code des douanes
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
<i>Cf.</i>	<i>Confer, voir</i>
CGI	Code général des impôts
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CNE	Centre national d'évaluation
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNO	Centre national d'observation
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
cons.	Considérant
<i>Contra</i>	Contraire
CP	Code pénal
CPMS	Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté

CPP	Code de procédure pénale
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. route	Code de la route
CSP	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrine
<i>Dr. pén.</i>	Revue Droit pénal
Éd.	Édition
FIJAISV	Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
GC	Grande chambre
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides
JAP	Juge de l'application des peines
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition Générale
JLD	Juge des libertés et de la détention
JNRS	Juridiction nationale de la rétention de sûreté
<i>J.O.</i>	Journal officiel de la République française
JRRS	Juridiction régionale de la rétention de sûreté
Jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
n°	Numéro(s)
not.	notamment
Obs.	Observation
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> , ouvrage précité
p.	page
p. ex.	par exemple
Pan.	Panorama
préc.	précité
PSEM	Placement sous surveillance électronique mobile
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RDP</i>	Revue droit public
<i>RDPC</i>	Revue de droit pénal et de criminologie
<i>Rec.</i>	Recueil

<i>Rép. pén. Dalloz</i>	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Req.	Requête(s)
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RIDP</i>	Revue internationale de droit pénal
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
s.	Et suivant(e)s
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
SSJ	Suivi socio-judiciaire
Ss-sect.	Sous-section(s)
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
TAP	Tribunal de l'application des peines
T. corr.	Tribunal correctionnel
V.	Voir
Vol.	Volume

Abréviations allemandes

<i>ABl</i>	Amtsblatt
AG	Amtsgericht
<i>AL</i>	Ad Legendum
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
<i>BayVBl</i>	Bayerische Verwaltungsblätter
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
BerlVerfGH	Berliner Verfassungsgerichtshof
<i>BewHi</i>	Zeitschrift Bewährungshilfe
<i>BGBI</i>	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
<i>BtPrax</i>	Betreuungsrechtliche Praxis
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
<i>DÖV</i>	Die öffentliche Verwaltung
<i>DRiZ</i>	Deutsche Richterzeitung
<i>DStR</i>	Deutsches Steuerrecht
<i>EuGRZ</i>	Europäische Grundrechte Zeitschrift
<i>FoR</i>	Forum Recht
<i>FS</i>	Forum Strafvollzug

<i>GA</i>	Goldammer's Archiv für Strafrecht
<i>GG</i>	Grundgesetz
<i>GVG</i>	Gerichtsverfassungsgesetz
<i>HRRS</i>	Onlinezeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
<i>JA</i>	Juristische Arbeitsblätter
<i>JR</i>	Juristische Rundschau
<i>jurisPR-StrafR</i>	juris PraxisReport Strafrecht
<i>JuS</i>	Juristische Schulung
<i>JZ</i>	JuristenZeitung
<i>KG</i>	Kammergericht
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>KritV</i>	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
<i>MDR</i>	Monatsschrift für Deutsches Recht
<i>MschrKrim</i>	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
<i>NDV</i>	Neue Darmstädter Verlagsanstalt
<i>NJ</i>	Neue Justiz
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NStZ</i>	Neue Zeitschrift für Strafrecht
<i>NVwZ</i>	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
<i>OLG</i>	Oberlandesgericht
<i>RGBI</i>	Reichsgesetzblatt
<i>Rpfleger</i>	Der Deutsche Rechtspfleger
<i>RuP</i>	Recht und Psychiatrie
<i>SchlHA</i>	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
<i>StGB</i>	Strafgesetzbuch
<i>StPO</i>	Strafprozessordnung
<i>StraFo</i>	Strafverteidigerforum
<i>StRR</i>	Strafrechtsreport
<i>StV</i>	Der Strafverteidiger
<i>StVollstrO</i>	Strafvollstreckungsordnung
<i>StVollzG</i>	Strafvollzugsgesetz
<i>VerwArch</i>	Verwaltungsarchiv
<i>WRP</i>	Wettbewerb in Recht und Praxis
<i>ZAP</i>	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
<i>ZfRSoz</i>	Zeitschrift für Rechtssoziologie
<i>ZIS</i>	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
<i>ZNER</i>	Zeitschrift für neues Energierecht
<i>ZRP</i>	Zeitschrift für Rechtspolitik
<i>ZStW</i>	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
<i>(schw)ZStR</i>	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

PRINCIPALES TRADUCTIONS

<i>Amtsgericht</i>	Tribunal régional (première instance) : compétent en matière pénale lorsque la peine encourue ne dépasse pas 4 ans et lorsqu'un internement de sûreté ou un internement en hôpital psychiatrique ne sont pas applicables
<i>Berufsverbot</i>	Interdiction professionnelle
<i>Betäubungsmittelgesetz</i>	Loi sur la consommation de stupéfiants
<i>Bundesgerichtshof</i>	Cour fédérale de justice (équivalent de la Cour de cassation en matière civile et pénale)
<i>Bundesgesetzblatt</i>	Journal officiel fédéral
<i>Bundesverfassungsgericht</i>	Cour constitutionnelle fédérale
<i>Entziehung der Fahrerlaubnis</i>	Annulation du permis de conduire
<i>Führungsaufsicht</i>	Surveillance de conduite
<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>	Loi sur l'organisation judiciaire
<i>Grundgesetz</i>	Loi fondamentale (équivalent de la Constitution)
<i>Landgericht</i>	Tribunal régional (première instance) : compétent en matière pénale lorsque la peine encourue dépasse 4 ans et lorsqu'un internement de sûreté ou un internement en hôpital psychiatrique sont applicables
<i>Kammergericht</i>	Tribunal régional supérieur de Berlin
<i>Oberlandesgericht</i>	Tribunal régional supérieur (équivalent de la Cour d'appel dans chaque Land / première instance en matière pénale pour les infractions contre l'État)
<i>Sicherungsverwahrung / Unterbringung in der Sicherungsverwahrung</i>	Internement de sûreté
<i>Strafgesetzbuch</i>	Code pénal
<i>Strafprozessordnung</i>	Code de procédure pénale
<i>Strafvollstreckungsordnung</i>	Règlement de l'application des peines
<i>Strafvollzugsgesetz</i>	Loi sur l'exécution des peines
<i>Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus</i>	Internement en hôpital psychiatrique
<i>Unterbringung in einer Entziehungsanstalt</i>	Internement en établissement de désintoxication

SOMMAIRE

1^{ère} PARTIE : L'ÉMERGENCE DES MESURES DE SÛRETÉ

TITRE I : Les sources des mesures de sûreté

Chapitre I : Les sources législatives des mesures de sûreté

- Section 1 : Une source assumée : le système dualiste du droit pénal allemand*
- Section 2 : Une source dissimulée : le système unitaire du droit pénal français*

Chapitre II : Les sources jurisprudentielles des mesures de sûreté

- Section 1 : L'application large des mesures de sûreté par le juge allemand*
- Section 2 : La reconnaissance partielle des mesures de sûreté par le juge français*

TITRE II : Les formes des mesures de sûreté

Chapitre I : Les mesures de sûreté privatives de liberté

- Section 1 : Les mesures curatives*
- Section 2 : Les mesures neutralisatrices : les détentions de sûreté*

Chapitre II : Les mesures de sûreté non privatives de liberté

- Section 1 : Les mesures restrictives de liberté à visée exclusivement sécuritaire*
- Section 2 : Les mesures de surveillance probatoires*
- Section 3 : Les mesures privatives ou restrictives de droits*

2^{nde} PARTIE : L'AUTONOMIE DES MESURES DE SÛRETÉ

TITRE I : Une autonomie limitée

Chapitre I : Le caractère flou du concept de mesure de sûreté

- Section 1 : L'incertitude de la notion de mesure de sûreté*
- Section 2 : L'imprécision des contours des mesures de sûreté*

Chapitre II : La soumission des mesures de sûreté aux principes fondamentaux du droit pénal

- Section 1 : Les mesures de sûreté et les garanties substantielles*
- Section 2 : Les mesures de sûreté et les garanties procédurales*

TITRE II : Une autonomie à conforter

Chapitre I : L'autonomie existante des mesures de sûreté

- Section 1 : La condition subjective des mesures de sûreté : la dangerosité*
- Section 2 : Les conditions objectives des mesures de sûreté liées à l'extériorisation de la dangerosité*

Chapitre II : L'autonomie à construire des mesures de sûreté

- Section 1 : La consécration inévitable d'un dualisme des sanctions pénales dans le Code pénal*
- Section 2 : La consécration souhaitable d'un régime propre aux mesures de sûreté*

« Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté
pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une
ni l'autre, et finit par perdre les deux. »,
Benjamin Franklin.¹

INTRODUCTION

1. Articulation des impératifs de sécurité et de liberté. Dans une démocratie, il est indispensable de préserver un équilibre entre la sécurité² et la liberté³. Cet équilibre difficile à trouver dépend en grande partie de la politique criminelle adoptée par l'État, laquelle a pu être définie comme « l'art de prendre des sanctions utiles »⁴. Plus la recherche de sécurité prend de l'ampleur, plus la liberté individuelle se trouve restreinte. Si, en principe, le doute doit profiter à l'accusé, il risque alors de profiter davantage à la société, le principe *in dubio pro securitate* se substituant au principe libéral *in dubio pro libertate*⁵. La complexité de l'articulation entre la sécurité et la liberté ressort notamment de l'article 5 de la Convention européenne de

¹ « Those who would give up *essential Liberty*, to purchase a *little temporary Safety*, deserve neither *Liberty* nor *Safety*. »: R. Jackson et B. Franklin, *An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*, R. Griffiths, 1759, p. 289.

² La sécurité peut être définie comme la « situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques [...] ; état qui peut concerner une personne (sécurité individuelle), un groupe (sécurité publique), un bien » ; la « prévention de tels risques, mesures et moyens de protection tendant à prévenir la réalisation de ces risques » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, coll. Quadrige Dicos Poche, 10^e éd., PUF, 2014, v. « Sécurité », p. 951.

³ La liberté peut être définie comme le « bienfait suprême consistant pour un individu ou un peuple à vivre hors de tout esclavage, servitude, oppression, sujétion ou domination intérieure ou étrangère » ; « situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut toutes ses facultés » ; « fait de n'être ni arrêté, ni détenu » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Liberté », p. 609-610.

⁴ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, Thèse, Château d'Oex, Imprimerie Burri-Roch, 1931, p. 9.

⁵ En ce sens, v. S. Braum, « Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate? - Wegsperrungen ohne tragfähige Legitimation », *ZRP*, 2004, p. 105 s. V. aussi T. Mushoff, « Im Zweifel gegen die Freiheit..., Einige Überlegungen zur (nachträglichen) Sicherungsverwahrung », *Arbeit Ausgrenzung und Ausbeutung*, 2003, n° 4, p. 131 s.; J. Herrmann, « Le doute profite à la sécurité – Dangerosité et droit pénal en Allemagne », in : G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, PUF, 2011, p. 143 s.

sauvegarde des droits de l'homme qui garantit le droit fondamental « à la liberté et à la sûreté ». Le terme « sûreté » trouve sa racine dans le mot latin *securitas* signifiant sûreté ou sécurité¹. La sûreté en question est donc protéiforme : elle vise en principe le droit de ne pas être détenu arbitrairement et impose à l'État d'agir conformément au droit. Mais l'on peut également en déduire un droit à la protection par l'État contre les infractions potentielles. Il ne s'agit plus alors de sûreté individuelle mais de sécurité collective². La notion de « mesure de sûreté » renvoie ainsi davantage à la sécurité collective qu'à la sauvegarde des droits individuels. Afin d'assurer cette sécurité collective, on assigne au droit pénal le rôle de protéger la société contre les agissements troublant l'ordre public, et pour cela il a nécessairement recours à des sanctions attentatoires à la liberté individuelle. Pour être acceptables dans un État de droit, ces sanctions doivent, par conséquent, être enfermées dans un cadre strict présentant des garanties suffisantes pour la liberté de chacun. S'il est évident que les réactions des pouvoirs publics contre les activités délictueuses ou anti-sociales varient au cours du temps et selon les formes de délinquance³, il convient de déterminer de quelle manière le droit pénal, dans sa mission de protection des valeurs sociales, parvient à concilier ces deux impératifs *a priori* antagonistes⁴.

2. L'enrichissement du droit répressif par des mesures préventives. La mission classique du droit pénal consiste en la répression⁵ des comportements incriminés par la loi. Or, il est tentant d'affirmer qu'« un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir »⁶. Dans une société utopique, la menace de la répression suffirait à elle seule à empêcher la criminalité, l'application du droit pénal pouvant être perçue comme un signe de l'échec de celui-ci. Cette idée est à l'origine du développement des mesures de sûreté qui

¹ Pour la distinction entre ces deux termes, v. *infra*, n° 39.

² Sur la question d'un droit à la sécurité, v. *infra*, n° 39 s.

³ J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », in : *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 89.

⁴ Sur le développement de l'internement de sûreté dans le contexte de la recherche d'un équilibre entre la liberté et la sécurité, v. F. Conradi, *Die Sicherungsverwahrung – Ausdruck einer zunehmenden Sicherheitsorientierung im Strafrecht ? Die Entwicklung der Sicherungsverwahrung im Kontext des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Sicherheit*, coll. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, vol. 141, Francfort/ M., Peter Lang, 2013.

⁵ La répression peut être définie comme « l'action de réprimer incluant l'incrimination des faits délictueux, la poursuite de leurs auteurs et l'infliction des peines » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Répression », p. 905.

⁶ C.-L. de Secondat de La Brède, dit Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Chez Barillot & fils, 1748, Livre VI, Chapitre IX, p. 164.

transforment progressivement le droit pénal répressif en un droit pénal préventif¹ intervenant toujours plus en amont du phénomène criminel².

Traditionnellement, le droit *pénal* était, comme l'indique son nom, le droit de la *peine*. Il ne connaissait qu'un seul type de sanction, la peine, qui est la réponse à la culpabilité de l'agent, conformément à l'adage *Nulla poena sine culpa*³. La culpabilité suppose l'imputabilité de l'acte à son « auteur matériel », celle-ci nécessitant qu'il ait eu la conscience et la volonté d'agir. La responsabilité pénale est ainsi fondée sur le discernement et le libre arbitre de la personne. Le terme *responsabilité* vient du latin *respondere*, qui signifie répondre. Pour être coupable, la condition *sine qua non* est la capacité de répondre de ses actes. La responsabilité pénale peut alors être définie comme « l'obligation pour une personne impliquée dans une infraction d'en assumer les conséquences pénales »⁴. La culpabilité est également la mesure de la peine : le délinquant ne saurait être puni au-delà de sa culpabilité, correspondant à la gravité de sa faute, pour de simples raisons préventives. Partant, le principe de culpabilité⁵ a un effet protecteur de la liberté, nécessaire à tout système pénal libéral.

Le droit pénal au sens étroit, celui de la peine, ne peut intervenir que lorsqu'une infraction, c'est-à-dire un acte incriminé par la loi pénale, a été commise, et lorsque la personne qui a accompli cet acte est accessible à la punition. Or, ceci peut se révéler insuffisant pour au moins deux raisons. D'une part, il existe des personnes irresponsables pénalement, mais qui peuvent représenter un danger pour la société lorsqu'elles commettent des actes interdits par la loi. Aucune peine ne pouvant leur être appliquée, il faut trouver un autre moyen de protéger la société. D'autre part, il existe des personnes capables de discernement et donc pénalement responsables mais qui demeurent dangereuses pour la société, la peine n'ayant eu sur elles aucun effet dissuasif. Il faut également protéger la société

¹ La prévention peut être définie comme l' « ensemble des mesures et institutions destinées à empêcher – ou au moins à limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc., en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Prévention », p. 800. Ainsi, est préventif, par opposition au répressif, « qui tend à prévenir la criminalité, à l'empêcher ou à la réduire par avance, en s'attaquant à ses causes ou à ses moyens » : *ibid.*, v. « préventif, ive », p. 800.

² Il est à noter que les peines, elles aussi, poursuivent une finalité préventive à côté de leur finalité répressive : v. les développements *infra*, n° 558 s.

³ Cet adage peut être considéré comme l'un des « piliers » du droit pénal : v. J. Pradel, *Droit pénal général*, 20^e éd., Cujas, 2014, n° 56, p. 58.

⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 448, p. 379.

⁵ Sur le principe de culpabilité, v. plus en détail, *infra*, n° 604 s.

contre elles. Aussi, est-il apparu nécessaire de compléter le système répressif par des mesures préventives¹.

L'arsenal répressif s'est par conséquent enrichi d'une nouvelle sorte de sanction, la mesure de sûreté. L'ajout des mesures de sûreté – en principe détachées de la culpabilité – au droit pénal classique peut s'expliquer par une nécessité de politique criminelle. Si la peine répond à la culpabilité, la mesure de sûreté, elle, répond à la dangerosité. Comme le souligne un auteur, la « constatation de l'*insensibilité* de certaines catégories de délinquants à l'action de la *peine*, mise en lumière entre autres par Stooss², a donné naissance à la théorie de l'*état dangereux*, qui constitue la base de tout le système des mesures de sûreté du droit pénal, précisément destinées, en effet, à supprimer l'état dangereux ou tout au moins à en neutraliser, dans la mesure du possible, les effets dommageables pour l'ordre juridique »³. Avec l'apparition et la multiplication de ces mesures, le droit pénal a connu une profonde évolution, si ce n'est une « révolution »⁴.

3. Notion de sanction pénale au sens large (peines et mesures de sûreté). La mesure de sûreté fait partie de la catégorie plus large des « sanctions pénales »⁵ entendues, selon nous, comme *la réaction de l'État à un comportement répréhensible*⁶, l'autre volet de ces sanctions

¹ Un auteur affirmait en ce sens que le but final de la sanction criminelle, la protection (défense) de la société-État contre la criminalité, ne saurait être réalisé au moyen de la peine seule, et qu'il est donc nécessaire de compléter celle-ci par une autre sanction criminelle, la mesure de sûreté : T. Givanovitch, *Les problèmes fondamentaux de droit criminel*, Paris, A. Rousseau, 1929, p. 176.

² Carl Stooss est un pénaliste suisse qui est à l'origine du code pénal suisse et notamment du système dualiste des sanctions pénales, comprenant peines et mesures de sûreté : v. *infra*, n° 24 et 32.

³ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 10.

⁴ V. J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.*, 2008, p. 1000.

⁵ En ce sens, v. not. É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, n° 1485, p. 638 ; P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^e éd., A. Colin, 2004, n° 444, p. 257. Certains auteurs parlent de « sanctions criminelles » (R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997, n° 656, p. 827 ; T. Givanovitch, *Les problèmes fondamentaux de droit criminel*, *op. cit.*, p. 227 s.), expression vivement critiquée par Carl Stooss qui insiste sur le fait que la mesure de sûreté, qui est bien une réponse pénale, n'est pas un « mal infligé », comme le prétend Givanovitch (C. Stooss, « Strafrechtliche Systematik », (*schw*)ZStR, n° 44, 1930, p. 156). V. également Karl von Birkmeyer, pour lequel « les mesures de sûreté ne constituent pas en principe, d'après leur contenu, un mal ; tout au moins elles ont pour but, non un mal, mais plutôt un bienfait pour la personne qui en est l'objet. Et si ces mesures deviennent quand même un mal pour cette personne, ce n'est qu'un effet accidentel » (K. von Birkmeyer, *Strafe und Sichernde Massnahmen im Vorentwurf*, Vol. II de *Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, W. Engelmann, 1910, p. 23). Aussi, sera-t-il ici préféré au terme de « sanctions criminelles », celui de « sanctions pénales », celles-ci ne se limitant pas seulement à la matière criminelle *stricto sensu* (au sens des crimes).

⁶ Il est à noter que ce n'est pas parce que la sanction pénale intervient en réponse à un comportement répréhensible qu'elle est nécessairement attachée à la notion de culpabilité. En effet, l'infraction peut, dans certaines hypothèses, servir de simple élément déclencheur de la réponse pénale, sans en constituer le

étant la peine. Une sanction¹, au sens large, est la conséquence d'un acte, ou « toute mesure [...] justifiée par la violation d'une obligation »². Elle peut encore être définie, de manière plus satisfaisante semble-t-il, comme « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique »³. Lorsque cette règle est édictée par la loi pénale et relève ainsi de la juridiction pénale, la sanction est dite pénale⁴. Elle est conçue comme la « conséquence officielle et obligatoire d'une situation contraire au Droit ou socialement nuisible »⁵, et s'applique toujours en effet à des actes et à des personnes qui en sont les auteurs⁶.

La sanction pénale est couramment confondue avec la répression de la commission d'une infraction par la punition d'un coupable, ce qui conduit à un amalgame fréquent et erroné entre les peines et les sanctions pénales. Ainsi, peut-on lire que la sanction au sens restreint est une « punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir »⁷. Les peines, quant à elles, sont des « sanctions édictées par la loi pour réprimer la commission d'infractions pénales, que prononcent les juridictions répressives, traduisant la réaction de la société face à un comportement qu'elle réproouve »⁸. D'autres évoquent le « châtement édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction (*nulla poena sine lege*) ; châtement infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi (peine prononcée) »⁹.

fondement. Précisément, les mesures de sûreté peuvent concerner une personne pénalement irresponsable. V. plus en détail, *infra*, n° 761 s.

¹ Sur la difficile définition de la notion de sanction, v. p. ex. C. Chainais et D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in : C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. XI s., spéc. n° 9, p. XVIII ; J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 612, p. 511 s.

² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Sanction », p. 941.

³ C. Chainais et D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *art. cit.*, n° 13, p. XXII.

⁴ Par opposition notamment aux sanctions civiles ou disciplinaires. Or toute sanction pénale n'est pas, comme nous le verrons, nécessairement liée à une incrimination ni toujours prononcée par un juge pénal. V. les critères de délimitation des différents types de sanctions pénales dégagés par P. Poncela, « Introduction à une approche philosophique de la sanction », *Archives de politique criminelle*, vol. 7, 1984, spéc. p. 59 ; P. Poncela, *Droit de la peine*, coll. Thémis, 2^e éd., PUF, 2001, p. 39.

⁵ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, p. 827.

⁶ J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 89.

⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Sanction », p. 941.

⁸ J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 89.

⁹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Peine », p. 749.

La notion de sanction pénale est pourtant plus large que celle de peine¹ ; elle englobe toutes les réponses pénales² quels que soient leur forme, leur finalité et leurs caractères. Si toute peine est effectivement une sanction, toute sanction n'est pas une peine. La mesure de sûreté peut donc être qualifiée de sanction pénale, bien qu'elle soit dépourvue de coloration morale et de fonction rétributive. La sanction pénale pourrait même, selon Marc Ancel, être intégrée « dans un système unitaire de défense sociale » au sein duquel il n'y aurait ni peines, ni mesures de sûreté, mais des sanctions innommées qui seraient inspirées par « des critères à la fois physiques, sociaux et moraux »³.

En tout état de cause, avec l'émergence des mesures de sûreté, la conception classique de la sanction pénale a subi une mutation en s'éloignant de l'idée originelle de châtement⁴. Le caractère incontestablement polysémique de la notion de sanction contribue sans doute à l'incertitude qui l'affecte⁵, étant parfois désignée comme « l'inconnue du droit »⁶, voire comme un terme « ambigu, inutile et nocif »⁷. Il apparaît en réalité surtout que l'on assiste à un mouvement de « diversification des sanctions pénales »⁸. Comme le soulignait le criminologue Franz Exner en 1914⁹, l'origine des mesures de sûreté procède d'une extension de la sanction pénale dont la peine est l'antécédent historique et logique. Or, le fait que la notion de sanction ne fasse l'objet ni d'une définition légale ni d'une définition jurisprudentielle ne facilite en aucun cas son appréhension ou sa délimitation.

¹ Bien que ce constat puisse être remis en cause par l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : v. *infra*, n° 515 s.

² En ce sens, v. p. ex. l'étude des sanctions pénales, incluant peines et mesures de sûreté, par B. Bouloc, *Droit pénal général*, coll. Précis, 24^e éd., Dalloz, 2015, n° 493 s., p. 409 s. V. aussi X. Pin, *Droit pénal général*, coll. Cours, 6^e éd., Dalloz, 2014, n° 323, p. 297 : « Dans son sens étroit, la peine n'épuise pas l'ensemble des sanctions de l'infraction. Elle est une forme de "réponse pénale", à finalité essentiellement de rétribution, prononcée par une juridiction répressive, à la suite d'une déclaration de culpabilité ».

³ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, Paris, Cujas, 1981, p. 232.

⁴ V. en ce sens, M. E. Cartier, « Le dévoiement de la sanction pénale », in : S. Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 15 s. V. aussi V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », in : C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, op. cit., p. 69 s.

⁵ V. M. van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale », *Informations sociales*, 7/ 2005, n° 127, p. 22 s., URL : www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-7-page-22.htm [dernière consultation le 12 août 2015].

⁶ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *Droit et pouvoir*, t. I, La validité, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 253 ; Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron. 197.

⁷ Ch.-A. Morand, « La sanction », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 312.

⁸ Sur cette question, v. C. Mascala, « Rapport de synthèse », in : S. Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, op. cit., p. 273 s.

⁹ F. Exner, *Theorie der Sicherungsmittel*, Coll. *Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, Berlin, Guttentag, 1914, p. 8. Selon cet auteur, les moyens punitifs (*Strafmittel*) s'étant avérés insuffisants doivent être complétés par des moyens sécuritaires (*Sicherungsmittel*). Il estime que « la fin justifie les moyens » (« *Der Zweck bestimmt die Mittel* », p. 7).

Si la notion de « sanction pénale » regroupe en son sein à la fois les peines et les mesures de sûreté, il convient de démontrer en quoi ces deux concepts se distinguent, bien que la délimitation ne soit pas toujours aisée. Ainsi, si la peine est un « mal infligé à un délinquant à cause de sa faute, une souffrance imposée par l'autorité à titre de sanction de la violation de règles fondamentales de la vie d'un "groupe" », la mesure de sûreté, au contraire, se présente comme une « simple précaution de protection sociale contre l'état dangereux de certains individus »¹. Mais cette définition des mesures de sûreté est-elle suffisante ? « Qu'est-ce que la mesure de sûreté ? En quoi diffère-t-elle de la peine traditionnelle »² ? Ce sont ces interrogations qui vont nous guider tout au long de ces travaux.

4. Absence de définition légale de la mesure de sûreté. Il importe de souligner dès l'abord qu'il n'existe de définition législative de la notion de mesure de sûreté ni en droit français ni en droit allemand. Si une telle lacune peut s'expliquer (mais non se justifier) en France par l'absence de consécration expresse de la notion³, elle est plus difficile à comprendre en Allemagne où le code pénal reconnaît ouvertement ces mesures. La jurisprudence, tout en ayant recours au concept de mesure de sûreté, ne s'est pas davantage aventurée sur le terrain d'une définition⁴.

5. Insuffisance de la définition internationale. On peut dès lors se tourner vers le droit supranational pour tenter d'y découvrir une définition de la notion. La Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 indique en son article 25 que « *l'expression "mesures de sûreté" désigne toutes mesures privatives de liberté qui ont été ordonnées en complément ou en substitution d'une peine, par sentence d'une juridiction pénale* ». Nonobstant sa clarté, cette définition est insatisfaisante à plusieurs égards. D'une part, elle est loin de couvrir toutes les hypothèses de mesures de sûreté existantes, ne concernant que celles qui sont privatives de liberté ; elle est donc trop restrictive. D'autre part, elle ne définit pas réellement la mesure de

¹ J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 617, p. 517.

² R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », in : *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 179 s., cit. p. 182. Ces questions ont déjà été soulevées par de nombreux ouvrages relativement anciens, parmi lesquels se trouvent les suivants : P. Bouzat et J. Piatel, *Traité de droit criminel et de criminologie, Droit pénal général*, t. I, Dalloz, 1962, p. 307 ; G. Stefani, *Cours de droit pénal général et procédure pénale*, coll. Cours de droit, Paris, 1963-1964, p. 320 s. ; R. Vouin et J. Léauté, *Droit pénal et criminologie*, PUF, 1956, p. 538 s.

³ V. *infra*, n° 109 s.

⁴ Il est vrai que ce n'est pas le rôle du juge, mais celui du législateur : J. Pradel, « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité sexuelle ou violente », in : S. Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, *op. cit.*, p. 41 s.

sûreté pour ce qu'elle est, mais seulement par rapport à son articulation avec la peine, ce qui ne donne pas de véritable éclaircissement à son sujet.

6. Insuffisance des définitions doctrinales. Les définitions proposées par la doctrine sont nombreuses et variées. Toutes fournissent des éléments précieux pour l'élaboration d'une définition nécessaire à la présente étude. Parmi les premiers à tenter une définition, les professeurs von Liszt et Schmidt ont décrit les mesures de sûreté comme « des mesures prises par l'État au moyen desquelles on poursuit exclusivement le but, soit d'adapter les individus à la vie sociale (mesures d'éducation et d'amendement), soit d'éliminer les incapables à la vie sociale (mesures de sûreté au sens étroit) »¹. Cette définition présente toutefois le défaut de ne pas insérer lesdites mesures dans un cadre pénal objectif en visant de manière trop générale tous les individus. À la même époque, le professeur Givanovitch a décrit la mesure de sûreté comme « le mal, prévu dans une loi criminelle, qui est prononcé par le pouvoir public compétent contre l'auteur d'une infraction (ou son complice) à cause de son état dangereux [...] manifesté par cette infraction, et qu'il doit subir en personne tant dans l'intérêt général que dans le sien propre »². La référence à un « mal » nous semble toutefois insatisfaisante pour qualifier les mesures de sûreté, car elle est trop restrictive³. Les professeurs Merle et Vitu, quant à eux, ont défini ces mesures comme « de simples précautions de protection sociale destinées à prévenir la récidive d'un délinquant ou à neutraliser l'état dangereux »⁴. Or la notion de récidive ne permet pas d'englober toutes les situations que les mesures de sûreté

¹ F. von Liszt et E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25^e éd., Berlin/ Leipzig, 1927, § 5, p. 351. Parmi les auteurs allemands, on peut également citer la définition du professeur Karl von Birkmeyer (*Strafe und sichernde Maßnahmen, Rektoratsrede vom 24. November 1906*, Munich, Wolf, 1906, p. 17) : Les mesures de sûreté (« *sichernde Maßnahmen* ») sont des « mesures au moyen desquelles l'État, par voie de traitement individuel de la personne dangereuse, prévient les lésions de l'ordre juridique que cette personne menace de commettre ».

² T. Givanovitch, *Les problèmes fondamentaux de droit criminel, op. cit.*, p. 188. L'auteur y oppose la définition de la peine qui est « le mal prévu dans une loi pénale (criminelle), qui est prononcé par le pouvoir public compétent à cause de l'infraction et du délinquant contre le délinquant et que celui-ci doit subir en personne dans l'intérêt général » (p. 185). On peut encore citer la définition avancée par Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal, op. cit.*, p. 63 : « Les mesures de sûreté personnelles du droit pénal sont des mesures coercitives qui peuvent ou doivent être prises à l'occasion d'un acte qualifié d'infraction lorsque, vis-à-vis de l'auteur, une peine semble devoir être inefficace, insuffisamment efficace ou même nuisible, et que l'acte délictueux est le symptôme d'un état personnel de l'auteur, dangereux pour l'ordre juridique. Les mesures de sûreté tendent à neutraliser ou à supprimer l'état dangereux, même en cas d'incapacité pénale, jeune âge ou troubles mentaux ; elles sont ordonnées par le juge pénal, en complément ou en remplacement de la peine, dans des conditions que la loi doit prévoir de façon précise ; leur but dépend de l'état personnel du sujet et leur durée est en principe indéterminée ».

³ Les mesures de sûreté peuvent, par exemple, être curatives : sur les différentes formes de mesures de sûreté, v. *infra*, n° 234.

⁴ V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, p. 826, n° 656.

visent à empêcher¹. Pour le professeur Bouloc, ce 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 probables »². Cette définition présente l'inconvénient de faire abstraction de l'infraction requise pour révéler l'état dangereux de son auteur³. Selon le *Vocabulaire juridique* Cornu enfin, il s'agit d'une « mesure de précaution destinée à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant qui, relevant en principe, comme la peine, de l'autorité judiciaire ne constitue pas un châtement, mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futures qu'il pourrait commettre et que son état rend probables, l'aider ou le soumettre à un traitement »⁴. Néanmoins, cette définition semble omettre l'hypothèse des auteurs pénalement irresponsables qui n'encourent aucune peine. Les différentes définitions proposées présentent les imperfections inhérentes à la nature même de ces mesures dont la place au sein du droit pénal est incertaine.

7. Définition retenue. Il convient de revenir au sens du mot « sûreté » évoqué plus haut. La mesure de sûreté vise ainsi à assurer la sécurité du plus grand nombre, de la collectivité, contre l'individu considéré comme dangereux. Il apparaît en effet qu'il s'agit de protéger la société par la neutralisation de la dangerosité d'un individu qui s'est manifestée par la commission d'une infraction. Il importe toutefois de souligner que ces mesures ne se bornent pas à la neutralisation, mais visent aussi et avant tout à réinsérer dans la société les anciens délinquants pour empêcher qu'ils ne commettent de nouvelles infractions. Elles ne concernent d'ailleurs pas seulement les personnes pénalement responsables, mais aussi celles qui ont matériellement commis des faits pénalement répréhensibles sans être capables de discernement.

La mesure de sûreté sera alors définie, dans la présente étude, comme *la réponse pénale à un acte pénalement répréhensible qui révèle la dangerosité de son auteur. Elle vise 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.*

¹ En effet, les mesures de sûreté s'appliquent également en dehors des hypothèses de récidive légale. Sur les notions de récidive et de récidivisme, v. *infra*, n° 16 et 36 s.

² B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 513, p. 424.

³ Sur l'exigence d'une infraction préalable, v. *infra*, n° 761 s.

⁴ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Mesure de sûreté », p. 654.

8. Caractéristiques principales de la mesure de sûreté. Il est communément admis que la mesure de sûreté est tournée vers l'avenir, qu'elle est de nature exclusivement prophylactique. Elle se fonde non pas sur la culpabilité du délinquant, mais sur sa dangerosité. Elle se veut donc, en théorie tout au moins, détachée de la faute commise, et n'a aucune vocation rétributive, expiatoire ou intimidante. Contrairement à la peine, elle ne s'intéresse pas au passé ; elle ne consiste pas à punir un acte délictueux mais à empêcher le délinquant de commettre des infractions à l'avenir. Ainsi, la mesure de sûreté s'attache à la conduite tout entière du sujet, voire à sa simple personnalité, dès lors que son comportement constitue une menace potentielle pour autrui. En théorie, elle devrait donc pouvoir intervenir *ante delictum*, avant la commission de toute infraction et dès les premières manifestations de l'état dangereux sur lequel elle est fondée. En réalité, comme elle ne peut s'appliquer qu'à une personne dont la dangerosité a été révélée par un acte extérieur¹, son but se résume à prévenir la commission d'un nouvel acte².

La dangerosité est, en principe, appréciée indépendamment de la culpabilité de l'individu qui peut d'ailleurs être reconnu irresponsable pénalement. La mesure de sûreté présente donc la particularité, par opposition à la peine, d'intervenir en l'absence de toute faute morale et revêt par conséquent fréquemment un caractère curatif, éducatif ou disjonctif³. Elle peut prendre des formes diverses et consister dans le traitement, la surveillance, l'assistance, voire l'enfermement du délinquant. Ces différentes caractéristiques, ainsi brièvement énoncées, mériteront d'être vérifiées de plus près tout au long de cette étude.

9. Finalités de la mesure de sûreté. La finalité première de la mesure de sûreté est la prévention spéciale⁴. Celle-ci implique la réinsertion ou l'amendement, d'un côté, et la neutralisation ou l'exclusion, de l'autre, le tout dans le but plus large qu'est la protection de la société par la prévention de la délinquance⁵. La terminologie allemande, *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, fait d'ailleurs apparaître de manière plus claire ces différents

¹ En vertu du principe de légalité des sanctions pénales : v. *infra*, n° 761 s.

² V. plus en détail, *infra*, n° 38.

³ Le terme disjonctif renvoie à ce qui tend « à empêcher la conjonction de facteurs criminogènes » : B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, coll. Précis, 4^e éd., Dalloz, 2011, n° 69, p. 46.

⁴ Si la peine a, elle aussi, une fonction préventive à côté de sa fonction répressive, il s'agit avant tout de la prévention générale par l'intimidation, qui peut s'avérer insuffisante. Sur la finalité préventive de toute sanction pénale, v. *infra*, n° 558 s.

⁵ À ce titre, un auteur distingue les buts directs des mesures de sûreté (l'amendement ou le traitement), et leur but dernier, la protection de la société, qui est du reste le but ultime de toute sanction « criminelle » : T. Givanovitch, *Les problèmes fondamentaux de droit criminel*, op. cit., p. 193.

objectifs¹ : ce sont des mesures d' « amendement » et de « sûreté »², ou, littéralement, des mesures d'*amélioration* et de *sécurisation*³.

La lutte contre la dangerosité du délinquant passe, en premier lieu, par sa réinsertion dans la société en remédiant aux causes de son inadaptation, qu'elles soient d'ordre psychologique ou social. Les mesures de sûreté applicables sont alors avant tout thérapeutiques ou resocialisatrices et peuvent concerner aussi bien les mineurs que les majeurs, dotés ou non de leur capacité de discernement. On trouve par exemple parmi elles la mesure d'injonction thérapeutique qui prend la forme d'une mesure de soins ou de surveillance médicale pour les toxicomanes ou les alcooliques dangereux pour autrui⁴, l'internement des personnes souffrant d'un trouble mental⁵, les stages et formations⁶, les mesures éducatives pouvant être prononcées à l'égard des mineurs délinquants⁷, ainsi que toutes les « offres » de soins⁸ plus ou moins contraignantes applicables à certaines catégories de délinquants, notamment au délinquant sexuel. L'objectif de réinsertion est également poursuivi par les nombreuses mesures de surveillance et d'assistance existantes⁹.

¹ V. plus en détail, *infra*, n° 469.

² La Cour européenne traduit la notion allemande par « *mesures d'amendement et de prévention* ». V. p. ex. CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, § 24 s. Sur cet arrêt, v. *infra*, n° 96 et 531.

³ Sauf mention contraire, les traductions en français des textes allemands ou étrangers sont de nous.

Dans une ancienne traduction anglaise officielle du code pénal allemand, les mesures de sûreté étaient appelées *measures of reform and prevention* (mesures de correction et de prévention), alors que M. Bohlander (*The German Criminal Code : A Modern English Translation*, Oxford, Hart Publishing, 2008) parle, lui, de *measures of rehabilitation and incapacitation* (mesures de réinsertion et de neutralisation). V. aussi A. Dessecker, « Dangerosité, longues peines de prison et mesures préventives en Allemagne », Séminaire GERN. Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité. Paris, MSH, Vendredi 21 mars 2008, *Champ pénal/Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 08 novembre 2009. URL : <http://champpenal.revues.org/7507>.

⁴ V. art. L. 3423-1 s. du Code de la santé publique (CSP). Le placement curatif des toxicomanes et alcooliques prend la forme, en droit allemand, d'un internement en établissement de désintoxication, la *Unterbringung in einer Entziehungsanstalt* (§ 64 du *Strafgesetzbuch* (StGB) = code pénal allemand). V. plus en détail, *infra*, n° 262 s.

⁵ Internement en hôpital psychiatrique des personnes déclarées irresponsables pénalement (art. 706-135 s. Code de procédure pénale (CPP)) ; *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus* (§ 63 StGB). V. *infra*, n° 240 s.

⁶ Art. 15-1 de l'ordonnance du 2 févr. 1945 sur l'enfance délinquante et art. 131-5-1, 131-35-1 s. du Code pénal (CP).

⁷ Art. 15 s. de l'ordonnance du 2 févr. 1945 sur l'enfance délinquante.

⁸ Injonction de soins (art. 131-10, 131-36-4, 132-45 CP) ; *Sozialtherapeutische Anstalt* (établissement socio-thérapeutique, § 9 *Strafvollzugsgesetz* (StVllzG) = Loi de l'exécution des peines allemande). V. *infra*, n° 574 s.

⁹ P. ex. le suivi socio-judiciaire (art. 131-36-1 s. CP), la surveillance judiciaire (art. 723-29 s. CPP), la surveillance de sûreté (art. 706-53-19 CPP), la *Führungsaufsicht* (surveillance de conduite, § 68 s. StGB). V. *infra*, n° 370 s. La réinsertion n'est toutefois pas propre aux mesures de sûreté, puisqu'elle est également visée par les modalités d'exécution ou d'aménagement de la peine d'emprisonnement, comme le sursis avec mise à l'épreuve (art. 132-40 s. CP ; *Strafaussetzung zur Bewährung* (§ 56 s. StGB)) ou la libération conditionnelle (art. 729 s. CPP ; *Aussetzung des Strafrestes* (§ 57 s. StGB)). V. également l'art. 707 CPP, modifié par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014. Plus en détail, *infra*, n° 567.

La prévention peut, en second lieu, être assurée par la neutralisation de l'individu dangereux. Les mesures de sûreté agissent alors sur le contexte propice à l'infraction, qu'il s'agisse du milieu professionnel¹, de la détention d'un objet dangereux ou illicite², de la conduite d'un véhicule³ ou du contact avec certaines personnes⁴, voire de la présence en certains lieux⁵. Elles peuvent même aller jusqu'à exclure physiquement l'individu dangereux de la société en le privant de sa liberté⁶. Certes, ces dernières mesures ne peuvent être prononcées qu'exceptionnellement, mais elles n'en constituent pas moins une atteinte considérable à la liberté individuelle. Cela d'autant plus que leur but n'est pas curatif, comme c'est le cas des autres mesures privatives de liberté, mais avant tout sécuritaire⁷.

Les fonctions de chaque mesure ne sont évidemment pas figées et on retrouve, de manière plus ou moins prédominante, plusieurs fonctions à l'intérieur d'une même mesure. L'internement en hôpital psychiatrique ne présente ainsi pas uniquement un caractère curatif, mais permet aussi d'écarter la personne dangereuse du reste de la société, par la privation de liberté qu'il engendre. Les détentions de sûreté⁸, à l'inverse, malgré leur appellation plutôt univoque, doivent impérativement comporter une thérapie permettant de ramener l'interné à la vie sociale⁹.

Globalement, il ressort de ces constats que la mesure de sûreté est préventive, alors que la peine, au contraire, est punitive¹⁰.

¹ Interdictions d'exercer une activité professionnelle : art. 131-27 CP ; *Berufsverbot* (§ 70 s. StGB). V. *infra*, n° 462 s.

² Confiscation d'objets dangereux ou illicites (art. 131-21 CP) ou fermeture d'établissement (art. 131-33 CP). V. *infra*, n° 477 s.

³ Suspension ou annulation du permis de conduire (art. 131-6 et 131-14 CP) ; *Entziehung der Fahrerlaubnis* (§ 69 s. StGB). V. *infra*, n° 446 s.

⁴ Interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes (art. 131-6 CP).

⁵ Interdiction de séjour (art. 131-31 s. CP).

⁶ Rétention de sûreté (art. 706-53-13 s. CPP) ; *Sicherungsverwahrung* (§ 66 s. StGB). V. *infra*, n° 281 s.

⁷ Quoique ce propos soit à nuancer depuis que les dispositions issues de la loi du 5 décembre 2012 « relative à la transposition du principe de la distance obligatoire dans le droit de l'internement de sûreté au niveau fédéral » tendent à renforcer la finalité resocialisatrice de l'internement de sûreté allemand : *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, BGBl. I, p. 2425. Pour un commentaire de cette loi, v. entre autres, J. Peglau, « Das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung », *JR*, 2013, p. 249 s.; H. Pollähne, « Vollstreckung und Vollzug der Sicherungsverwahrung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung », *StV*, 2013, p. 249 s.; M. Schäfersküpfer et J. Grote, « Vollzug der Sicherungsverwahrung – Aktuelle Entwicklungen », *NStZ*, 2013, p. 447 s.

Le même constat vaut pour la rétention de sûreté française, puisque la personne concernée doit avoir bénéficié, au préalable, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre : art. 706-53-14 CPP. V. plus en détail, *infra*, n° 332 et 340.

⁸ Terme générique qui sera employé pour désigner la rétention de sûreté en France et l'internement de sûreté en Allemagne.

⁹ Sur ces mesures, v. plus en détail, *infra*, n° 238 s.

¹⁰ Sur les finalités différentes des peines et des mesures de sûreté, v. plus en détail, *infra*, n° 793 s.

10. Classification des mesures de sûreté. Plusieurs classifications peuvent être proposées. La première oppose les mesures de sûreté personnelles aux mesures de sûreté réelles¹. Les mesures de sûreté personnelles sont les mesures qui s'attachent au délinquant lui-même. Elles tendent à supprimer les penchants criminels dont il est porteur en lui appliquant un traitement. Les mesures réelles s'attachent, quant à elles, à la situation dangereuse, celle qui a permis ou permettrait la réalisation d'une infraction. Pour la faire disparaître, on ordonne par exemple la confiscation d'une chose ou la fermeture d'un établissement.

D'autres classifications sont envisageables, comme celle qui oppose les mesures éliminatrices aux mesures réformatrices², ou encore celle qui distingue entre les mesures éliminatrices, éducatives, curatives et préventives³.

En raison de la perméabilité de ces catégories et des fonctions qu'elles annoncent, la classification qui nous paraît plus opportune pour étudier les mesures de sûreté est celle qui s'articule autour de la nature de l'atteinte qu'elles portent aux libertés individuelles. On distinguera donc les mesures privatives de liberté, restrictives de liberté et privatives ou restrictives de droits⁴.

11. Flexibilité de la mesure de sûreté en raison de son fondement spécifique. Reposant sur l'état dangereux de l'individu et non sur sa faute, la mesure de sûreté revêt en principe une durée indéterminée. Son objectif étant de faire disparaître le risque que l'individu commette d'autres infractions à l'avenir, elle doit logiquement se calquer sur la progression de son état dangereux et ne doit prendre fin que lorsque l'individu est entièrement resocialisé. La dangerosité étant une notion floue, subjective et surtout impossible à déterminer avec certitude à l'avance⁵, la durée de la mesure applicable ne peut par conséquent être fixée de manière définitive au moment de son prononcé. La loi prévoit alors en général une durée maximale indicative, mais qui peut être prolongée indéfiniment, avec des réexamens périodiques de l'état dangereux à même de justifier le maintien de la mesure⁶. C'est ainsi que la surveillance et la rétention de sûreté sont des mesures potentiellement perpétuelles.

¹ V. p. ex. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 259.

² En ce sens, P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, Thèse, Paris, Ernest Sagot et C^{ie}, 1925, p. 27 s.

³ En ce sens, 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., Melun, Impr. Administrative, 1950, p. 11 s.

⁴ V. *infra*, n° 235 s.

⁵ Sur la notion de dangerosité, v. *infra*, n° 683 s.

⁶ V. plus en détail, *infra*, n° 843 s.

De la même manière, s'adaptant à l'état dangereux, la mesure de sûreté est variable en ce qui concerne son contenu et ses modalités d'exécution. Le juge dispose en effet d'une grande marge de manœuvre pour personnaliser et réviser la mesure. Ainsi, peut-il modifier les obligations imposées dans le cadre d'une surveillance de sûreté et mettre fin à la mesure lorsque celle-ci ne paraît plus nécessaire. La méconnaissance des obligations peut même être sanctionnée par une privation de liberté¹. Attachée à la personne et non à l'acte, la mesure de sûreté ne présente donc par essence pas les caractères de prévisibilité et de fixité qui sont en principe inhérents à la peine².

12. Contournement des limites de la peine. Si la peine est cantonnée par ce qui est juste – au sens de proportionnalité à la faute – et utile – au sens de nécessité de la réponse pénale³ – la mesure de sûreté semble uniquement guidée par son utilité, voire son utilitarisme. Elle est dépouillée de certaines contraintes protectrices de l'individu qui sont attachées à la peine. Les limites qui résultent de celles-ci ont rendu nécessaire l'apparition des mesures de sûreté afin de venir compléter la peine. Par sa faculté de contourner certains principes du droit pénal classique (en s'appliquant de manière rétroactive par exemple, ou sans limitation de durée), la mesure de sûreté semble être la forme de sanction pénale la plus attentatoire aux libertés individuelles. Elle semble suivre la logique de la recherche du bien-être global du plus grand nombre, fût-ce au moyen du « sacrifice » d'une minorité socialement nuisible. Visant la satisfaction des intérêts collectifs, les moyens mis en œuvre dans le cadre de la mesure sont choisis en fonction de ses fins. Si la peine et la mesure de sûreté sont toutes deux utiles aux finalités du droit pénal, la mesure de sûreté fait de cette utilité le principe de son action, dépassant parfois le juste.

Ce besoin d'ajouter à la peine une autre forme de sanction pénale s'est fait sentir bien avant que le terme de « mesure de sûreté » n'apparaisse explicitement. Ainsi a-t-on pu affirmer que « nos peines actuelles sont impuissantes [...] à protéger efficacement la société contre les délinquants primaires ; mais leurs défauts apparaissent encore bien plus nets vis-à-vis des récidivistes et des délinquants d'habitude. N'est-il pas absurde d'infliger à ces

¹ V. *infra*, n° 410.

² La peine, dont les fonctions premières sont la rétribution et l'intimidation, intègre néanmoins de plus en plus une finalité préventive et s'éloigne, par conséquent, de sa rigidité originare pour devenir plus souple et individualisable : v. *infra*, n° 549 s. et 558 s.

³ V. le principe d'Ortolan, combinant utilité sociale et justice morale, qui pose les limites de la mesure de la peine : « jamais plus qu'il n'est juste et jamais plus qu'il n'est utile » : J. L. E. Ortolan, *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure*, Librairie de Henri Plon, 2^e éd., 1859, n° 205, p. 92. Sur ce principe et la doctrine néo-classique, v. plus en détail, *infra*, n° 550.

individus un remède, toujours le même, alors que l'on sait pertinemment qu'il ne peut les amender ? »¹. Il est donc apparu nécessaire d'envisager, à côté de la répression, des mesures plus efficaces pour défendre la société, ayant pour unique fonction la prévention individuelle et s'appliquant aux personnes dangereuses à l'égard desquelles la peine est insuffisante ou inadaptée.

13. Personnes soumises aux mesures de sûreté. Les catégories de délinquants visées sont avant tout les récidivistes ou délinquants d'habitude², les délinquants sexuels³ ainsi que les malades mentaux, ces derniers étant d'ailleurs inaccessibles à la peine. On y trouve aussi le toxicomane, l'alcoolique et le mineur. Il peut en effet paraître illusoire d'appliquer une peine à des individus qui nécessiteraient davantage des soins ou qui ont fait preuve, par leur passé pénal, d'une indifférence à l'égard de l'effet intimidant que la peine est censée produire. Ces diverses figures du mal incarnant la « dangerosité criminologique ou psychiatrique »⁴, stigmatisés souvent comme des « anormaux » ou « antisociaux », varient cependant dans le temps et dans l'espace⁵. « Certaines de ces figures sont récurrentes, d'autres sont éphémères (par exemple le dangereux sexuel a été l'homosexuel, il est devenu le pédophile, mais il peut être aussi l'exhibitionniste) »⁶. À une époque plus récente, on a pu voir s'ajouter à cette liste de personnes jugées dangereuses le terroriste ou le délinquant agissant au sein d'un groupe. Alors que le vagabond n'est aujourd'hui plus considéré comme un sujet gênant ou dangereux qu'il faut neutraliser, le délinquant sexuel ou violent représente, depuis longtemps déjà, le centre de la lutte contre la dangerosité.

L'énoncé de ces quelques caractéristiques générales des mesures de sûreté conduit à s'intéresser de plus près aux conditions de leur apparition historique (§ 1), ainsi qu'au bien-fondé de leur existence (§ 2), pour justifier, enfin, la méthode comparative employée dans l'étude (§ 3).

¹ P. Chambon, *Les mesures de sûreté, op. cit.*, p. 21.

² V. p. ex. L. Lotz, « Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher », *Kriminalistische Abhandlungen*, vol. 41, Leipzig, Dr. E. Wiegandt, 1939, p. 15 s. L'auteur décrit la dangerosité comme « probabilité menaçante d'une infraction ».

³ V. p. ex. F. Rattenhuber, *Der gefährliche Sittlichkeitsverbrecher*, Leipzig, 1939 ; ou P. Wetterich, *Erscheinungsformen gefährlicher Gewohnheitsverbrecher*, Karlsruhe, 1963 (pour cet auteur, les homosexuels sont les plus dangereux parmi les délinquants sexuels !, p. 55).

⁴ V. *infra*, n° 691.

⁵ V. *infra*, n° 686 et 778.

⁶ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010, p. 69 s.

§ 1 : L'apparition historique des mesures de sûreté

14. Existence dissimulée ancienne des mesures de sûreté. La date exacte de l'apparition des mesures de sûreté est difficile à déterminer, tant celles-ci ont eu tendance à se cacher derrière d'autres étiquettes, tendance toujours présente aujourd'hui. Bien que les mesures de sûreté aient fleuri sous la plume des positivistes, leur origine doit être recherchée bien en amont de ce courant de pensée criminologique. En effet, « l'élimination des criminels dangereux et l'amendement de ceux que l'on espérait relever nécessiterent en tous temps l'emploi de sanctions qui ne furent pas des peines »¹. De tout temps ont existé des sanctions qui, fondées sur la dangerosité de la personne, et sans en porter explicitement le nom, sont en réalité des mesures de sûreté. Ce n'est qu'après la naissance désordonnée de celles-ci (A), que le concept même de mesure de sûreté est né dans les théories doctrinales (B).

A. La naissance des mesures de sûreté

15. Les mesures de sûreté ont pénétré la sphère juridique en raison de l'inefficacité de la peine à l'égard de certaines personnes pénalement responsables (1), et de son inapplicabilité aux personnes pénalement irresponsables (2).

1. L'apparition des mesures applicables aux personnes pénalement responsables en raison de l'inefficacité de la peine

16. Inefficacité de la peine face à la persistance dans la délinquance. L'un des facteurs principaux de l'apparition des mesures de sûreté a été la persistance de l'individu dans la criminalité, perçue comme le signe de son incorrigibilité ou de son insensibilité à la peine classique, et par là même de sa dangerosité². Le récidivisme³, en tant que révélateur de la dangerosité, a toujours entraîné une aggravation de la sanction. En effet, « la pluralité d'infractions occupe, au sein de la doctrine pénale ancienne, sous l'appellation de *consuetudo deliquendi* (accoutumance à mal s'employer) proche du concept moderne de dangerosité, une

¹ P. Chambon, *Les mesures de sûreté, op. cit.*, p. 25.

² V. *infra*, n° 36 et 777.

³ Faisant référence à une répétition d'actes délictueux ou à une rechute, cette notion est plus large que celle de récidive légale. V. plus en détail, *infra*, n° 36.

place non négligeable »¹. C'est le droit du Moyen Age qui a dégagé l'idée selon laquelle le délinquant « incorrigible » devait être puni plus sévèrement. Ainsi s'est, de tous les temps, posée la question de l'attitude à adopter à l'égard des personnes qui récidivent ou réitérent les infractions après avoir purgé leur peine².

Dans l'Ancien droit, les exemples d'une réaction spécifique à la délinquance répétée étaient nombreux, comme en atteste le sort réservé aux délinquants par un capitulaire de 779 : « Quant aux voleurs ils ne seront pas punis de mort pour la première faute, mais on leur crèvera un œil ; à la seconde, on leur coupera le nez, et si on les trouve une troisième fois en faute *sans qu'ils soient corrigés*, qu'ils meurent »³. En effet, la peine de mort n'était-elle pas la sanction éliminatrice par excellence ? À en croire le philosophe des Lumières Diderot, « le malfaisant est un homme qu'il faut détruire et non punir »⁴. Dans la même logique, un édit de 1534 prévoyait la soumission des vagabonds à la roue⁵, ces derniers ayant pendant longtemps été considérés comme des grands ennemis de la société. Ces mesures d'une rigueur extrême étaient justifiées par les auteurs contemporains par l'incorrigibilité présumée des délinquants d'habitude et l'impuissance de l'intimidation des peines ordinaires⁶. À l'époque des Lumières, le droit pénal a été humanisé par la victoire de la privation de liberté à l'encontre des peines corporelles et éliminatrices.

17. Apparition des mesures de sûreté en France. Sans aller jusqu'à lui ôter la vie, certaines mesures consistaient à éloigner le délinquant de la société pour assurer la défense de celle-ci. Il paraît alors intéressant de citer la transportation de l'Ancien Régime⁷, qui n'était pas une peine, mais un moyen efficace de se débarrasser des « insociables » et des grands récidivistes⁸. La transportation a été maintenue et édictée par le Code pénal français de 1791,

¹ M.-H. Renaut, « Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC*, 2000, p. 319.

² W. Wacker, *Sicherungsverwahrung und Grundgesetz*, G. Bauknecht Dissertations-Druckerei, 1966, p. 5.

³ Cité par P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, *op. cit.*, p. 26. On peut également relever la Déclaration du 4 mars 1724 concernant la punition des voleurs (Versailles) qui prévoyait des peines plus légères pour la première condamnation (le fouet et la marque V), plus sévères pour la seconde (galères à temps ou à perpétuité) et la peine de mort en cas de nouvelle récidive : v. F. A. Isambert et A. Decrusy, *Recueil général des anciennes lois françaises: depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, 1715-1737, vol. XXI, Belin-Le-Prieur, Verdier, 1830, n° 299, p. 260.

⁴ D. Diderot, Lettre à Landois, 29 juin 1756, cité par A. Laingui, « L'homme criminel dans l'Ancien Droit », *RSC*, 1983, p. 15 s., cit. p. 21 ; et par P.-J. Delage, « Fragments archéologiques de la défense sociale », in : G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 23 s., p. 40.

⁵ M. Barbero Santos, « Les marginaux devant la loi pénale. La loi espagnole de dangerosité et de réhabilitation sociale *de lege ferenda* », *RSC*, 1980, p. 375 s., cit. p. 382.

⁶ G. Bessière, *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, Thèse, Paris, A. Rousseau, 1898, p. 57.

⁷ V. p. ex. l'édit d'Henri II du 14 janvier 1557 sur la transportation des criminels en Corse.

⁸ G. Bessière, *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, *op. cit.*, p. 59.

prévoyant que les criminels coupables d'un deuxième crime devaient être déportés après l'expiration de leur peine¹. Une loi du 24 vendémiaire An II (15 octobre 1793) organisait la transportation des mendiants récidivistes, et une loi du 30 mai 1854 portait sur l'exécution coloniale des travaux forcés². Bien qu'elle n'emportât pas l'adhésion de tous³, l'élimination du délinquant « incorrigible » apparaît donc comme une idée traditionnelle.

Dans la continuité de ces mesures, la relégation, instaurée par la loi du 27 mai 1885 *instaurant la relégation des récidivistes*⁴, avait pour but de débarrasser la métropole des multirécidivistes jugés inamendables, « donc des individus présumés dangereux » – même si la loi « ne parlait ni de criminels dangereux ni de dangerosité »⁵ – par leur « *internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises* »⁶. Cette sanction étant sans aucune proportion avec la culpabilité du délinquant, ni avec la gravité objective du dernier délit commis, elle ne pouvait se justifier que par sa nécessité sociale. Par sa nature neutralisatrice définitive, cette sanction était indubitablement une mesure de sûreté. D'ailleurs, comme c'est le cas de presque toutes les lois instaurant des mesures de sûreté⁷, la loi de 1885 était d'application immédiate. La relégation intervenait après la peine⁸, apparaissant ainsi comme la « dernière forme de traitement de l'incurable, celle de la neutralisation indéterminée »⁹, si l'état dangereux persistait après son exécution. Selon le professeur Émile Garçon¹⁰, « l'histoire prouve la nécessité de cette mesure de sûreté : que vous l'appeliez bannissement, peine de mort, transportation, déportation, relégation, elle ne pourra disparaître de l'arsenal de nos lois pénales ». Bien que l'auteur ait été contredit par le

¹ Code pénal de 1791, 1^{ère} partie, titre II, art. 1^{er} : « *Quiconque aura été repris de justice pour crime, s'il est convaincu d'avoir, postérieurement à la première condamnation, commis un second crime emportant l'une des peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne, de la détention, de la dégradation civique ou du carcan, sera condamné à la peine prononcée par la loi contre ledit crime ; et, après l'avoir subie, il sera transféré, pour le reste de sa vie, au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs.* »

² La transportation fut abrogée par un décret du 17 juin 1938.

³ V. p. ex. G. Bessière, *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, *op. cit.*, p. 63 : « Les adversaires de l'élimination rejettent sans hésitation l'argument utilitaire [...]. L'élimination laisse l'avenir aussi sombre : elle ne prévoit rien, elle n'empêche rien. C'est une vengeance mesquine – et injuste – dirigée contre le passé... » ; Cité par le même auteur, p. 64 : « l'élimination supprime le problème et ne le résout pas », *Actes du Congrès d'anthropologie criminelle de Bruxelles*, Rapport Maus sur la question des incorrigibles, 1893, p. 192.

⁴ V. aussi *infra*, n° 111.

⁵ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 752, p. 621.

⁶ Art. 1^{er} de la loi du 27 mai 1885.

⁷ À quelques rares exemples près : v. la rétention de sûreté française et la décision du Conseil constitutionnel, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *infra*, n° 130 et 219.

⁸ Art. 8 de la loi du 27 mai 1885.

⁹ P.-J. Delage, « Fragments archéologiques de la défense sociale », *art. cit.*, p. 44.

¹⁰ E. Garçon, in : *Revue pénitentiaire*, 1909, p. 809 s., cité par P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, *op. cit.*, p. 117.

législateur de la seconde moitié du XX^e siècle¹, son affirmation n'en demeure pas moins pertinente. En effet, cette mesure n'est pas sans ressemblance avec la rétention de sûreté actuelle qui permet d'éliminer le délinquant après qu'il a purgé sa peine² et qui semble prendre le relais des peines éliminatrices définitives qui n'existent plus.

Notons également que si une peine indéterminée paraît impensable de nos jours³, il est possible d'en relever des exemples lointains, comme celles qui étaient prononcées par les tribunaux d'Inquisition au XIII^e siècle. Ils gardaient ainsi ceux qu'ils avaient condamnés sous leur dépendance, « par le droit qu'[ils] s'arrogeai[ent] de pouvoir toujours modifier, même sans motif nouveau, la sentence qu'[ils] avai[ent] prononcée contre eux »⁴.

D'autres mesures moins radicales se sont, en outre, développées sous l'Ancien droit, comme par exemple l'asseurement, permettant à celui qui se sentait sérieusement menacé par un autre citoyen de lui faire jurer en justice qu'il ne nuirait ni à sa personne ni à ses biens, sous menace d'être pendu⁵. On peut relever, de la même manière, l'ancêtre de l'interdiction de séjour : le Parlement de Toulouse joignait habituellement aux peines du vol un bannissement temporaire de la ville et banlieue de Toulouse⁶. Enfin, en ce qui concerne les mendiants, après avoir subi leur peine, ils étaient internés dans des dépôts de mendicité⁷.

18. Apparition des mesures de sûreté en Allemagne. La *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532⁸, considérée comme la première codification générale du droit pénal allemand, contenait également des prémices des mesures de sûreté⁹. Elle prévoyait des

¹ La relégation a été abrogée par la loi n° 70-643 du 17 juil. 1970 *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens* ; la peine de mort a été abolie par la loi n° 81-908 du 9 oct. 1981 *portant abolition de la peine de mort*.

² Sur la rétention de sûreté, v. *infra*, n° 127 s. et 281 s.

³ Bien que la réclusion criminelle à perpétuité s'y apparente.

⁴ C. Molinier, *L'inquisition dans le Midi de la France au XIII^e et au XIV^e siècle. Etude sur les sources de son histoire*, Thèse, Paris, Sandoz et Fischbacher, 1880, p. 381.

⁵ V. P. Dubois, *Les asseurements au XIII^e siècle dans nos villes du Nord. Recherches sur le droit de vengeance*, Thèse, Paris, A. Rousseau, 1900 ; P.-J. Delage, « Fragments archéologiques de la défense sociale », *art. cit.*, p. 34 ; P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, *op. cit.*, p. 44.

⁶ C. Molinier, *Répression du vol d'après les lois anciennes et la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1868, p. 36 et 56, cité par P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, *op. cit.*, p. 33.

⁷ Art. 274 du Décret impérial du 5 juillet 1808. Ces dépôts étaient institués par un arrêt du Conseil du roi en 1767 pour suppléer l'hôpital général (qui rassemblait enfants abandonnés, condamnés de droit commun, mendiants, gens sans aveu, insensés).

⁸ Appelée aussi *Peinliche Gerichtsordnung* (PGO) de l'empereur Karl V.

⁹ Un auteur remarque que la *Constitutio Criminalis Carolina* contenait des prémices d'un « dualisme » des sanctions pénales, en s'intéressant de plus près à la peine de travail (*Arbeitsstrafe*) et de réclusion (*Zuchthausstrafe*) lesquelles, selon lui, poursuivaient de plus en plus des finalités d'amendement et de sûreté. Il retrace ensuite l'histoire de l'internement de sûreté jusqu'en 1933, en évoquant notamment la « peine de

mesures préventives contre les personnes présentant le risque de commettre une infraction, qui pouvaient faire l'objet d'un enfermement d'une durée indéterminée¹. Déjà à cette époque, on perçoit donc la prise en compte de la dangerosité d'une personne résultant de la potentialité criminelle qu'elle présente, la réponse pouvant aller jusqu'à son exécution². Aux XVII^e et XVIII^e siècles, l'application d'une peine ordinaire était généralement subordonnée à l'aveu du délinquant, ce qui paraissait insuffisant pour la protection de la collectivité. Il était dès lors possible de prononcer une *poena extraordinaria*, appelée aussi « peine de soupçon » (*Verdachtsstrafe*)³, fondée sur de simples présomptions en l'absence de preuve de la culpabilité. Or, cette peine a été critiquée par un auteur qui a préconisé son remplacement par des mesures de sécurité⁴.

Il a cependant fallu attendre plus d'un demi-siècle avant que ces mesures ne fassent leur apparition en droit positif⁵. À la moitié du XIX^e siècle, on en trouvait quelques unes sous la dénomination de mesure de police, comme la surveillance policière, la confiscation, la rétention dans un poste de police ou l'expulsion des étrangers⁶. Le code pénal impérial (*Reichsstrafgesetzbuch*) de 1871 prévoyait davantage de mesures de sûreté semblables à celles existant de nos jours, sans pour autant les organiser de manière générale. Ainsi, étaient-elles dispersées dans la partie générale et dans la partie spéciale du code, sans être clairement distinguées des peines⁷.

soupçon » (*Verdachtstrafe*) : G. Steinberg, « Die Geschichte der Sicherungsverwahrung bis 1933 », *StV*, 2013, p. 227 s.

¹ Art. 176 de la *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC).

² Art. 128 de la *Constitutio Criminalis Carolina*.

³ V. F. Schaffstein, « Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts », *ZStW* 101, 1989, p. 493 s.

⁴ E. L. A. Eisenhart, « Gekrönte Preisschrift über die Frage: Inwiefern läßt sich eine außerordentliche Strafe, welche nicht als bloßes Sicherungsmittel, sondern als eigentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen? », *Archiv des Criminalrechts*, t. 3, 1801, cité par A. Eser, « Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht », in: G. Britz, *Grundfragen staatlichen Strafens : Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Munich, Beck, 2001, p. 213 s.

⁵ V., pour un développement plus détaillé de l'historique des mesures de sûreté, G. Steinberg, « Die Geschichte der Sicherungsverwahrung bis 1933 », *art. cit.*, p. 227 s.

⁶ P. ex. dans les art. 10 à 16 du Code pénal policier du royaume de Bavière du 10 nov. 1861 (*Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern*).

⁷ On y trouvait la surveillance policière aux § 38 et 39, la confiscation d'objets aux § 40 s., et l'expulsion des étrangers au § 284 II.

19. Les prédécesseurs des mesures de surveillance. Les prédécesseurs de nos actuelles et très nombreuses mesures de surveillance étaient, pour la France, la surveillance de la haute police de l'État¹, et pour l'Allemagne, la *Polizeiaufsicht*.

La mesure française² permettait au gouvernement d'exiger du condamné, après qu'il eut purgé sa peine, une caution solvable de bonne conduite, ou, à défaut, d'ordonner son éloignement d'un certain lieu ou sa résidence continue dans un lieu déterminé, le condamné demeurant « à la disposition du gouvernement »³. En cas de désobéissance, le gouvernement avait alors le droit de faire arrêter et détenir le condamné (comme c'est le cas aujourd'hui en cas de méconnaissance des obligations découlant de la surveillance de sûreté⁴). Cet enfermement administratif, intervenant sans jugement préalable, pouvait égaler le temps fixé pour la surveillance elle-même, et, par conséquent, « embrasser toute la vie du condamné quand la surveillance était perpétuelle, ce qui avait lieu dans la plupart des cas »⁵. Certains auteurs ont pu opposer à la surveillance de la haute police que « cent fois plus cruelle que la peine elle-même », cette mesure constituait un obstacle à la réhabilitation et n'était pas à même d'empêcher la commission d'un nouveau crime⁶.

Les premières formes de la surveillance policière allemande permettaient également d'expulser du pays certains malfaiteurs ou de les astreindre à vivre dans un lieu précis⁷. Par la suite, la mesure pouvait comporter notamment une interdiction de séjour⁸ (se rapprochant ainsi davantage de la *Führungsaufsicht* (surveillance de conduite) actuelle⁹), mais aussi la

¹ C'est le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (art. 131) qui prévoyait, pour la première fois, la surveillance de la police. L'année suivante, le décret du 19 ventôse an XIII a imposé à tout forçat libéré l'obligation de déclarer dans quel département et dans quelle commune il voulait établir sa résidence. Le Code pénal de 1810 a introduit la surveillance de la haute police aux articles 44 et suivants. Elle était qualifiée de peine accessoire en matière criminelle et correctionnelle. La mesure a été modifiée par la loi du 28 avril 1832 supprimant la « mise à la disposition du gouvernement » et la possibilité d'imposer un lieu de résidence ; mais le décret du 8 décembre 1851 a, de nouveau, modifié la mesure, dans un sens plus sévère cette fois, en donnant au gouvernement le droit absolu de déterminer le lieu de résidence du condamné après l'exécution de la peine. Elle a été abrogée par la loi du 27 mai 1885 instaurant la relégation. V. plus en détail, M.-H. Renaut, « Les avatars de l'interdiction de séjour (XIX^{ème}, XX^{ème} et XXI^{ème} siècle) », *RSC*, 2001, p. 307 s.

² Le précurseur de cette mesure était une peine de l'Ancien droit, le bannissement, qui consistait à écarter temporairement ou pour toujours tout élément dangereux pour la société. Elle était en recul au cours du XVIII^e siècle et a été abolie par l'Assemblée constituante en 1791. V. M.-H. Renaut, « Les avatars de l'interdiction de séjour (XIX^{ème}, XX^{ème} et XXI^{ème} siècle) », *art. cit.*, p. 307 s.

³ Art. 44 s. du Code pénal de 1810.

⁴ V. *infra*, n° 410.

⁵ C. Auzies, *De la surveillance de la haute police*, Paris, E. Thorin, 1869, p. 25.

⁶ A. Frémont, *De la surveillance de la haute police de l'État. De sa suppression et des moyens d'y suppléer*, Orléans, Herluison, 1869, p. 10.

⁷ P. ex. les art. 127 et 161 de la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532.

⁸ § 39, n° 1 du *Reichsstrafgesetzbuch (RStGB)* de 1871 ; comp. avec § 68b, al. 1, phrase 1, n° 2 StGB (code pénal allemand actuel).

⁹ Sur la *Führungsaufsicht*, v. *infra*, n° 426 s.

possibilité de procéder à des perquisitions à tout moment¹ ou d'expulser les étrangers². Sa nature juridique était déjà controversée au début du XX^e siècle. Les auteurs hésitaient en effet entre la qualification de peine complémentaire – prononcée en raison de la commission d'une infraction et à côté d'une peine privative de liberté d'une certaine gravité – et celle de mesure de sûreté, fondée uniquement sur un but de prévention spéciale et dont l'exécution était laissée à l'appréciation de la police³.

Bien que les « souvenirs fâcheux » de la surveillance de la haute police et les « expériences non moins décevantes » faites avec la *Polizeiaufsicht* du droit pénal allemand puissent jeter le discrédit sur les mesures de surveillance en général⁴, celles-ci connaissent actuellement un essor sans précédent⁵.

D'autres mesures sont apparues en raison de l'impossibilité d'appliquer une peine aux personnes pénalement irresponsables.

2. L'apparition des mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables en raison de l'inapplicabilité de la peine

20. Inapplicabilité de la peine aux personnes dépourvues de discernement. La nécessité de se prémunir contre la dangerosité des personnes dépourvues de discernement, auxquelles la peine est inapplicable, est apparue tout aussi importante. La nature juridique des mesures susceptibles d'être prononcées à leur égard est d'ailleurs moins discutable – en aucun cas il ne s'agit d'une peine – et elles s'appliquent nécessairement de manière autonome et non en sus d'une sanction rétributive.

21. Apparition des mesures de sûreté en France. Au lendemain de la Révolution française, la dangerosité du « fou » a joué un rôle considérable dans la réorganisation des pratiques répressives qui étaient auparavant arbitraires, puisqu'il a fallu trouver un fondement légitime à l'enfermement des personnes qui échappaient au concept de culpabilité, faute de discernement. La transgression de la loi par les personnes irresponsables ne pouvait dès lors

¹ § 39, n° 3 RStGB de 1871 ; perquisitions aujourd'hui régis par le droit de police (*Polizeirecht*) et la procédure pénale (*Strafprozessordnung*).

² § 39, n° 2 RStGB de 1871 ; expulsion aujourd'hui régie par le droit des étrangers.

³ A. Eser, « Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht », *art. cit.*, p. 219.

⁴ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 49.

⁵ V. *infra*, n° 124 s. et 370 s. L'aide à la réinsertion se veut cependant aujourd'hui prédominante par rapport à la surveillance même.

être appréhendée que sur le fondement de la dangerosité. Ainsi, « perçu comme un malade irresponsable, le fou ne pouvait faire l'objet d'une sanction pénale ; perçu comme dangereux, il ne pouvait être laissé en liberté. Cette aporie ne pouvait être résolue que par l'instauration d'un internement à caractère thérapeutique susceptible de satisfaire à ces deux exigences à première vue contradictoires »¹. De la même manière, « la sanction pénale étant dorénavant fondée sur la culpabilité – et donc sur le discernement –, il n'était pas possible d'envisager son application sans prendre en considération l'âge de l'individu »², ce qui entraînera une autre lacune dans la répression, cette fois-ci vis-à-vis des mineurs incapables de discernement.

En ce qui concerne, en premier lieu, les aliénés dangereux³, le préfet disposait de la faculté de les faire interner d'office s'il estimait qu'ils compromettaient l'ordre public ou la sûreté des personnes. Cette décision administrative, consistant en une sentence absolument indéterminée quant à la durée de l'internement, pouvait être critiquée en raison de l'absence de garanties pour les libertés individuelles. C'est ainsi qu'un auteur a pu affirmer que « l'autorité judiciaire devrait pouvoir, en acquittant un aliéné, en ordonner le placement dans un asile »⁴ – ces critiques étant à l'origine de la procédure actuelle de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental⁵.

En second lieu, le mineur de seize ans ayant agi sans discernement pouvait être « *conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera* »⁶. Cette mesure pouvait être qualifiée de « mesure de "sûreté-protection"⁷ avant la lettre, avec toute l'ambiguïté et les fonctions spécifiques qu'on peut reconnaître à ce vocable »⁸. Par la suite, la loi du 15 mai 1912 *relative à la protection de l'enfance*, a transféré une partie des prérogatives jusqu'alors inhérentes à la puissance paternelle à la juridiction spéciale pour enfants. Avec cette loi, conçue elle aussi sur le

¹ M. van de Kerchove, « Culpabilité et dangerosité - Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité », in : Ch. Debuyst et F. Tulkens (dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Genève, Masson, 1981, p. 291 s., cit. p. 296.

² *Ibid.*, p. 297.

³ Art. 18 de la loi du 30 juin 1838 relative aux aliénés.

⁴ P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, op. cit., p. 143.

⁵ Permettant au juge pénal d'appliquer au malade mental des mesures de sûreté, y compris l'hospitalisation d'office, s'il est établi « *que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* » (art. 706-135 s. CPP. V. aussi la mesure allemande d'internement en hôpital psychiatrique : § 63 StGB). V. plus en détail, *infra*, n° 698.

⁶ Art. 66 du Code pénal de 1810.

⁷ C. Somerhausen, « L'évolution du droit des mineurs en Belgique », *Revue de l'Institut de sociologie*, 1973, n° 1, p. 92.

⁸ M. van de Kerchove, « Culpabilité et dangerosité - Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité », art. cit., p. 297. V. aussi M. van de Kerchove, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *RDPC*, 1976-1977, p. 245.

fondement de la dangerosité, « le visage éducatif et éducateur de la répression des mineurs [s'est doublé] [...] d'un visage médical et thérapeutique »¹.

22. Apparition des mesures de sûreté en Allemagne. Le droit allemand comportait des dispositions similaires. Le code pénal bavarois de 1861² prévoyait également la possibilité de faire interner les insensés et malades mentaux ayant commis une infraction mais déclarés pénalement irresponsables. Cette décision était prise par la police après une expertise médicale. S'agissant des mineurs irresponsables, leur internement pouvait être ordonné par le juge³, bien que cette mesure fût généralement qualifiée de mesure de police.

23. Mesures applicables aux personnes innocentes. Il convient de souligner que certaines sanctions étaient applicables, de manière plus générale, aux personnes n'ayant commis aucune faute. C'est en ce sens que la constitution de l'an XII⁴ prévoyait qu'en cas d'acquiescement, la Haute Cour impériale pouvait « *mettre ceux qui [étaient] absous, sous la surveillance ou à la disposition de la haute police de l'État, pour le temps qu'elle détermin[ait]* ».

Ce n'est que plus tardivement que le concept de mesure de sûreté a fait son apparition dans les théories doctrinales.

B. La naissance du concept de mesure de sûreté

24. De l'expression au concept⁵. Les différentes sanctions évoquées – en tout cas celles qui étaient applicables aux personnes responsables – étaient généralement qualifiées de

¹ M. van de Kerchove, « Culpabilité et dangerosité - Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *art. cit.*, p. 298.

² En son art. 137, al. 2.

³ § 56, al. 2 RStGB de 1871.

⁴ Art. 131 du sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804).

⁵ Le terme « concept » peut être défini comme l' « idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances » (Dictionnaire *Larousse*) ; ou comme « représentation mentale abstraite et générale, objective, stable, munie d'un support verbal » (*Trésor de la langue française*).

Il doit être distingué du terme « notion » qui peut être défini comme l' « idée de quelque chose ; concept, abstraction » (Dictionnaire *Larousse*) ; ou comme « construction, représentation de l'esprit » (*Trésor de la langue française*). Or, si le dictionnaire *Larousse* présente le « concept » et la « notion » comme des synonymes, il nous semble que le « concept » revêt une connotation plus générale et abstraite que la « notion ». En effet, comme l'explique le professeur Quintane, la notion renvoie, d'une part, à l'idée d'un objet préexistant et à la description que l'on pourrait chercher à en faire et, d'autre part, à celle d'une forme d'indécision quant aux éléments qui constituent ledit objet. Le concept, au contraire, renvoie à une construction de l'esprit utilisée pour faire éclore le savoir. La première est résultat de l'expérience, le second

« peines » par le législateur et la jurisprudence, malgré leur nature véritable de mesure de sûreté¹. Il est toutefois possible de relever l'emploi de l'expression « mesure de sûreté » dans un décret du 27 juin 1848 sur la transportation dans les possessions françaises d'outre-mer², ainsi que dans un décret du 8 décembre 1851 concernant les individus placés sous la surveillance de la haute police. Celui-ci prévoyait dans son article 1^{er} que l'individu reconnu « *coupable de rupture de ban [pouvait] être transporté, par une mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie* ». La véritable nature de cette transportation en découlait sans équivoque.

Si le recours à l'expression est donc relativement ancien, l'apparition du concept de « mesure de sûreté » est principalement d'origine doctrinale. Elle a été accompagnée de vifs débats sur la différenciation entre peines et mesures de sûreté et sur la qualification exacte des sanctions concernées, débats qui sont d'ailleurs toujours d'actualité³.

L'origine du concept est attribuée par un certain nombre d'auteurs⁴ au pénaliste Carl Stooss, « le père spirituel des mesures de sûreté »⁵, qui a rédigé en 1893 l'avant-projet du code pénal suisse⁶. Or ce dernier n'est, en réalité, pas le premier à l'avoir évoqué, puisqu'on le trouve déjà dans des écrits plus anciens, au sujet de l'asseurement notamment⁷. S'il est vrai que ce sont avant tout les théories de la fin du XIX^e siècle qui ont envisagé les mesures de

produit de l'esprit. V. G. Quintane, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in : G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009, p. 5 s., spéc. p. 11.

En ce qui concerne les mesures de sûreté, les théories doctrinales à leur sujet semblent véritablement procéder d'une construction de l'esprit, avant de faire naître la notion.

¹ Quoique certains auteurs aient pu en dire le contraire : C. Auzies qualifiait le bannissement de « peine temporaire purement infamante » (*De la surveillance de la haute police, op. cit.*, p. 28). Il approuvait également l'art. 44 CP de 1810 qui qualifiait la surveillance de la haute police de peine (p. 33).

² Le décret du 27 juin 1848 sur la transportation, dans les possessions françaises d'outre-mer, des individus qui ont été reconnus avoir pris part à l'insurrection des 23 juin et jours suivants, prévoyait cette transportation en son article 1^{er} à titre de « mesure de sûreté générale ». Par son article 4, le pouvoir exécutif a été chargé de l'exécution de cette mesure arbitraire. Sur ce décret, v. aussi Cass. crim., 17 nov. 1848 (S. 1848, I, 651). De même, un décret du 16 août 1859 accordait amnistie à tous les individus qui ont été condamnés pour crimes et délits politiques, ou qui ont été l'objet de « mesures de sûreté générale » ; v. p. ex. C. Aubert, *Le temps des conspirations : la répression politique en Maine-et-Loire entre 1814 et 1870*, Cheminements, 2006, p. 126.

³ V. *infra*, n° 495 s. Notons également que la consécration de la notion par le droit positif est encore nuancée : v. plus en détail, *infra*, n° 108 s.

⁴ En ce sens, v. p. ex. F. Grispigni, « Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté », *RIDP*, 1953, p. 760 ; L. Jimenez De Asua, « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *RSC*, 1954, p. 25 ; J. Vérin, « Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté », Table ronde en l'honneur de M. W. P. J. Pompe, *RSC*, 1963, p. 529 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, p. 827 ; J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 104, p. 90.

⁵ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal, op. cit.*, p. V.

⁶ V. plus en détail, *infra*, n° 32.

⁷ P. ex. dans l'œuvre d'A. Bonneville de Marsangy, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moraliste*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1864, 2^{nde} partie, p. 202 : « Dans nos anciens usages, l'asseurement était une simple mesure de sûreté ».

sûreté comme un véritable système de sanctions pénales, l'idée n'était pas complètement étrangère à certains auteurs du XVIII^e siècle.

25. Premières théories sur une dualité des sanctions pénales. De manière assez isolée, le juriste allemand Ernst Ferdinand Klein, s'inscrivant dans le courant de pensée des Lumières, évoquait l'idée d'une distinction entre la peine – qui devait être définie exactement dans sa nature et dans son montant lors du jugement – et les mesures de sécurité (*Sicherheitsmaßregeln*) qui devaient être fonction de la dangerosité émanant de l'agent¹. Il préconisait ainsi une peine privative de liberté à durée déterminée, suivie d'une « incarcération de sécurité » (*Sicherheitshaft*), qui devait, elle, être à durée indéterminée. Dans un souci de protection des libertés individuelles, il précisait que ces mesures devaient être prononcées par le juge, et non par les forces de police ou le chef de l'État².

Klein a contribué en 1794 à l'élaboration de la partie pénale du « Code général pour les États prussiens » (*das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten*)³, en ajoutant aux peines des mesures préventives⁴. Il était dès lors possible d'enfermer les délinquants d'habitude au-delà de la durée de leur peine privative de liberté. Ce système de sûreté dualiste n'a cependant duré que cinq ans, et a été remplacé par une circulaire (*Verordnung*) du 26 février 1799 qui ne comportait qu'une peine de sûreté à durée indéterminée⁵, vivement critiquée par les philosophes Kant, Hegel et Feuerbach⁶.

Le concept de mesure de sûreté a fait l'objet, un siècle plus tard, de théories doctrinales plus élaborées, portant, d'une part, sur la nécessité des mesures de sûreté (1), et, d'autre part, sur la création d'un véritable système dualiste de sanctions pénales (2).

¹ V. F. von Liszt et E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, op. cit., p. 351.

² V. E. F. Klein, G. A. K. Kleinschrod, C. G. Konopak, *Archiv des Criminalrechts*, Halle, Hemmerde & Schwetschke, 1798, vol. I, partie II, p. 35 s.

³ Le § 5, al. 2, n° 20 de ce code disposait : « Après avoir purgé leur peine, les voleurs et autres criminels qui présentent un danger pour la collectivité en raison de leurs mauvaises habitudes ne doivent être libérés que lorsqu'ils auront prouvé qu'ils sont capables de se nourrir de façon honnête. », cité par O. Milde, *Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherheitsverwahrung in de Jahren von 1998 bis 2004*, Hambourg, Dr. Kovac, 2006, p. 6.

⁴ Ce code a ainsi opéré « l'inscription d'un enfermement de sûreté à l'intérieur du champ pénal pour certains condamnés jugés dangereux qui, au terme de leur peine légale, n'auraient pas fait la preuve de leur réadaptation sociale. Sont visés notamment, aux termes des articles 5, 1024 et 1160 du titre XX, les voleurs récidivistes et les prostituées qui ne pourraient ou refuseraient de s'amender » : v. Y. Cartuyvels, « Entre idéal de bienfaisance et politique sécuritaire : la prévention selon le *Landrecht* prussien de 1794 », *Crime, Histoire & Sociétés*, 1999, vol. 3, n° 1, p. 93 s.

⁵ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherheitsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Francfort, Peter Lang, 2008, p. 11.

⁶ Le code pénal allemand de 1851 ainsi que le code pénal impérial de 1871 témoignaient de l'influence de ces philosophes sur le droit positif : la peine n'y était plus complétée par une mesure préventive privative de liberté.

1. Les théories doctrinales sur la nécessité des mesures de sûreté

26. Ce n'est qu'à partir de la fin du XIX^e siècle, et de manière plus marquante encore au début du XX^e siècle, que la doctrine a commencé à élaborer des théories complètes autour du concept de mesure de sûreté. Le contenu de ce concept a subi des évolutions considérables à travers les différents courants de pensée, jusqu'au droit pénal contemporain.

27. **Le conflit des Écoles.** L'idée tenant à la nécessité d'instaurer des mesures préventives aux côtés des peines a donné lieu au « conflit des Écoles » (*Schulenstreit*), opposant l'École classique et l'École moderne du droit pénal.

Pour l'École classique, à laquelle on rattache notamment Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, Karl Binding et Karl von Birkmeyer, la priorité était la protection de la liberté individuelle de chaque citoyen à l'encontre du pouvoir étatique. Ces auteurs se fondaient essentiellement sur la fonction rétributive du droit pénal (*Vergeltungsgedanke*) et sur la nécessaire proportionnalité entre la culpabilité et la peine, le châtement devant être conforme à la faute (*Schuldausgleich*). Beccaria, dans son « *Traité des délits et des peines* » paru en 1764, a élaboré une théorie sur les fondements et les limites du droit de punir, ainsi qu'une théorie utilitariste de la peine criminelle. Il a intégré le principe de la légalité, selon lequel seule la loi positive peut incriminer un fait et établir des peines (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), en insistant sur le fait que « chaque citoyen [devait] pouvoir faire tout ce qui n'est pas contraire aux lois »¹. Il s'est également prononcé contre la peine de mort, sauf dans certains cas extrêmes de danger pour l'État. Selon Beccaria, pour être juste, la peine devait être nécessaire et respectueuse de la liberté comme de la dignité. Ces principes étaient, par conséquent, inconciliables avec le concept d'une mesure de sûreté détachée de toute idée de juste proportion avec la culpabilité.

L'École moderne ou sociologique, au contraire, soutenait l'idée selon laquelle la peine revêt principalement des finalités protectrices et éducatives. D'après son fondateur Franz von Liszt, le droit pénal devait être utile, en assurant la protection de la société contre les délinquants dangereux, ainsi que la réinsertion dans la société des délinquants amendables.

¹ A. P. Pires, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in : C. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie, A. P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, 2^e éd., De Boeck, Larcier, 2008, p. 109 s., cit. p. 112.

Cette lutte contre la criminalité passait, pour cet auteur, par la prévention spéciale¹, mise en œuvre par trois moyens : la dissuasion, l'amélioration et la neutralisation (*Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung*)². Il résumait sa théorie principalement à travers l'expression « neutralisation des incorrigibles, amélioration des amendables » (*Unschädlichmachung der Unverbesserlichen, Besserung der Besserungsfähigen*)³. Il préconisait ainsi une « peine de sûreté » (*Sicherungsstrafe*) pour les « délinquants d'habitude incorrigibles », guidée par la dangerosité de l'auteur. L'infraction n'était, selon von Liszt, pas la raison d'être de la peine mais uniquement une condition pour son application en tant qu'indice de la dangerosité du récidiviste. La sentence devait logiquement être indéterminée car la durée de la peine devait être fonction de l'évolution de l'état du délinquant qu'il s'agissait de rendre inoffensif, au besoin par un enfermement à vie. Le juge devait prendre en compte le passé du délinquant, mais aussi l'avenir présumé, en somme toute sa vie. Ce n'était pas l'acte, mais l'auteur qui devrait guider le choix de la peine⁴. Von Liszt n'accordait que peu d'importance à la distinction entre peines et mesures de sûreté⁵, puisque la « peine utilitaire » ou finaliste (*Zweckstrafe*) était censée remplir tous les rôles que l'on attribue aujourd'hui aux différentes sanctions pénales. Pour lui, « la peine signifie prévention par la répression ; ou [...] répression par la prévention »⁶. La peine de sûreté était donc considérée comme une réponse pénale aggravée applicable à certains délinquants, et peu importait le nom que devait porter cette privation de liberté.

Le professeur Karl Binding, tenant de l'École classique, n'était pas fondamentalement opposé à la politique criminelle visant la sécurité de la société, mais il s'opposait à ce que ce but soit atteint par une peine de sûreté. Il affirmait que la dangerosité seule du délinquant oblige l'État à prendre des mesures de police pour l'avenir, mais non à le punir⁷. Dans la

¹ V. H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, Berlin, De Gruyter, 1996, p. 2.

² F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1882/83, p. 34.

³ *Ibid.*, p. 37. Il n'a cependant pas inventé ce principe, qui a déjà été formulé dans la circulaire du 26 février 1799, citée par lui : F. von Liszt, « E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung », in : *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2, 1892 bis 1904*, De Gruyter, 1970, p. 156.

⁴ A. Eser, « Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht », *art. cit.*, p. 222.

⁵ Il jugeait cette distinction artificielle, mais s'est prononcé davantage au sujet des mesures de sûreté à l'occasion des projets de réforme législative, ainsi que dans son manuel *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18^e éd., 1911, p. 251 s. V. également A. Eser, « Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht », *art. cit.*, p. 221.

⁶ « Die Strafe ist Prävention durch Repression ; oder [...] Repression durch Prävention » : F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, *op. cit.*, p. 45. V. aussi F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1, 1875 Bis 1891*, vol. I, Berlin, Walter de Gruyter, 1905, p. 176.

⁷ K. Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 7^e éd., Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1907, p. 233.

même logique, le professeur Karl von Birkmeyer précisait : « Nous pensons que la protection de la société contre les personnes dangereuses est une chose utile et souhaitable ; seulement nous ne la considérons pas comme une des attributions du droit pénal »¹. Il critiquait ainsi les théories modernes en ces termes : « Le principe selon lequel la peine doit frapper, non pas le crime, mais le criminel, conduit à remplacer le concept de peine par celui de traitement ; ce qui entraîne en même temps une dissolution du droit pénal pour lui substituer l'hygiène sociale »². Les pénalistes classiques insistaient donc sur le libre arbitre de l'homme et la responsabilité qui en découle, se traduisant en droit pénal par la culpabilité ainsi que la peine rétributive³. La peine, comme réponse à un acte répréhensible, devait être « méritée »⁴. La nécessité d'instaurer les mesures de sûreté à côté de la peine a cependant été reconnue même par les tenants de cette École⁵.

D'autres auteurs semblent avoir adopté une position intermédiaire, à l'image de Franz Exner⁶, qui, tout en préconisant la création de mesures préventives, mettait en garde contre la « dangerosité de la notion de dangerosité »⁷ en tant que fondement d'une sanction pénale, en ce qu'elle suppose de se prononcer sur l'avenir.

Le débat s'est étendu à d'autres pays, avec la fondation, en 1889, de « l'Union internationale de droit pénal » par Franz von Liszt, Adolphe Prins et Gerard Anton van Hamel. L'article II, n° 9 de ses statuts disposait que les délinquants d'habitude incorrigibles devaient être neutralisés aussi longtemps que possible, reflétant ainsi clairement son orientation moderne. Dans l'ensemble, cette Union se caractérisait par sa neutralité dans la querelle du libre arbitre et du déterminisme, par la prise en considération de l'état dangereux comme base de la politique criminelle, ainsi que l'utilisation parallèle des peines et des mesures de sûreté⁸. Ainsi, « la technique juridique a pu raisonner sur les concepts de

¹ K. von Birkmeyer, *Was lässt Liszt vom Strafrecht übrig? – Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht*, Munich, Beck, 1907, p. 52.

² K. von Birkmeyer, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht « Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen »*, Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1909, p. 58.

³ V. A. Eser, « Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht », *art. cit.*, p. 223.

⁴ K. von Birkmeyer, *Strafe und sichernde Maßnahmen, Rektoratsrede vom 24. November 1906*, Munich, Wolf, 1906, p. 19.

⁵ K. von Birkmeyer, *Strafe und sichernde Maßnahmen, op. cit.*, p. 4; W. Kahl, *Das neue Strafgesetzbuch*, Zahn und Jaensch, 1907, p. 19 s.

⁶ V. K. Peters, « Franz Exner », in: F. Elsener, *Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, 1977, p. 153 s.

⁷ F. Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel, op. cit.*, p. 59.

⁸ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, p. 129. V. aussi F. Tulkens et F. Digneffe, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », in: Ch. Debuyst et F. Tulkens, *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique, op. cit.*, p. 191 s., spéc. p. 195.

responsabilité et de peine dans le secteur pénal et sur ceux d'état dangereux et de mesure de sûreté dans le secteur de la défense sociale »¹.

28. La doctrine positiviste. L'origine des mesures de sûreté se trouve aussi, en grande partie, dans la doctrine de l'École positiviste ou criminologique², née en Italie vers la fin du XIX^e siècle et s'opposant également à l'École classique. Les « mesures de défense » qu'elle souhaitait instaurer étaient conçues pour remplacer la peine du droit pénal classique, jugée inapte à enrayer l'augmentation de la criminalité et ne tenant pas suffisamment compte de la personnalité du délinquant.

La naissance de la criminologie dans les années 1880 a conduit les juges, selon l'expression du philosophe Michel Foucault, « à juger autre chose que les crimes : "l'âme" des criminels »³. On a alors pu observer un déplacement de regard du crime vers le criminel⁴. Le fondateur de cette doctrine, Cesare Lombroso, a élaboré la théorie du criminel né, par la suite reprise et approfondie par Enrico Ferri et Raffaele Garofalo, qui ont donné au mouvement un caractère de politique criminelle et de doctrine pénaliste⁵.

L'École positiviste fondait ses idées essentiellement sur deux postulats. Le premier était la négation du libre arbitre. Le libre arbitre a été défini par l'évêque Bossuet comme la faculté de décider volontairement et sans contrainte⁶. En droit pénal, le libre arbitre désigne la conscience et la volonté d'agir qui sont des conditions de l'imputabilité de l'acte à son auteur. C'est parce qu'on est libre de faire des choix qu'on est tenu de répondre de ses actes. Sans libre arbitre il n'y a point de culpabilité, et sans culpabilité pas de peine. De ce fait, l'individu privé de son libre arbitre n'est pas responsable pénalement et il est impossible de lui appliquer un châtiment. Or, la négation du libre arbitre par les positivistes correspondait à ce que l'on appelle la théorie du déterminisme. Selon cette théorie, l'homme n'est pas libre moralement, il est prisonnier de son corps et ne possède pas de liberté d'agir. Son comportement est guidé

¹ J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », in : « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale nouvelle », *RSC*, 1964, p. 757 s., cit. p. 760.

² On rattache principalement trois noms à cette école : Cesare Lombroso (1835-1909), professeur de médecine légale et auteur de l'ouvrage « *L'homme criminel* » en 1876 ; Enrico Ferri (1856-1929), professeur de droit pénal à Rome et auteur de « *La sociologie criminelle* » en 1884 ; et Raffaele Garofalo (1852-1934), magistrat et criminaliste italien qui a publié « *La criminologie* » en 1885.

³ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 24.

⁴ M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. V | 2008, mis en ligne le 07 octobre 2008. URL : <http://champpenal.revues.org/6183>.

⁵ C. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie, A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, op. cit., p. 271.

⁶ J.-B. Bossuet, *Traité du libre arbitre* [1677], Ouvrage posthume, Paris, Barthelemy Alix, 1731, Chap. I, p. 2.

par des facteurs endogènes et exogènes qu'il ne peut maîtriser, qui sont de nature biologique ou sociologique.

Pour Lombroso, la délinquance avait une explication anthropologique, la personne étant prédéterminée au crime dès sa naissance en raison de conditions ataviques. Il assimilait le délinquant au fou moral¹, après avoir avancé que le criminel était un sauvage égaré dans notre civilisation. Ferri, lui, a remplacé l'idée de responsabilité morale par celle de responsabilité légale ou sociale, légitimant le droit de punir – ou plus exactement le « droit de l'État à se défendre »² – par la simple participation des hommes à la vie en société. Selon cet auteur, le crime était causé essentiellement par le milieu social. De manière comparable, l'École criminologique française autour d'Alexandre Lacassagne, n'admettant pas l'idée de fatalisme avancée par Lombroso, introduisait une perspective sociale³. Ce dernier – partisan de la relégation qui fut instaurée en 1885 et favorable à la mise en place d'un « code de sûreté » pour les « incorrigibles » – affirmait en effet que « c'est la société qui fait et prépare les criminels »⁴.

Le second postulat de la doctrine positiviste consistait à assimiler l'homme criminel à un être socialement dangereux. Se dégagait alors la notion d'état dangereux, de dangerosité. Les partisans de cette École préconisaient de substituer la prophylaxie à la répression⁵. La société serait fondée à se défendre par une action préventive, déclenchée par l'existence d'un risque ou d'un danger. Les tenants de l'École positiviste italienne faisaient passer la défense et la protection de l'État avant la protection des individus, que le droit pénal classique survalorisait selon eux⁶. Ils luttaient ainsi pour une complète transformation du droit pénal.

Les positivistes cherchaient donc à agir sur les facteurs criminogènes, plutôt que de s'attaquer à l'individu même. Il s'agissait pour eux de protéger la société contre le crime et non plus de punir une faute puisque les individus étaient considérés comme moralement

¹ V. aussi *infra*, n° 778.

² E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, Paris, A. Rousseau, 1893, p. 337.

³ Se situant dans la continuité de l'École positiviste, l'École criminologique française ne considérait pas le crime comme l'expression d'une simple faculté innée, mais comme la conséquence d'une interaction entre l'individu et son milieu de vie. Lacassagne cherchait la voie d'une synthèse conciliant facteurs biologiques et sociaux. Il était considéré avec Lombroso comme le co-créateur de l'anthropologie criminelle. V. plus en détail, M. Renneville, « La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne (1843-1924) », *Criminocorpus* [En ligne], Histoire de la criminologie, 1. La revue et ses hommes, mis en ligne le 01 janvier 2005, consulté le 28 juillet 2015. URL : <http://criminocorpus.revues.org/112> ; DOI : 10.4000/criminocorpus.112.

⁴ A. Lacassagne, *Il^{ème} Congrès du patronage des libérés*, Lyon, Discours d'ouverture, *Archives d'Anthropologie criminelle*, vol. IX, 1894, p. 404 s., cit. p. 406.

⁵ M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

⁶ C. Debuyst, F. Digneffe, J-M. Labadie, A.P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, *op. cit.*, p. 272.

irresponsables et donc incapables de répondre de leurs actes. La sanction ne devait plus être assise sur la faute, mais seulement viser à neutraliser l'état dangereux des individus. La peine perdait ainsi sa dimension rétributive traditionnelle ; seules des mesures de prévention paraissaient à même d'empêcher le mal de se produire ou de se reproduire.

Dès lors, deux sortes de mesures étaient envisageables selon les auteurs positivistes. Les premières étaient des mesures préventives de prophylaxie sociale, dénommées « substituts pénaux » par Ferri¹. Elles visaient à supprimer les causes sociales du crime en intervenant avant l'infraction, de manière à ne laisser subsister que la criminalité liée aux pathologies individuelles, c'est-à-dire la criminalité atavique. Plus précisément, Ferri distinguait entre, d'une part, les « mesures de police administrative » directes et rapprochées du crime qui, selon lui, étaient les moins utiles et efficaces, car elles tendaient seulement à empêcher ou à prévenir l'effet, lorsque les causes en étaient déjà développées, et, d'autre part, les « mesures de police sociale », indirectes et éloignées, qui visaient à éliminer ou du moins à atténuer les causes mêmes du crime². Ces dernières étaient, selon l'auteur, « de vrais *substitutifs de la peine*, car une fois ôté le crime on ôt[ait] en même temps la peine »³. Les secondes mesures étaient des mesures individuelles applicables au criminel, non pour ce qu'il avait fait, mais pour ce qu'il était et se trouvait capable de faire, en raison de sa dangerosité. Les positivistes n'employaient pas encore le terme de mesure de sûreté, mais celui de « mesure de défense », destinée à remplacer la peine purement et simplement. La finalité première de ces mesures était la protection de la société, comme l'indiquait leur nom, même si elles pouvaient revêtir des caractères variés, pouvant être réparatrices, éliminatrices⁴, curatives ou intimidatrices. Ce n'était que de manière secondaire qu'elles visaient l'amélioration du délinquant. L'objectif était, avant tout, de neutraliser l'individu dangereux, en traitant la pathologie des criminels amendables et en excluant ceux dont « l'adaptation au milieu ambiant s'est manifestée incomplète ou impossible »⁵.

En raison de la responsabilité objective des individus considérés comme irrécupérables, l'adoption de mesures de sûreté était préconisée pour « prémunir la Société contre la

¹ Un exemple célèbre est l'installation d'un éclairage violent dans une rue obscure où se commettent de nombreuses infractions pour y mettre fin, au lieu d'arrêter les malfaiteurs une fois que l'infraction est commise.

² E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 404.

³ *Ibid.*

⁴ Selon Ferri, les « mesures éliminatives » tendaient à rendre la récidive tout à fait impossible et, partant, devaient être réservées aux criminels et aux crimes les plus dangereux. Elles devaient s'adapter aux caractères physio-psychologiques des criminels et avoir par conséquent des formes variées : telles que la peine de mort, l'asile des criminels aliénés, l'établissement des criminels incorrigibles, les colonies agricoles de défrichement et la transportation. V. E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 406.

⁵ R. Garofalo, *La Criminologie*, trad. française de la 2^e éd. italienne, Paris, F. Alcan, 1890, p. 253.

péculiosité du délinquant »¹. Dans la logique de cette doctrine, il ne fallait plus parler de délits, mot qui « implique l'idée d'une volonté libre qui abandonne le chemin droit », ni de peines, mot qui « implique un résidu d'idées mystiques d'expiation et de châtements », mais plutôt « d'offenses et de défenses »². L'acte humain devait être analysé pour évaluer la nature même de l'individu.

29. Critiques de la doctrine positiviste. Cette doctrine a fait l'objet de vives critiques de la part des juristes de l'école néo-classique, dont un magistrat nommé Louis Proal³ qui réfutait les théories positivistes. Pour lui, le libre arbitre existait, et la peine était une meilleure réponse à l'insécurité que le « traitement »⁴. Il refusait l'idée d'une responsabilité légale détachée de la responsabilité morale⁵, s'apparentant à la responsabilité civile pour risque qui n'avait pas sa place en droit pénal. Comme il est impossible de punir un fou, la peine ne pouvait être infligée qu'à un coupable ; elle devait être juste et, partant, « méritée »⁶. Les lois devaient s'appliquer aux faits accomplis car les événements futurs sont incertains. Ainsi le châtement devait-il suivre le délit et non le précéder. Pour cet auteur, la punition des coupables était un acte de défense sociale et de justice⁷. Il distinguait la cause de la peine (la violation de la loi) et le but de la pénalité (la prévention des crimes)⁸. Il a également été reproché au courant positiviste de priver le criminel de sa dignité en l'assimilant à une sorte de « mécanique déterminée »⁹.

30. La doctrine de la défense sociale. Au XX^e siècle, c'est avec l'École de la défense sociale puis la doctrine de la défense sociale nouvelle que le concept de dangerosité a été repris pour justifier l'instauration de « mesures de défense sociale ». Le professeur belge Adolphe Prins, à l'origine du mouvement de défense sociale, préconisait de substituer à la responsabilité morale la notion d'état dangereux qu'il considérait comme une notion juridique, permettant à l'autorité judiciaire d'entreprendre une action fondée « non sur l'acte

¹ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 225.

² E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 334 s.

³ Il a publié en 1887 un ouvrage intitulé « *Le crime et la peine* ».

⁴ L. Proal, *Le crime et la peine*, 2^e éd., F. Alcan, Paris, 1894, p. 125.

⁵ *Ibid.*, p. 395.

⁶ *Ibid.*, p. 397.

⁷ *Ibid.*, p. 514. Pour lui, dans la détermination de la peine, la justice sociale doit tenir compte du danger social résultant de l'acte délictueux, puisque sa mission est d'assurer la conservation de la société ; mais, pour le degré de la peine, elle doit aussi prendre en considération le mal moral de l'action. La peine doit être juste et nécessaire : p. 510.

⁸ *Ibid.*, p. 513.

⁹ W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, n° 50, p. 53.

passager, mais sur l'état permanent de l'individu »¹. Cette action devait même « pouvoir au besoin se traduire par un prolongement de la privation de liberté infligée au délinquant, lorsque cette prolongation paraîtra[it] indispensable pour assurer la sécurité de la Société »². Il recommandait de mettre à l'écart certains délinquants incorrigibles ou dangereux par l'adoption de mesures de sûreté et de peines indéterminées, tout en veillant au respect de la protection des libertés individuelles. Pour lui, l'intervention de l'autorité judiciaire représentait, à ce titre, une garantie suffisante. Pour être efficace, la protection de la société devait être maintenue aussi longtemps que l'état dangereux lui-même. L'action judiciaire devait en outre être complétée par une action préventive pour empêcher cet état dangereux de naître, et l'intervention de l'État devait ainsi pouvoir se situer avant le passage à l'acte, c'est-à-dire dans la phase prédélictuelle. Prins considérait que la prise en compte de la notion d'état dangereux était le seul moyen susceptible d'assurer le maintien de l'ordre et devait donc être « substituée à la conception trop exclusive de l'acte poursuivi »³.

Le pénaliste italien Filippo Gramatica, premier président de la Société de défense sociale, fondée en 1949, s'inscrivait dans ce mouvement qui entendait substituer au droit pénal traditionnel un droit de défense sociale essentiellement subjectif⁴. Il se prononçait pour l'élimination des notions d'infraction, de délinquant et de responsabilité, afin de remplacer la peine par des mesures de traitement tendant à « l'amélioration du sujet »⁵. Gramatica construisait sa théorie sur la notion d' « antisocialité »⁶ et proposait d'appliquer à l'homme antisocial des « mesures de défense sociale »⁷, visant non pas à protéger la société contre le délinquant, mais à resocialiser ce dernier. Selon cet auteur, seule une responsabilité sociale était envisageable, et l'État n'avait donc pas le droit de punir mais le devoir d'aider les individus à se socialiser. Les mesures préventives, éducatives et curatives, pour être efficaces, devaient être prises en fonction de la personnalité de l'individu déviant, et pouvaient s'appliquer *ante factum* ou *post factum*. La société tout entière devait bénéficier de cette

¹ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1966, p. 93.

² *Ibid.*

³ A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles/ Leipzig, Misch et Thron, 1910, p. 74 s.

⁴ V. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954 ; note bibliographique in : *Revue internationale de droit comparé*, 1968, vol. 20, n° 1, p. 215.

⁵ F. Gramatica, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963, p. 12.

⁶ *Ibid.*, p. 55 s.

⁷ Selon l'auteur, ces mesures devaient d'ailleurs se substituer non seulement à la peine, mais également aux mesures de sûreté qu'il considérait comme une simple variante de la peine, assimilant les deux concepts. V. *ibid.*, p. 165 s.

politique d' « hygiène sociale absolue », préventive et curative¹. Cette doctrine a suscité des craintes au sujet des libertés individuelles chez beaucoup de criminalistes².

31. La doctrine de la défense sociale nouvelle. Le mouvement de la défense sociale nouvelle a repris ces idées mais le système qu'il proposait se voulait moins radical. C'est essentiellement au magistrat Marc Ancel³ que l'on rattache cette doctrine. La principale rupture entre son programme et celui proposé par Gramatica résidait dans la volonté de conserver le droit pénal tout en le réformant. En revanche, leur trait commun était de vouloir construire la législation sur la prise en considération de la personnalité de l'auteur de l'acte antisocial⁴. Ancel entendait conserver à la science pénale son caractère de discipline juridique présentant toutes les garanties nécessaires contre l'arbitraire et instaurer, à côté des peines, des mesures anté-délictuelles, venant pallier les insuffisances inhérentes aux sanctions pénales. L'accent de ces mesures devait alors être mis sur la prévention et la réadaptation sociale, et non sur la répression. Au lieu de qualifier ces traitements divers de peines ou de mesures de sûreté, il proposait un système unitaire de sanctions opportunes et individualisées qui permettraient à la Justice de substituer à son action judiciaire traditionnelle une « action sociale »⁵.

On voit donc clairement que cette nouvelle doctrine construisait, elle aussi, la réponse pénale sur l'idée du traitement d'une dangerosité justifiant le recours à des mesures de sûreté⁶. Mais ces mesures, selon Ancel, devaient respecter les principes régnant dans l'État de droit, ce qui leur conférait leur légitimité. Pour lui, la défense sociale était une réaction contre un système de peines uniquement rétributif, le droit pénal devant être organisé autour des droits de l'homme. Les idées phares de la défense sociale nouvelle se laissent résumer comme suit : elle tendait à promouvoir une politique criminelle soucieuse du respect de la dignité humaine, assurant la prévention du crime et s'occupant du traitement des délinquants par une action systématique de resocialisation des individus⁷. Il fallait donc protéger la société par une

¹ W. Jeandidier, *Droit pénal général*, op. cit., n° 51, p. 54 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 82, p. 131 s.

² R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 84, p. 134.

³ Auteur de l'ouvrage « *La défense sociale nouvelle* », publié en 1954.

⁴ J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », art. cit., p. 760.

⁵ V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., p. 136.

⁶ J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. V | 2008, mis en ligne le 07 octobre 2008. URL : <http://champpenal.revues.org/6013>.

⁷ V. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., op. cit., p. 37.

prévention individuelle, prenant en compte avant tout la personnalité du délinquant, objet d'une étude scientifique. Dans cette perspective, la resocialisation était indissociable d'une humanisation du droit pénal¹. À côté de cela, il était nécessaire de neutraliser la dangerosité du délinquant par des mesures extra-pénales (au sens strict du mot), soit par élimination ou par ségrégation, soit par l'application de mesures curatives ou éducatives². On voyait ainsi resurgir le concept d'état dangereux comme critère de la répression, se substituant à la notion de responsabilité morale.

La doctrine de la défense sociale initiée par Prins a eu une influence considérable sur la défense sociale nouvelle³. Ancel défendait cette doctrine, en refusant tout lien avec les pratiques pénales des États autoritaires, qu'il décrivait de la manière suivante : « Les mesures de défense sociale qui s'introduisaient dans les lois étaient uniquement dictées par l'idée de mettre à part certains délinquants incorrigibles et dangereux pour les soumettre à une peine prolongée, voire perpétuelle. Il importait dès lors assez peu que la mesure prise à leur égard fût techniquement une peine ou une mesure de sûreté »⁴. Il préférait rallier le mouvement de défense sociale nouvelle à la pensée des droits de l'homme et à l'action de l'ONU en ce qui concerne la « prévention du crime et le traitement des délinquants ».

L'auteur précisait cependant qu'il n'entendait pas bannir tout recours à la peine-châtiment, qui était dans certains cas la seule sanction concevable, et que les mesures de sûreté, loin de procéder d'une indulgence systématique, comporteraient souvent par la force des choses un caractère afflictif les apparentant à la peine⁵. C'est en effet l'individualisation de la peine qui était au cœur de sa philosophie : punir signifiait responsabiliser le délinquant, le renvoyer à ce qu'il a fait pour essayer de le reclasser, le réadapter. Pour cela, la prise en compte de sa personnalité dans le procès pénal était indispensable.

D'autres théories doctrinales, elles aussi favorables à l'instauration des mesures de sûreté, se prononçaient plus explicitement en faveur d'un système dualiste de sanctions pénales.

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*, p. 37.

³ V. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 85 s. Certains auteurs considèrent néanmoins qu'il « différerait fort peu de la défense sociale positiviste », le but recherché demeurant de « faire cesser l'état dangereux, au besoin par des moyens draconiens, dans l'intérêt de l'État et de la Société » : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 130.

⁴ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 99.

⁵ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 1^e éd., Paris, Cujas, 1954 ; note bibliographique in : *Revue internationale de droit comparé*, 1968, vol. 20, n° 1, p. 215.

2. Les théories doctrinales sur la création d'un système dualiste de sanctions pénales

32. Le système dualiste proposé par Carl Stooss. Contrairement à l'École moderne allemande ou l'École positiviste italienne (dont les théories impliquaient une disparition de la peine traditionnelle pour laisser place à une peine de sûreté ou une mesure de défense) et à la défense sociale ou la défense sociale nouvelle (qui prônaient un système unitaire de mesures de traitement opportunistes), le professeur Carl Stooss distinguait, dans son avant-projet de code pénal pour la Suisse de 1893, clairement entre les peines (*Strafen*), dominées par une idée de rétribution, et les mesures de sûreté préventives (*sichernde Maßnahmen*), orientées vers l'avenir¹. Il est considéré comme le premier auteur à avoir proposé un système cohérent de mesures sécurisantes², préconisant par exemple la rétention des personnes ayant purgé plusieurs peines privatives de liberté et persistant dans la délinquance. L'auteur insistait sur les différences fondamentales séparant les enjeux répressifs (*Strafanspruch*) des enjeux sécuritaires (*Sicherungsanspruch*), malgré leur finalité de politique criminelle commune, consistant à empêcher la commission de nouveaux crimes³. Les mesures de sûreté reposaient ainsi, contrairement aux peines, non pas sur l'acte commis, mais sur l'état de l'agent au moment du jugement, l'auteur excluant toute forme de mesure mixte⁴. Mais cet état devait être apprécié à l'aune de l'acte commis qui avait une valeur symptomatique⁵. Les mesures de sûreté proposées tendaient à supprimer ou à améliorer l'état dangereux. Leur durée, fonction de leur but, devait par conséquent être indéterminée⁶. L'article 23, combiné à l'article 40, de cet avant-projet prévoyait ainsi la « rétention des criminels récidivistes ». Cependant – contrairement au droit positif actuel en France et en Allemagne⁷ – Stooss refusait le cumul entre peine et mesure de sûreté à l'égard du « délinquant d'habitude », car, selon lui, ce

¹ L'avant-projet prévoyait plusieurs sortes de mesures de sûreté à caractère pénal, notamment : la rétention des délinquants d'habitude qu'il s'agit de neutraliser ; l'internement en établissement de travail des délinquants paresseux ; le traitement des alcooliques dans un établissement curatif ; mais aussi des interdictions professionnelles, la confiscation d'objets dangereux, l'expulsion des étrangers, etc. À côté de ces mesures, on trouvait également l'internement des malades mentaux. Stooss proposait une nouvelle classification de ces mesures par rapport aux projets antérieurs : V. C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Massnahmen », (*schw*)ZStR, n° 44, 1930, p. 261 s., not. p. 262.

² V. entre autres H. Kammeier, *Maßregelvollzugsrecht*, Kommentar, 3^e éd., Berlin/ New York, de Gruyter, 2010, p. 3. V. aussi *supra*, n° 24.

³ C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Maßnahme », *MschKrim*, 1911/1912, p. 368 s.

⁴ Il se montrait ainsi fermement opposé à la « peine utilitaire » (*Zweckstrafe*) défendue par Franz von Liszt qui ne tenait, selon Stooss, pas suffisamment compte des différences essentielles séparant les peines des mesures de sûreté : C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Massnahmen », *art. cit.*, p. 262.

⁵ C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Maßnahme », *art. cit.*, p. 370.

⁶ *Ibid.*, p. 372.

⁷ V. *infra*, n° 85 s. et 130 s. ; n° 859.

dernier n'était plus accessible à la peine¹. La mesure de sûreté revêtait donc, dans sa conception, un caractère subsidiaire, intervenant uniquement lorsque la peine était inapplicable². Le système proposé s'apparentait, par conséquent, davantage à un système « à deux niveaux » (*Zweistufigkeit*) qu'au système « à double voie » qui sera introduit par la suite en Allemagne³. À l'instar des tenants de l'École classique, Stooss défendait le concept de la nécessaire compréhension de la peine. Le principe selon lequel « il n'y a pas de peine sans culpabilité, et aucune peine supérieure au degré de la culpabilité »⁴ était pour lui fondamental. Toute ingérence dans la liberté des citoyens présentant la gravité d'une mesure privative de liberté devait être l'œuvre du juge pénal et non de l'autorité administrative⁵.

33. Le compromis sur l'instauration des mesures de sûreté. Malgré le désaccord entre les différentes écoles, un compromis a réussi à s'imposer au début du XX^e siècle autour de l'ambition de compléter la peine par des mesures préventives à l'encontre des délinquants récidivistes et des personnes pénalement irresponsables. Il ne s'agissait donc pas d'adopter un système comportant exclusivement des mesures de sûreté, mais de conjuguer ces dernières avec un système répressif comportant de véritables peines, pour faire coexister ces deux formes de réponse pénale. On peut, à ce titre, citer une déclaration commune⁶ faite par Franz von Liszt et le pénaliste classique Wilhelm Kahl⁷, exprimant la volonté de surmonter le conflit au sujet de la finalité de la peine lors de l'élaboration de la réforme du droit pénal allemand. Les projets de réforme élaborés à partir de 1909 se sont alors inspirés du système proposé par Stooss et proposaient une deuxième voie de sanctions pénales⁸.

¹ C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Massnahmen », *art. cit.*, p. 262. À l'égard des personnes pénalement responsables et dangereuses à la fois, la mesure de sûreté devait toujours être exécutée en premier lieu, le juge devant par la suite décider si l'exécution de la peine était encore nécessaire : C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Maßnahme », *art. cit.*, p. 373.

² La peine était, selon lui, exclue pour les personnes irresponsables, les malades mentaux qui devaient être enfermés dans des asiles, les personnes devant être enfermées pour des raisons de sécurité publique, ainsi que les récidivistes responsables devant faire l'objet d'une rétention. V. H. Kammeier, *Maßregelvollzugsrecht*, *op. cit.*, p. 3.

³ En ce sens, H. Kammeier, *Maßregelvollzugsrecht*, *op. cit.*, p. 3.

⁴ « Keine Strafe ohne Schuld. Strafe nur nach Mass der Schuld » : C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Massnahmen », *art. cit.*, p. 261 s.

⁵ C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Maßnahme », *art. cit.*, p. 370.

⁶ W. Kahl, F. von Liszt, « Eine Vorfrage zur Revision des Strafgesetzbuches », in : *Deutsche Juristen-Zeitung*, VII, n° 13, 1902, p. 301 s.

⁷ Considéré par ses contemporains comme le « dirigeant de la réforme du droit pénal » (p. ex. par le ministre de la Justice Johannes Bell) : v. G. Radbruch, A. Kaufmann, *Strafrechtsreform*, vol. 9 de Gesamtausgabe, Heidelberg, C. F. Müller, 1992, p. 356.

⁸ V. *infra*, n° 65.

Cette distinction entre peine et mesure de sûreté a, par la suite, entraîné un débat doctrinal sur une éventuelle réorganisation du système de sanctions. Plusieurs auteurs proposaient de remplacer le système dit « à voie unique » (*Einspurigkeit*), par celui dit « de la double voie » (*Zweispurigkeit*)¹. La thèse unitaire consiste à fusionner les peines et mesures de sûreté sous la même dénomination au motif notamment de la difficulté d'appliquer parallèlement deux régimes. Dans un tel système, l'absence de mesures de sûreté peut être compensée par un allongement de la peine ou une peine indéterminée. La thèse dualiste, au contraire, est favorable à la coexistence des peines et des mesures de sûreté. Ce système contient à la fois la peine, qui est une réponse à la culpabilité, et les mesures de sûreté, qui assurent une fonction préventive pour protéger la société. Ces deux voies peuvent être cumulatives ou alternatives, en fonction des objectifs poursuivis, et selon l'imputabilité de l'acte à l'auteur. On peut donc dire qu'« une dernière étape a été franchie lorsque l'on a envisagé d'utiliser parallèlement les peines et des "mesures de défense sociale" à propos des délinquants responsables, en vue de prévenir leur récidive par toutes les techniques appropriées »².

Le système de la double voie fonde aujourd'hui le droit pénal allemand. Comme nous le verrons³, il a été introduit par la loi du 24 novembre 1933 « contre les criminels d'habitude dangereux et relative aux mesures de sûreté » (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*)⁴. La plupart des législations actuelles, notamment en Europe⁵, adoptent également cette solution. La dualité est

¹ V. *infra*, n° 63 et 64.

² R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général.*, *op. cit.*, p. 827.

³ V. *infra*, n° 63 et 76.

⁴ *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung (Gewohnheitsverbrechergesetz)*, *RGBl.* I, p. 995.

⁵ Comme le rappellent certains auteurs, l'Allemagne et l'Italie connaissent le *système dualiste cumulatif*, alors que la Belgique et le Danemark connaissent un *système dualiste alternatif* : v. F. Tulkens et F. Digneffe, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », *art. cit.*, p. 204, note 38.

Pour ne citer que quelques exemples de pays européens comportant des mesures de sûreté, on peut mentionner la loi belge de défense sociale du 9 avril 1930 qui a institué la « mise à disposition du gouvernement » à l'égard des anormaux mentaux et des délinquants d'habitude, ainsi que l'internement des malades mentaux ; aux Pays-Bas, la loi du 28 mai 1925 (modifiée par la loi du 21 juillet 1928) sur les psychopathes a institué elle aussi une mise à la disposition du gouvernement ; le code pénal norvégien de 1902 comportait une mesure très similaire à l'article 39 (modifié par une loi de 1929) ; le *Prevention of Crime Act* de 1908 en Angleterre a établi une mesure d'élimination provisoire ou définitive pour le délinquant d'habitude réputé incorrigible ; puis le *Criminal Justice Act* de 1948 a introduit d'une part, le *corrective training* (formation de rééducation prolongée) et d'autre part, la *preventive detention* (internement de sûreté) à l'encontre des *persistent offenders* qui paraissent dangereux pour la sécurité publique ; enfin, le code pénal italien de 1930 prévoyait pour les individus partiellement imputables et dangereux ainsi que pour les irresponsables, d'une part, l'internement dans une maison de santé ou de garde, et, d'autre part, l'internement dans un asile judiciaire d'aliénés, mais aussi, pour les délinquants d'habitude ou par tendance, le placement dans une colonie agricole ou dans une maison de travail (*ibid.*, p. 198).

plus ou moins clairement explicitée par les différents droits positifs, qui se montrent parfois hésitants à employer ouvertement le terme de « mesure de sûreté », alors même que celles-ci existent. En France, une conception unitaire de la sanction pénale domine la matière¹, en dépit de l'existence en droit positif de peines et de mesures de sûreté.

Si la doctrine française n'a jamais ignoré l'existence des mesures de sûreté auxquelles ont été consacrés de nombreux travaux de recherche², on observe un net regain d'intérêt dans les écrits plus récents³, à l'image de l'activité législative contemporaine qui tend à accroître constamment leur domaine d'intervention⁴. Ceci pose inéluctablement la question du bien-fondé de leur existence.

§ 2 : Le bien-fondé de l'existence des mesures de sûreté

34. Aussi loin que l'on puisse remonter, on constate une certaine continuité dans la prise en compte de la dangerosité des délinquants afin de justifier l'application des mesures de sûreté. Si l'existence de celles-ci peut s'expliquer par la volonté de protéger la société contre les délinquants dangereux (A), elle n'en soulève pas moins de nombreux débats (B).

A. La volonté de protéger la société contre les délinquants dangereux

35. L'instauration des mesures de sûreté résulte principalement de la persistance de certains individus dans la délinquance (1), phénomène auquel la politique criminelle réagit par une intervention anticipée de la réponse pénale (2).

¹ V. *infra*, n° 116.

² P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, *op. cit.* ; L. Rabinowicz, *Mesures de sûreté, Étude de politique criminelle*, Thèse, Paris, Marcel Rivière, 1929 ; M.-H. Thélin, *Nature et régime juridique des mesures de sûreté*, Thèse, Impr. Vaudoise, 1931 ; N. I. Tanoviceanu, *Les mesures de sûreté*, Thèse, Paris, 1934 ; A. Alquier, *Les peines privatives de liberté et les mesures de sûreté dans l'avant-projet et le projet de code pénal français*, Thèse, Grenoble, 1934 ; M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc. ; A.-A. Akhlaghi, *Les peines accessoires ou complémentaires et la notion de mesure de sûreté en droit français*, Thèse, Paris, 1962.

³ Pour ne citer que quelques ouvrages faisant une place plus ou moins importante à la question des mesures de sûreté, v. p. ex. : F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, not. n° 617, p. 517 s. ; M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010 ; M. Landry, *L'état dangereux, un jugement déguisé en diagnostic*, L'Harmattan, 2002 ; Ph. Conte et S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, Dalloz, 2010 ; G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.* ; L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, Thèse, Aix-Marseille, 2014.

⁴ V. *infra*, n° 120 s.

1. Le facteur de l'instauration des mesures de sûreté : une persistance dans la délinquance

36. La répétition d'infractions comme facteur d'instauration des mesures de sûreté.

Le récidivisme est l'une des principales préoccupations de la politique criminelle, guidant les choix du législateur en matière de sanctions pénales¹. Selon l'étymologie, récidive signifie rechute, du latin *recidere*. Transposé dans le langage du droit pénal, il s'agit d'une rechute après une condamnation pénale devenue définitive et se produisant dans un délai déterminé². Au-delà de la récidive légale, la notion de récidivisme³ renvoie généralement à une répétition d'infractions : « tout le passé pénal importe et non seulement le passé judiciaire »⁴. Les effets de la récidive *lato sensu* sont, dans la plupart des pays, une aggravation de la peine encourue, mais on constate également l'apparition progressive de la volonté d'éliminer le « délinquant d'habitude », considéré comme une personne dangereuse et inamendable.

À partir du moment où la récidive permet d'aggraver la sanction applicable, il n'y a plus de proportion entre cette dernière et l'acte commis. Du constat de la récidive semble alors découler une présomption d'habitude criminelle et de dangerosité et l'inefficacité de la première sanction. Ainsi a-t-on pu soutenir il y a plus d'un siècle déjà que « la récidive, [...] si elle ne change pas les éléments constitutifs de l'infraction punissable en elle-même, provoque, néanmoins, au plus haut degré, le besoin public de répression par la perversité qu'elle suppose chez l'agent et par le danger social qu'elle fait naître. Aussi, l'influence incontestée qu'elle exerce sur les mesures sévères destinées à la punir, se justifie-t-elle

¹ La lutte contre la récidive a été qualifiée de « cheval de bataille du législateur du début du XXI^e siècle » : M. Giacomelli, « Le droit de la peine existe-t-il toujours ? », in : L. Saenko (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 202 s., cit. p. 205. V. aussi *supra*, n° 16.

² M.-H. Renaut, « Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *art. cit.*, p. 319 s.

³ Le récidivisme englobe toutes les hypothèses de répétition d'infractions, que ce soit en état de récidive légale, de concours réel au sens de la loi, ou de réitération au sens étroit ou au sens large. Ce néologisme a été créé lors du III^{ème} Congrès International de criminologie tenu à Londres en 1955 (Compte rendu publié à la *RSC*, 1955, p. 769). Selon le congrès, le récidivisme comprenait deux hypothèses : d'une part, celle où une personne ayant commis un premier crime, qui a été constaté légalement et qui a fait l'objet d'une condamnation, commet un nouveau crime (récidive *stricto sensu*) ; d'autre part, celle où une personne, après avoir commis un premier crime, reprend son activité criminelle à cause de son état dangereux (récidive *lato sensu*).

Sur le concept de récidivisme, v. not. G. Heuyer, « Le récidivisme », in : *L'évolution du droit criminel contemporain : recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton*, PUF, 1968, p. 111 s. ; J. Pinatel, « Les aspects statistiques du récidivisme », *RSC*, 1955, p. 110 s. ; J. Vérin, « Le récidivisme au congrès de Poitiers », *RSC*, 1983, p. 125 s. ; S. Versele, « De la récidive juridique au récidivisme criminologique », *RIPC*, 1961, p. 194 s.

⁴ P. Morvan, « La criminologie est-elle la grande oubliée du Code pénal ? », in : L. Saenko (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, *op. cit.*, p. 223 s., cit. p. 229.

pleinement sous le rapport de l'intérêt général comme de la justice absolue »¹. En effet, la récidive n'est pas tant le signe d'une culpabilité accrue que celui d'une plus grande dangerosité de l'agent, dangerosité contre laquelle la société doit se prémunir.

On voit alors comment la sanction s'éloigne progressivement de l'acte commis, pour être rattachée à la conduite tout entière du sujet, voire à son état dangereux. « Habitude, récidive, incorrigibilité du délinquant autorisent le droit à n'offrir à ceux qui s'y livrent aucune des garanties habituelles »². En parallèle à l'idée d'un déterminisme criminel³, la conception d'un critère d'incorrigibilité évacue toute idée de sanction, d'amendement, de réinsertion⁴. On ne peut dès lors s'empêcher de voir dans la réponse à la récidive une mesure de prévention individuelle reposant sur des considérations d'utilité sociale, ayant pour unique vocation d'écarter le danger que représente le criminel.

Cette conception du récidivisme en tant que signe d'un danger futur « a peut-être ouvert la voie à l'idée d'une défense sociale contre les délinquants d'habitude »⁵. Ainsi, « lorsqu'on s'est aperçu que la multirécidive était, en réalité, le fait de délinquants d'habitude, on a créé, à côté de la récidive légale et proprement juridique, une autre institution ayant pour fondement, non pas le fait constitué par la dernière infraction, mais l'état de nocuité du délinquant et les particularités de sa personnalité criminelle »⁶ : les mesures de sûreté.

37. La prévention de la récidive par les mesures de sûreté. La prise en compte de la récidive pour décider de la sanction applicable est en fait double : lorsqu'elle se réalise, elle entraîne une aggravation de la répression ; cela est une réaction traditionnelle⁷ qui semble constituer l'une des préoccupations principales du législateur actuel⁸. Or, avec les mesures de sûreté, on perçoit « l'émergence d'une conception préventive de 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 présente l'individu »⁹. Au nom de la protection de la société, on en arrive à sanctionner

¹ C. Auzies, *De la surveillance de la haute police*, *op. cit.*, p. 31.

² M.-H. Renaut, « Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *art. cit.*, p. 319 s.

³ V. *supra*, n° 28.

⁴ M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

⁵ J. Belezza dos Santos, « Récidivistes et délinquants d'habitude », *RSC*, 1954, p. 687.

⁶ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport *préc.*, p. 51.

⁷ V. *supra*, n° 16.

⁸ V. *infra*, n° 123.

⁹ F. Ludwiczak, « Essai de conceptualisation nouvelle d'une notion ancienne : la récidive », *RPDP*, 2009, n° 2, p. 305, *cit.* p. 306.

des « hypothèses de récidive probable ou anticipée »¹, la dangerosité de l'individu étant alors perçue comme la « présomption d'une faute à venir »².

Les idées de prévention et celle de récidive peuvent *a priori* sembler contradictoires, puisque l'une tend à éviter une activité délinquante, alors que l'autre suppose le renouvellement effectif de celle-ci³. Or, l'association des deux se fait justement par le fait qu'il s'agit en général, pour les mesures de sûreté, de prévenir cette récidive dont le risque paraît avéré⁴, ou au moins très probable⁵, l'une des conditions objectives de leur application étant la commission préalable d'une infraction⁶. Le seul risque de renouvellement de l'infraction peut ainsi conduire à une très grande sévérité après l'exécution de la peine.

C'est au nom de la prévention de la récidive, qui devient un principe d'action important, que le critère de la dangerosité est apparu dans les discours politiques⁷. Mais il a également été investi par les législateurs, comme en témoigne la loi de 1885 instaurant une mesure de défense sociale emblématique, la relégation. Face à la progression du récidivisme, on a donc décidé, à partir de 1880, d'adopter une politique simple, qualifiée par le juriste Charles Lucas de « politique du débarras »⁸.

Avec la montée de l'insécurité sociale, économique et politique⁹, jointe à une idéologie sécuritaire, la notion de peine tend ainsi à disparaître au profit d'une « culpabilité » sans faute, prédéterminée, substantivée et attachée à un état dangereux¹⁰. Tournée vers cette dangerosité de l'individu, qui peut être définie comme propension à commettre des actes d'une certaine gravité¹¹, la mesure de sûreté est devenue indispensable pour venir compléter la peine. D'une

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Art. 723-29 CPP, relatif à la surveillance judiciaire. V. *infra*, n° 373 et 381.

⁵ Art. 706-53-13 CPP, relatif à la rétention de sûreté. V. *infra*, n° 288.

⁶ V. *infra*, n° 761 s.

⁷ En effet, Waldeck-Rousseau proposait en tant que député, puis défendait en tant que ministre de l'Intérieur la future loi du 27 mai 1885 sur la relégation.

⁸ M.-H. Renaut, « Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *art. cit.*, p. 319 s.

⁹ Un auteur évoque en effet qu'il existe, depuis 1826, un compte général de la justice criminelle. Ces statistiques annuelles témoignent d'une augmentation générale de la criminalité et d'une inquiétante progression de la récidive : M.-H. Renaut, « Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *art. cit.*, p. 319 s. V. aussi G. Tarde, *Criminalité comparée*, 5^e éd., F. Alcan, 1902, not. p. 63 s. (qui a étudié la statistique criminelle).

¹⁰ A. Chauvenet, « Les longues peines : le « principe » de la peur », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 24 octobre 2009. URL : <http://champpenal.revues.org/7554>

¹¹ P. Mbanzoulou, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2008, p. 171. Sur la définition de la notion de dangerosité, v. *infra*, n° 688 s.

récidive avérée, on passe à une récidive redoutée¹ afin de légitimer l'intervention anticipée de la réponse pénale.

2. La réaction de la politique criminelle : une intervention anticipée de la réponse pénale

38. Application *ante recidivum* des mesures de sûreté. Afin de protéger efficacement la société, les mesures de sûreté devraient, en théorie, intervenir *ante delictum*, puisqu'elles sont orientées vers l'infraction future probable qu'elles visent à empêcher. Une réelle prévention *ante delictum* n'est cependant pas concevable, car contraire aux droits individuels et notamment au principe protecteur de la légalité criminelle². C'est la raison pour laquelle le législateur et la jurisprudence française ont, le plus souvent, subordonné l'application des mesures de sûreté à la commission d'une infraction³. Les mesures de sûreté interviennent de ce fait, en principe, *post delictum*, mais *ante recidivum*. Elles sont « destinées à éviter la répétition de la conduite délictueuse que la dangerosité du condamné laisse présager »⁴.

Dans certains cas marginaux, le législateur a recours à de véritables mesures *ante delictum*, comme par exemple à l'égard des aliénés, des alcooliques dangereux ou des toxicomanes⁵. Pour ces personnes, il serait toutefois plus juste de parler de mesures *ante factum*, « l'infraction redoutée ne pouvant de toute façon pas en être une, faute d'imputabilité de son auteur »⁶. D'autres mesures s'appliquent à des personnes présumées innocentes : le contrôle judiciaire et la détention provisoire, ordonnés « à titre de mesure de sûreté »⁷.

Si ces exemples permettent de percevoir clairement l'orientation préventive de la politique criminelle, les mesures de sûreté qui intéresseront essentiellement la présente étude sont celles qui interviennent en réponse à un acte pénalement répréhensible, sur le fondement de la dangerosité révélée par cet acte.

¹ V. plus en détail, *infra*, n° 783.

² V. *infra*, n° 632 s.

³ V. *infra*, n° 761 s.

⁴ J. Leblois-Happe, « Y a-t-il encore une fin à la répression ? », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 389 s., cit. p. 392.

⁵ V. *infra*, n° 241, 272 et 273.

⁶ P.-J. Delage, « Fragments archéologiques de la défense sociale », *art. cit.*, p. 33.

⁷ Art. 137 CPP. La détention provisoire allemande (*Untersuchungshaft*) étant prévue par le § 112 du code de procédure pénale (*Strafprozessordnung* (StPO)), elle ne relève donc pas des « mesures de sûreté » prévues expressément par le code pénal.

39. La question d'un « droit à la sécurité ». Face à cette anticipation de l'intervention de la réponse pénale, se pose la question d'un « droit à la sécurité » (au sens d'une sûreté *matérielle*) en vertu duquel l'État serait obligé de protéger les citoyens contre toute sorte d'agression éventuelle. On peut essayer de trouver le fondement d'un tel droit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC), qui proclame en son article 2 le droit à la sûreté, synonyme de garantie des libertés individuelles¹. De la même manière, l'article 5 § 1 précité de la CESDH énonce que « *tout homme a droit à la liberté et à la sûreté* »².

Le droit « à la sûreté » qui ressort des sources juridiques citées, est-il assimilable au concept de mesure « de sûreté » censée protéger la société contre les individus dangereux ? Bien que dans le langage courant, la sûreté soit assimilée à la sécurité³, rien n'est moins sûr. Il apparaît, en réalité, que ces textes doivent être compris comme posant un droit à la sûreté *juridique* contre l'arbitraire de l'État. Autrement dit, il s'agit davantage d'une garantie pour le justiciable contre toute atteinte injustifiée par l'État à ses droits et libertés, que d'un droit à une protection par l'État contre toute infraction. La mesure de sûreté, censée assurer la sécurité du plus grand nombre, s'apparente en définitive plus à une atteinte potentielle au droit à la sûreté, qu'à son synonyme⁴.

Avec le tournant législatif actuel⁵, on a toutefois l'impression que le droit à la sûreté est compris comme un droit à la sécurité. C'est dire que l'État, pour garantir la sécurité collective, aurait le droit de porter atteinte à la liberté individuelle de ceux qui font craindre une atteinte aux valeurs protégées. Ce supposé droit à la sécurité « repose sur l'illusion d'une vie sans dangers »⁶. On constate d'ailleurs que la société, dès lors qu'elle se sent menacée, est encline à renoncer à une partie de ses libertés au profit d'une plus grande sécurité⁷, passant par une répression et une prévention renforcées pour combattre le phénomène criminel. Aussi, beaucoup de lois françaises, depuis celle du 2 février 1981 *renforçant la sécurité et*

¹ V. M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit., p. 22.

² V. 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 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 prévus par la loi ».

³ V. p. ex. le dictionnaire *Larousse*.

⁴ En effet, « le durcissement du droit pénal interne repose sur la conviction que les exigences de la sécurité nationale imposent de supprimer les garanties pénales traditionnelles de procédure et de fond » : M. Delmas-Marty, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC*, 2009, p. 59.

⁵ V. *infra*, n° 120 s.

⁶ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit., p. 22.

⁷ V. *supra*, p. 1, la citation de B. Franklin.

*protégeant la liberté des personnes*¹, contiennent-elles dans leur intitulé le terme « sécurité ». Le législateur est même allé jusqu'à affirmer que « *la sécurité est un droit fondamental* » en 1995 avec la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité², puis en 2001 avec la loi sur la sécurité quotidienne³, et en 2003 avec la loi pour la sécurité intérieure⁴. Celle-ci dispose en son article premier que « *la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* ». Dans d'autres circonstances, les promoteurs de la loi instaurant en 2008 la rétention de sûreté ont fait état d'un « droit, essentiel, à la sécurité »⁵.

40. La question d'un « droit fondamental à la sécurité ». Peut-on dès lors parler de l'existence d'un « droit fondamental à la sécurité »⁶ ? Un tel droit, constitutionnellement ou conventionnellement reconnu, impliquerait pour les individus de pouvoir exiger de l'État, outre son obligation d'assurer la sécurité sur son territoire, une protection de leur propre personne et de leurs biens contre les atteintes résultant de menaces⁷. Certes, on peut avancer que « depuis Thomas Hobbes jusqu'à Jean-Jacques Rousseau, en passant par John Locke, "la sécurité est [considérée comme] l'objet même de l'engagement en société". D'où la nécessité pour l'État de garantir la sécurité de son peuple »⁸. Or, le droit à la sûreté, on l'a vu, doit être entendu, au contraire, comme la garantie pour l'individu de ne pas être arbitrairement arrêté et détenu. Un tel droit ne saurait aucunement être confondu avec un droit subjectif à la sécurité. Comme l'a d'ailleurs très justement souligné un auteur, « dans un État de droit, on ne saurait admettre l'existence d'un tel droit subjectif à la sécurité qui aboutirait à des conclusions "absurdes" où quiconque pourrait, en tant que titulaire de son droit à la sécurité, "prétendre vivre sans courir le moindre risque" »⁹. Force est donc de constater que le droit à la sécurité

¹ Loi n° 81-82 du 2 févr. 1981 *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*.

² Loi n° 95-73 du 21 janv. 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, art. 1

³ Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 *relative à la sécurité quotidienne*, art. 1, modifiant l'art. 1 de la loi du 21 janvier 1995.

⁴ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*, art. 1.

⁵ J.-R. Lecerf, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Sénat, doc. n° 174, 23 janv. 2008, p. 10.

⁶ V. M.-A. Granger, « Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité" ? », *RSC*, 2009, p. 273.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*; citant M. Gauchet, *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, coll. Tel, 2002, p. 215.

⁹ *Ibid.*; citant D. Truchet, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in : M.-J. Rédor (dir), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 310.

consacré par la loi¹ n'a pas valeur supra-législative et possède donc, au mieux, un caractère symbolique. En reprenant une formule du Conseil constitutionnel, on peut dire que « *les dispositions [...] ne créent aucun droit nouveau au profit des [...] [personnes] et ne les soumettent à aucune obligation nouvelle et qu'elles [...] sont par suite, et dans cette mesure, dépourvues de caractère normatif* »². Ce dernier rappelle en outre la différence fondamentale entre droit à la sûreté et droit à la sécurité en se référant à 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* »³. Soucieux des libertés individuelles, l'ancien président du Conseil constitutionnel Robert Badinter a pu affirmer que « la sécurité [devait] se concilier avec le respect du droit à la sûreté pour chacun... »⁴. Le professeur Lazerges fait ainsi remarquer que s' « il appartient au législateur de réaliser l'équilibre fragile entre droit à la sûreté et droit à la sécurité, la latitude d'action qui lui est abandonnée est considérable »⁵. Il est vrai que l'absence d'un droit fondamental à la sécurité est salutaire pour les libertés, car si, d'après Montesquieu, la sécurité est la première des libertés, elle ne peut en aucun cas être absolue dans un État libéral qui doit s'efforcer de concilier sécurité et liberté.

41. Protection de la société en l'absence d'un droit fondamental à la sécurité. Sans pouvoir affirmer l'existence d'un véritable droit subjectif à la sécurité, on peut se contenter de renvoyer aux normes pénales, ainsi qu'à certains droits fondamentaux à valeur constitutionnelle ou internationale, qui n'ont d'autre but que d'assurer une telle sécurité. Tel le droit à la vie, garanti par l'article 2 § 1 de la CESDH et duquel la Cour européenne des droits de l'homme a déduit une obligation positive à la charge de l'État impliquant la « *mise en place d'une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la*

¹ Ce « *droit fondamental à la sécurité* » a été inscrit à l'art. L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure par l'Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 (annexe).

² Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, J.O. 19 mars 2003, p. 4789 ; *Rec.*, p. 211 ; *RDP*, 2003, p. 367, obs. P. Jan, p. 371, obs. H. Rihal, p. 375, obs. E. Aubin, et p. 1147, obs. D. Rousseau et Ch. Lazerges ; *LPA*, 2003, n° 63, p. 4, note J.-E. Schoettl, et n° 102, p. 4, note J. Boyer ; cons. 90.

³ Cons. const., 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, J.O. 22 janv. 1981, p. 308 ; *JCP G*, 1981, II, 19701, note C. Franck ; *D.*, 1982, p. 441, note A. Dekeuwer ; *AJDA*, 1981, p. 278, note C. de Gournay ; cons. 62. Il reprend une formulation similaire dans une décision plus récente en précisant quelles sont les libertés constitutionnellement garanties, à savoir la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire : Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*, cons. 8.

⁴ R. Badinter à propos de la Loi Perben, extrait d'un entretien avec *Le Monde*, 28 janvier 2004.

⁵ Ch. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », *RSC*, 2003, p. 644.

personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations »¹. La Cour prend également le soin d'ajouter que « toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation »². De la même manière, est protégée la liberté sexuelle de la personne, par le biais de l'article 8 de la Convention européenne qui protège le droit à la vie privée. La Cour souligne à ce titre « l'importance de l'obligation procédurale qui incombe à l'État en la matière »³ et précise que « pour être effective, l'enquête officielle doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables »⁴.

42. Orientation sécuritaire de la politique criminelle. Bien que la Cour européenne n'exige pas dans les décisions citées la mise en place de mesures concrètes de prévention contre toute menace présumée⁵, l'intolérance de la société face aux risques a amené le législateur à aller plus loin en créant des mesures pénales de prévention – les mesures de sûreté. Celles-ci sont fondées uniquement sur le risque de commettre des infractions – appelé dangerosité – dans le but de « garantir l'ordre public et la sécurité des personnes » en prévenant « une récidive dont le risque est élevé »⁶. La Cour constitutionnelle fédérale a même affirmé que la société était « fondée à se défendre contre les criminels dangereux en recourant à des mesures de détention à durée indéterminée »⁷. Ainsi, s'impose l'impression

¹ V. p. ex., CEDH, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 oct. 1998, n° 23452/94, Rec. 1998-VIII, § 115 ; et CEDH, *Kiliç c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22492/93, Rec. 2000-III, § 62.

² CEDH, *Kiliç c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22492/93, préc., § 63.

³ CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, n° 20166/92, série A, n° 335-B : AJDA, 1996, p. 445, note Costa ; RSC, 1996, p. 473, obs. Koering-Joulin. - CEDH, *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, série A, n° 335-C ; et CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 déc. 2003, n° 39272/98, CEDH 2003-XII, § 153.

⁴ CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 oct. 1998, Rec. 1998-VIII, § 102 ; et CEDH, *Labita c. Italie* [GC], 6 avr. 2000, n° 26772/95, CEDH 2000-IV, § 131. V. aussi CEDH, *Maslova et Nalbandov c. Russie*, 24 janv. 2008, n° 839/02, § 91.

⁵ V. toutefois ses décisions plus récentes ayant mis à la charge des États une obligation positive d'assurer la sécurité de leurs citoyens par des mesures préventives : *infra*, n° 603.

⁶ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, J.O. 13 déc. 2005, p. 19162 (cons. 17) ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20 ; D., 2006, Jur. 966, note Rouvillois, et Pan. 833, obs. Ogier-Bernaud et Severino ; RSC, 2006, chron. p. 124, obs. V. Bück ; J. E. Schoettl, « La loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales devant le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 18-20 déc. 2005, p. 13. Sur cette décision, v. *infra*, n° 216.

⁷ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133. Pour un commentaire de cette décision, v. not. J. Kinzig, « An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG », *NJW*, 2004, p. 911 s. ; T. Mushoff, « Sicherungsverwahrung und Rückwirkungsverbot - Gesetzesdefinitorische oder wirkungsorientierte Betrachtung? - Plädoyer für eine wirkungsorientierte Interpretation grundrechtsgleicher Rechte im Bereich des Strafrechts », *KritV*, 2004, p. 137 s. ; Ch. Pestalozza, « Die wider Willen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung », *JZ*, 2004, p. 605 s. ; P. Becker, « Anmerkung zur Entscheidung BVerfG vom 05.02.2004, BvR 2111/03 », *ZNER*, 2004, p. 268 s. ; I. K. Passek, « Sicherungsverwahrung im Wandel - Neuregelungen der §§ 66, 66a und 66b StGB », *GA*, 2005, p. 96 s. ; H. Schulz, « Sicherungsverwahrung im Wandel - Entwicklung zur gegenwärtigen Rechtslage und Ausblicke unter dem Stichwort "Vorrang der

que « le précepte libéral d'antan ; "dans le doute, abstiens-toi" », cède progressivement le pas à « une règle interventionniste nouvelle "dans le doute, agis comme si le risque était avéré" »¹.

En imitant le philosophe Foucault, on peut donc dire que « le législateur [entend] surveiller sans punir »² et se demander si l'on n'est pas en train de basculer vers ce que Foucault appelait une « société de sécurité ». L'obsession de « l'individu dangereux », apparue avec la naissance de la criminologie à la fin du XIX^e siècle et entrée dans une période de sommeil par la suite, a en effet connu une renaissance spectaculaire pendant la dernière décennie du XX^e siècle, pour être aujourd'hui plus que jamais d'actualité³. Les politiques criminelles se montrent intolérantes aux risques de toutes sortes et aspirent à défendre la société par des lois sécuritaires dont la multiplication incessante constitue un aveu de leur propre échec. Ces « politiques sécuritaires fondées sur la peur alimentent la spirale de la répression »⁴ et semblent faire place à une instrumentalisation de la délinquance. L'orientation sécuritaire de la législation contemporaine s'illustre d'ailleurs bien à travers les propos tenus par l'ancien Président de la République, Nicolas Sarkozy, lors des débats sur l'adoption de la rétention de sûreté en 2008⁵ : « Les droits de l'homme, c'est d'abord les droits de la victime. [...] Ma priorité ce sont les victimes et pas les coupables [...] »⁶. La recherche d'une sécurité absolue justifierait alors une instrumentalisation des droits de l'homme qui ne seraient non plus universels, mais d'attribution sélective. Le discours sécuritaire autonomise la notion de dangerosité par rapport à la culpabilité et les mesures de sûreté par rapport aux peines⁷.

Or, dans un tel contexte, il est permis de se demander où se situent les limites du droit de l'État de restreindre les libertés individuelles qui sont censées être protégées dans une société démocratique. En effet, « la recherche de sécurité et d'efficacité, bien que légitime et nécessaire, ne peut s'affirmer au détriment de la protection des droits fondamentaux »⁸.

Sicherheit" », *SchIHA*, 2005, p. 247 s.; T. Hörnle, « Verteidigung und Sicherungsverwahrung », *StV*, 2006, p. 383 s.; L. Böllinger, « Gefährlichkeit als iatrogene Krankheit - Die Sicherungsverwahrung befördert, wovor sie vorgibt zu schützen », *Vorgänge*, 2007, n° 2, p. 73 s.; Ch. Laue, « Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand - Zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. vs. Deutschland vom 17.12.2009 - 19359/04 », *JR*, 2010, 198 s. V. *infra*, n° 157.

¹ M.-A. Granger, « Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité" ? », *art. cit.*, p. 273 ; citant D. Truchet, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », *art. cit.*, p. 305.

² V. J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *art. cit.*, p. 1000 s.

³ V. *infra*, n° 684.

⁴ A. Chauvenet, « Les longues peines : le "principe" de la peur », *art. cit.*

⁵ Sur l'adoption de la rétention de sûreté, v. *infra*, n° 128 s.

⁶ Propos tenus par Nicolas Sarkozy dans un commissariat de Bordeaux le 22 février 2008, relatés par L. Espieu, « A Bordeaux et à Pau, Sarkozy défend la veuve et l'orphelin », *Libération*, 23 févr. 2008.

⁷ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 22.

⁸ V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJ pénal*, 2009, p. 53 s.

Les mesures de sûreté soulèvent, par conséquent, de vifs débats.

B. Les débats soulevés par les mesures de sûreté

43. L'institution de mesures pénales fondées sur la dangerosité du délinquant présente un certain nombre de risques (1) et, partant, leur légitimité fait l'objet de doutes (2).

1. Les risques liés aux mesures fondées sur la dangerosité du délinquant

44. Avec les mesures de sûreté, on risque de voir se réaliser des théories critiquables (a) et d'assister ainsi à une transformation redoutable du droit pénal (b).

a. Le risque d'une réalisation de théories critiquables

45. **Émergence d'un « droit pénal de l'auteur ».** Le professeur Donnedieu de Vabres constatait dans son ouvrage « *La politique criminelle des États autoritaires, La crise moderne du droit pénal* », paru en 1938, le succès des thèses positivistes et leur mise en œuvre dans les législations allemande et italienne des années trente, en particulier pour ce qui est des mesures de sûreté et de la notion de dangerosité. En effet, les mesures de sûreté se sont enracinées dans les théories doctrinales du début du XX^e siècle¹ dont il est légitime de se demander si elles sont encore compatibles avec les principes proclamés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et développés à l'ère des droits de l'homme.

L'impact déterminant du critère de la dangerosité semble présenter le terreau d'un « droit pénal de l'auteur » (*Täterstrafrecht*)² venant supplanter le droit pénal de l'acte (*Tatstrafrecht*).

On peut faire remonter à Platon la prise en considération de l'auteur, grâce à la théorie de l'intention³. Cet élément subjectif, indispensable au droit pénal, peut toutefois, s'il prend trop d'importance, engendrer des excès et finir par exclure la prise en compte de l'acte lui-même. Le droit pénal de l'auteur dont il est question ici ne doit en effet pas être confondu avec l'individualisation de la sanction pénale qui est aujourd'hui devenue l'une des pierres

¹ V. *supra*, n° 26 s.

² V. également, J. Herrmann, « Le doute profite à la sécurité – Dangerosité et droit pénal en Allemagne », *art. cit.*, p. 143 s.

³ J. Pinatel, « Les rapports de la personnalité et du crime », Conférence faite le 18 mars 1955 à l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, *RSC*, 1955, p. 437 s.

angulaires de notre droit pénal¹, dans le souci de concilier la prise en compte de l'acte avec celle de la personnalité de son auteur.

La personnalité du criminel a fait irruption dans le droit pénal² avec l'étude, par les positivistes, du « crime chez le criminel »³. Ferri, qui classait les criminels en criminel-né, criminel aliéné, criminel d'habitude, criminel passionnel et criminel d'occasion⁴, affirmait que l'acte était simplement un symptôme, un indice susceptible d'éclairer la personnalité du criminel. Selon Garofalo, l'acte reflétait la personnalité et en était l'expression même. Or ces positions, qui plaçaient la personnalité de l'auteur au cœur du droit pénal, ont été abusivement exploitées sur le terrain juridique par les nazis dans le but évident de s'affranchir du principe de légalité⁵.

Dans la logique du droit pénal de l'auteur préconisé par l'École moderne, ce n'était pas l'infraction qui devait déterminer le caractère de la peine, mais la dangerosité générale du délinquant. La culpabilité résultait ainsi, pour les modernes, du simple état d'esprit criminel et antisocial de l'auteur (sa constitution psychologique), se confondant avec sa dangerosité⁶. En d'autres termes, la culpabilité était remplacée par la dangerosité qui découlait du mépris de la norme pénale. Cette nouvelle approche du droit pénal s'opposait à celle jusque-là en vigueur, fondée sur la rétribution⁷. L'objet de la peine n'était donc pas l'infraction commise, mais l'ensemble de la personnalité de l'auteur et sa dangerosité pour la collectivité humaine, découlant de son penchant constant à commettre des infractions⁸. L'auteur ne devait pas être puni pour ce qu'il a fait, mais pour ce qu'il était ou, du moins, ce que la société redoutait de sa part.

Avec cette peur du criminel, les principes classiques du droit pénal, protecteurs de l'individu, disparaissaient pour céder la place à un objectif plus général, la protection de la collectivité. Parallèlement, « lorsque l'on s'aper[cevait] que l'on a[vait] affaire en réalité à une catégorie spéciale de délinquants, alors la mesure de sûreté apparai[ssait] en législation de

¹ V. *infra*, n° 549 s.

² J. Pinatel, « Les rapports de la personnalité et du crime », *art. cit.*, p. 438.

³ Formule d'Enrico Ferri : v. p. ex. E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 115. L'auteur précisait que de même que la médecine positive étudiait la maladie chez le malade, le sociologue criminaliste devait étudier le crime chez le criminel (v. la 2^e éd. de *La sociologie criminelle*, 1914, p. 20).

⁴ V. E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 80 s.

⁵ J. Pinatel, « Les rapports de la personnalité et du crime », *art. cit.*, p. 439.

⁶ V. K. von Birkmeyer, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht « Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen »*, *op. cit.*, p. 90 s.

⁷ M. Liepmann, « Strafrechtsreform und Schulenstreit », *ZStW*, vol. 28, 1908, p. 1-21.

⁸ K. von Birkmeyer, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht « Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen »*, *op. cit.*, p. 15.

façon presque automatique, et, en tout cas, de façon nécessaire »¹. Le droit pénal s'éloignait alors du juste pour ne retenir que l'utile, brisant un couple classique et indispensable au droit pénal. En effet, isolés l'un de l'autre, le juste et l'utile peuvent conduire à des conséquences dangereuses².

Pour mieux comprendre la théorie du droit pénal de l'auteur, on peut citer le professeur Garraud qui affirmait que le droit classique s'appuyait avant tout sur la gravité objective du délit, alors que le droit nouveau « se préoccup[ait] surtout de la témibilité du délinquant, c'est-à-dire de sa perversité constante et de la quantité de mal que [pouvait] faire redouter de sa part l'acte qu'il a[vait] commis ou qu'il a[vait] voulu commettre »³. On partait donc du postulat qu'il y avait non pas des délits, mais des délinquants que l'on pouvait définir indépendamment de l'acte. Ainsi, « la peine ne [devait] pas être mesurée sur la violation du droit, mais sur le danger que fai[sait] courir à la Société le délinquant, danger qu'il affirm[ait] par ses actes »⁴. Un autre tenant de la théorie moderne affirmait en ce sens que « le droit pénal ne se dirige[ait] pas contre les délits, mais contre les délinquants. En d'autres termes : le criminel n'[était] pas puni parce qu'il [était] responsable de tel acte et de telles suites de cet acte, mais parce qu'il [était] criminel et parce que tel acte l'a[vait] révélé comme tel... Le choix de la mesure appropriée au cas spécial n'[était] pas déterminé par la valeur morale et sociale de l'acte, mais par la valeur morale et sociale de l'individu... »⁵. Un parallèle peut, à ce titre, être établi avec la médecine, si l'on part du postulat qu'il y a non pas des maladies, mais seulement des malades, qui doivent être traités chacun selon leur individualité. C'est ainsi que « le rôle décisif [revenait] à l'ensemble des circonstances élucidées, qui caractéris[ai]ent l'intensité de la propension au délit de l'individu proposé et le danger qui [pouvait] en émaner »⁶. Or une telle comparaison ne semble, en réalité, pas opportune, car le traitement du malade ne prive pas ce dernier de ses droits fondamentaux, ayant pour unique vocation de le soigner. Le droit pénal doit être manié avec plus de précaution en ce qu'il porte atteinte aux libertés individuelles.

¹ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 51.

² G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s. V. également sur le principe du juste et de l'utile de la peine : J. L. E. Ortolan, *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure, op. cit.*, n° 205, p. 92 ; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 3^e éd., Éd. Larose et Forcel, 1888, n° 17. Plus en détail, *infra*, n° 550.

³ K. von Birkmeyer, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht « Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen »*, *op. cit.*, p. 7 et 93; citant R. Garraud, in: *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 11, 1904, p. 101.

⁴ *Ibid.*, p. 93; citant R. Garraud, in: *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 11, 1904, p. 111.

⁵ *Ibid.*, p. 14; citant van Hamel, in: *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 10, 1902, p. 386-387.

⁶ *Ibid.*, p. 14; citant D. Drill, « Du rôle de l'élément subjectif dans le délit », *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 10, 1902, p. 282.

46. Arguments opposés à la théorie du droit pénal de l'auteur. Karl von Birkmeyer a dénoncé la direction prise par le droit pénal moderne, en affirmant que pour déterminer la sanction applicable, il fallait s'appuyer sur l'acte commis, la personnalité de l'auteur ne devant être prise en compte que pour apprécier sa culpabilité¹. Plus précisément, il soutenait que le délinquant ne devait pas être puni pour ce qu'il était, ni uniquement pour ce qu'il avait fait, mais pour ce qu'il avait fait et voulu faire². Von Birkmeyer réfutait ensuite les conséquences qui devaient logiquement découler d'un tel droit pénal de l'auteur, comme par exemple le fait que la sanction pénale reposait non sur une classification des infractions commises mais sur une classification des auteurs (délinquant occasionnel, délinquant d'habitude corrigible et délinquant d'habitude incorrigible). Une autre conséquence qu'il jugeait inacceptable était la neutralisation systématique des délinquants d'habitude incorrigibles, sans égard à la gravité des actes commis³. Une telle solution aboutirait à ce que le droit pénal cède la place à la prophylaxie criminelle, voire à une sorte d'hygiène sociale⁴. Von Birkmeyer concluait en admettant qu'une prévention de la criminalité par des mesures de sûreté était sans doute incontournable pour le législateur, mais ne devait en aucun cas trouver sa place au sein du droit pénal – encore moins à la place de la peine. Elle n'était acceptable qu'à la condition d'exister parallèlement à la peine classique et d'être strictement encadrée par des garanties suffisantes offertes aux individus concernés⁵.

Plus récemment, un auteur observait que « le droit pénal d'aujourd'hui en tant que droit pénal libéral (par imposition juridique nationale et internationale) [devait] être de l'acte, puisque le droit pénal de l'auteur est autoritaire. La légitimation théorique d'une peine imposée à quelqu'un pour ce qu'il est n'est pas admissible ; elle n'est admissible que pour ce qu'il a fait »⁶.

47. La théorie du « droit pénal de l'ennemi ». Poussé à son paroxysme, le droit pénal de l'auteur érige l'individu dangereux en ennemi de la société auquel il serait légitime

¹ A. Eser, « Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht », *art. cit.*, p. 224.

² K. von Birkmeyer, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht « Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen »*, *op. cit.*, p. 17.

³ *Ibid.*, p. 44 s.

⁴ *Ibid.*, p. 75 s. L'auteur précisait que von Liszt lui-même reconnaissait qu'une telle conséquence n'était pas souhaitable en pratique, ce qui privait alors sa théorie de tout intérêt. En effet, amputée de ses conséquences logiques, elle n'avait plus de raison d'être.

⁵ K. von Birkmeyer, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht « Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen »*, *op. cit.*, 1909, p. 183.

⁶ E. R. Zaffaroni, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC*, 2009, p. 43 s.

d'appliquer des normes d'exception. À cet « ennemi » qui ne respecte pas le contrat social, c'est la « guerre » qui doit être déclarée, affirmait déjà Rousseau¹. Selon les doctrines sécuritaires, les criminels n'appartiennent pas à la même humanité que les « honnêtes gens »².

Très représentative de cette théorie est la distinction opérée par le juriste Carl Schmitt³ au début du XX^e siècle entre « ami et ennemi » (*Freund und Feind*), distinction recueillie par les nazis pour exclure juridiquement – voire éliminer physiquement – ceux qui, selon eux, n'appartenaient pas à la « communauté du peuple » (*Volksgemeinschaft*)⁴. De cette première distinction découle une autre : celle entre plusieurs droits pénaux selon l'individu auquel ces droits doivent s'appliquer. Selon le pénaliste des années 1930 Edmund Mezger, il y avait un droit pénal pour la généralité (les citoyens normaux) et un « droit pénal spécial » pour des groupes spéciaux de personnes déterminées, permettant d'écarter les principes classiques du droit pénal et d'enfermer les personnes concernées pour une durée indéterminée⁵. Ce droit devait comprendre des mesures telles que la « stérilisation des personnes asociales pour éviter un héritage indésirable », la « castration des homosexuels », l'internement pour une durée indéterminée dans des camps de concentration des incorrigibles, allant jusqu'à l'extermination des « éléments parasitaires nuisibles au peuple et à la race » (« *Ausmerzung volks- und rasseschädlicher Teile der Bevölkerung* »)⁶. Pour Mezger, le droit pénal était une « lutte » qui devait saisir l'ennemi dès le point de départ, c'est-à-dire sa volonté criminelle⁷. Ce concept d'un « droit pénal de l'auteur » ayant pour finalité première la protection du peuple, a également amené Roland Freisler, célèbre juge pénal du Troisième Reich, à souligner la

¹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762, p. 79 : « tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyen que comme ennemi ». [...] « c'est alors que le droit de guerre est de tuer le vaincu » (p. 80).

² M. Delmas-Marty, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *RSC*, 2010, p. 5.

³ V. C. Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker u. Humblot, 1922.

⁴ V. F. Muñoz Conde, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *RSC*, 2009, p. 19.

⁵ E. Mezger, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen* [1^{re} éd. 1934], 3^e éd., Ferdinand Enke, 1944, p. 26 ; cité par F. Muñoz Conde, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *art. cit.*, p. 19.

⁶ Mesures préconisées par Edmund Mezger dans un projet de loi pour le traitement de ceux qu'il appelait « étrangers et ennemis de la communauté » (*Gemeinschaftsfremde-feinde*) élaboré en 1944 mais qui fut avorté en raison des événements politiques ; v. F. Muñoz Conde, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *art. cit.*, p. 19.

⁷ E. Mezger, *Deutsches Strafrecht, Ein Leitfadens*, Junker und Dünhaupt, 1936, p. 27 ; cité par F. Muñoz Conde, *Edmund Mezger: Beiträge zu einem Juristenleben*, trad. allemande par I. Thulfaut et M. Vormbaum, coll. Juristische Zeitgeschichte, Abteilung 4 Leben und Werk, n° 10, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, p. 5.

nécessité d'introduire dans le code pénal des descriptions de typologies de criminels, plutôt que de décrire les actes prohibés¹.

L'histoire a montré les dangers d'une telle conception, permettant tous les abus de l'État totalitaire.

Plus récemment, pourtant, le professeur Günther Jakobs a affirmé – et semblé légitimer – le fait qu'il existait actuellement, à côté du droit pénal du citoyen (*Bürgerstrafrecht*), un droit pénal de l'ennemi (*Feindstrafrecht*) par lequel l'État n'essaie pas simplement de punir les délinquants en raison de leur culpabilité, mais aussi de lutter contre ses ennemis en raison de leur dangerosité². En analysant le droit actuel, il a constaté que ce droit d'exception était une réalité nécessaire et inévitable pour défendre la société contre ceux qui menacent sa sécurité, les « ennemis » de celle-ci³. Il cite un auteur du XVIII^e siècle⁴ selon lequel « chaque criminel devient par son acte louche et douteux ; on ne peut plus compter sur sa fidélité au droit ; par conséquent on doit se protéger de lui ». S'écartant quelque peu de cette position en ce qu'elle vise tous les délinquants, le professeur Jakobs semble s'y rallier pour certaines catégories d'« auteurs extrêmement dangereux, des auteurs professionnels, des maniaques sexuels, des récidivistes d'actes qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique (*Hangtäter*), des terroristes et autres, chez qui il y a un penchant criminel solide », contre lesquels une protection (*Sicherung*) est légitime, une prophylaxie générale du délit n'étant pas suffisante⁵. En d'autres termes, dit-il, « chacun, qui devrait être traité comme une personne en droit, doit aussi donner une garantie qu'il se comportera comme telle »⁶. Or ces ennemis ne seraient pas des personnes (« *Feinde sind aktuell Unpersonen* »), au sens de sujets de droit destinataires de droits et d'obligations, cette dépersonnalisation justifiant de leur refuser certains droits fondamentaux. Plus précisément, une personne qui devient une source de danger devrait voir ses droits réduits par des mesures de contrainte, à l'image de la légitime défense. L'exemple le plus topique d'une réglementation reposant sur droit pénal de l'ennemi serait la mesure

¹ V. M. Dürkop, *Zur Funktion der Kriminologie im Nationalsozialismus*, in: U. Reifner, B.-R. Sonnen, *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Francfort/Main, 1983, p. 97-120.

² G. Jakobs, « Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) », in: A. Eser, W. Hassemer et B. Burkhardt, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 3.- 6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, Munich, 2000, p. 47 s. Ce droit est caractérisé, pour le professeur Jakobs, par plusieurs critères: une augmentation de la gravité des peines au-delà de l'idée de proportionnalité, une abolition ou réduction des garanties procédurales, une « punissabilité anticipée » (*Vorverlagerungen der Strafbarkeit*) et une « lutte » contre certaines formes de criminalité.

³ *Ibid.*, p. 53.

⁴ K. Grolman, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, 1799, reproduit dans T. Vormbaum, *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, vol. 1, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 282 s.

⁵ G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7 s.

⁶ *Ibid.*

d'internement de sûreté (*Sicherungsverwahrung*) : en raison de sa dangerosité, l'interné n'est plus un citoyen libre jouissant de tous ses droits, mais devient un ennemi de la société.

Pour autant, l'ennemi n'est pas clairement défini par l'auteur et semble donc « peu déterminé ou déterminable », pas plus que ne l'est le cadre normatif dans lequel un tel droit devrait s'exercer¹. De ce droit spécial découle, selon Günter Jakobs, une dernière conséquence, sur le plan procédural : une distinction entre, d'une part, la procédure pénale (applicable seulement si l'auteur a commis ou tenté de commettre un acte répréhensible), et, d'autre part, la guerre, « une procédure tendancielle, selon les exigences de l'efficacité »².

48. Réserves à l'égard des théories exposées. Il est évident que l'État de droit ne peut pas répondre à la criminalité par la guerre – à l'image de l'*homo homini lupus* de Hobbes – mais uniquement par un droit pénal strictement encadré par des garanties individuelles. La notion d'ennemi est donc à traiter avec la plus grande précaution³. La légitimation d'un droit pénal de l'auteur peut, en effet, conduire à celle d'un droit pénal de l'ennemi. Étant donné le fait que « l'État de droit ne peut en aucun cas intégrer le concept d'ennemi, sous peine de ne plus être un État de droit, parce que le concept lui-même correspond au modèle d'un État absolu »⁴, la théorie du droit pénal de l'auteur doit, elle aussi, être maniée avec beaucoup de retenue. Il est malgré tout possible de constater que « les figures des ennemis se déplacent très rapidement au cours des dernières années, mais les lois pénales violant les droits de l'homme demeurent et s'accumulent »⁵.

Peut-on dès lors considérer que le fait d'appliquer des mesures différentes des peines à certaines catégories de personnes, constitue une acceptation d'un droit pénal de l'ennemi limité aux cas exceptionnels ? Un auteur répond par l'affirmative, soulignant que « c'est toujours ce qu'a fait le droit pénal, en légitimant les mesures de sûreté pour les imputables, aussi bien que pour les multirécidivistes, habituels, incorrigibles, etc., depuis Karl Stooss (et ses projets suisses) jusqu'à ce jour »⁶.

Avec les mesures de sûreté, il existe, par conséquent, le risque d'une transformation redoutable du droit pénal.

¹ F. Muñoz Conde, « Le droit pénal international est-il un "droit pénal de l'ennemi" ? », *art. cit.*, p. 19 s.

² G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 7 s.

³ Pour une critique du concept de « droit pénal de l'ennemi », v. T. Vormbaum, *Kritik des Feindstrafrechts*, coll. *Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen*, vol. 9, Berlin, LIT, 2009.

⁴ E. R. Zaffaroni, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *art. cit.*, p. 43 s.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

b. Le risque d'une transformation redoutable du droit pénal

49. Glissement de la culpabilité vers la dangerosité. On constate actuellement un glissement de la culpabilité vers la dangerosité. Il est vrai que le principe de culpabilité, fondement de la peine, est contourné par l'application des mesures de sûreté, fondées sur la dangerosité¹. Le droit pénal est classiquement construit sur le couple culpabilité / peine qui postule le libre arbitre, alors que le couple dangerosité / mesure de sûreté peut être perçu comme la négation de celui-ci², en ce sens que l'on prétend pouvoir prédire un comportement humain. Or il faut, selon le professeur Delmas-Marty, se méfier de cette « confusion, caractéristique en politique criminelle du modèle dit "totalitaire", entre la notion de crime – considéré comme une transgression de la normativité, comprise au sens de devoir-être –, et celle de dangerosité – conçue comme un écart par rapport à la normalité entendue comme moyenne des comportements »³. On peut se demander si la théorie de la dangerosité n'autorise pas « virtuellement une récurrence à l'infini dans l'appréhension "ante delictum" des situations et des personnes dangereuses », avec pour conséquence de pénétrer dans « l'ère de soupçon généralisé » où le contrôle social est assuré par une extension du domaine pénal à travers des mesures correctrices ou thérapeutiques⁴. Le professeur Herzog-Evans fait remarquer que l'existence des mesures de sûreté présente le « risque de tout admettre au nom d'étiquettes juridiques », qui sont éloignées de la notion de « société démocratique » que retient pour sa part l'ordre juridique européen⁵. Si les mesures de sûreté actuelles ne sauraient évidemment suivre une logique d'arbitraire du juge, étant nécessairement prévues par des textes pour pouvoir être prononcées, elles bafouent tout de même, pour une majorité d'entre elles, une conséquence normalement attachée au principe de légalité : la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁶.

50. Du droit pénal de l'auteur vers un droit pénal de la dangerosité. On voit donc renaître actuellement la théorie du droit pénal de l'auteur sous une autre forme, qu'on pourrait

¹ V. *supra*, n° 2.

² M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 23.

³ M. Delmas-Marty, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *art. cit.*, p. 59 s.

⁴ M. van de Kerchove, « Culpabilité et dangerosité - Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *art. cit.*, p. 300.

⁵ 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.

⁶ V. *infra*, n° 641 s. et 848 s.

appeler « droit pénal de la dangerosité »¹. Ce droit sous-entend que « la dangerosité s'autonomise, devient un concept détaché de l'infraction pénale, légitimant, après l'exécution de la peine, non seulement des mesures de soins et de surveillance, mais encore, avec la rétention de sûreté, un enfermement de durée indéterminée »². Le domaine du droit pénal ne cesse ainsi de s'élargir, pour atteindre des comportements ou des états toujours plus éloignés de la culpabilité. L'expression « lutte » contre la délinquance – rappelant le droit pénal de l'ennemi – est récurrente en législation et peut laisser craindre que « la punition du coupable [finisse] par céder le pas devant l'élimination de l'ennemi dangereux »³.

Peu de discours politiques semblent aujourd'hui résister au développement de cette « culture de la peur »⁴ et l'insécurité devient le *Leitmotiv* de la politique criminelle contemporaine. Cette logique sécuritaire en réponse à la demande sociale de sécurité pourrait conduire « à la systématisation de programmes de lutte contre la délinquance intrusifs et complètement déconnectés de la commission d'infractions »⁵. Une ultime étape semble avoir été franchie avec la loi n° 2008-174 du 25 février 2008⁶ qui a instauré la possibilité pour le juge pénal, lorsqu'il déclare une personne pénalement irresponsable, de lui appliquer tout de même des mesures pénales⁷.

¹ L'expression est empruntée à G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

² G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

³ M. Delmas-Marty, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *art. cit.*, p. 59 s.

⁴ M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *RFDA*, 2012, p. 1096 ; M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 35 ; M. Crépon, *La Culture de la peur*, Paris, Galilée, 2008, p. 14.

⁵ *Ibid.*

⁶ 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 du 26 févr. 2008, p. 3266. Parmi les nombreux commentaires de cette loi, v. not. Ph. Bonfils, « 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 », *RSC*, 2008, chron. législative, p. 392 s. ; J. Buisson, « La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008 », *Procédures*, 2008, étude 4 ; P. Mbanzoulou, « Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ? », *AJ pénal*, 2008, p. 400 s. ; M. Herzog-Evans, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ pénal*, 2008, p. 161 s. ; J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *art. cit.*, p. 1000 s. ; C. Lacroix, « Rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale », *D.*, 2008, actualité législative, p. 148 ; du même auteur, « Rétention de sûreté : le consensus des deux assemblées », *D.*, 2008, p. 404 s. ; G. Casile-Hugues, « La médicalisation de la répression dans la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, p. 20 s. ; F. Chopin, « Les nouvelles orientations de soins dans la loi rétention de sûreté », *RPDP*, 2010, p. 313 s. ; H. Matsopoulou, « 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, n° 4, étude 5 ; J.-H. Robert, « Adoption par les députés du projet de loi sur la rétention de sûreté », *Dr. pén.*, 2008, p. 4 s.

⁷ Appelées mesures de sûreté, celles-ci sont qualifiées de peines dans d'autres circonstances : v. *infra*, n° 471 et 509.

Il est donc permis de redouter que « le droit pénal de la culpabilité [ne soit] menacé par le droit pénal de la dangerosité [et] le droit pénal de l'infraction supplanté par le droit pénal de l'auteur – en tant que danger »¹.

51. Du droit pénal répressif vers un droit pénal de précaution. Le glissement de la sûreté individuelle vers la sécurité collective n'est compatible avec l'État de droit que s'il existe des limites précises au droit de sanctionner². Or, le mythe sécuritaire présente le risque de conduire à un glissement « de la punition à la prévention, puis de la prévention à la précaution »³. Plus encore, n'y a-t-il pas un risque que le principe de précaution qui caractérise les politiques publiques menées « se transforme en principe de suspicion généralisée » et que « cette suspicion, loin de réduire le sentiment d'insécurité, l'[exacerbe] au contraire »⁴ ?

Se pose alors la question de l'applicabilité du principe de précaution au droit pénal. Avec le développement des mesures de sûreté qui sont prononcées par l'autorité judiciaire, et plus exactement par les juridictions répressives⁵, n'assiste-t-on pas à l'émergence d'un droit pénal de précaution⁶ ? Le principe de précaution peut être défini comme 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 effective »⁷. Ce principe de valeur constitutionnelle⁸, s'il trouve classiquement à s'appliquer en droit de l'environnement notamment, semble, *a priori*, peu adapté au droit pénal⁹. En effet, s'il est légitime de combattre le crime¹, le principe de

¹ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

² En ce sens, v. M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *art. cit.*, p. 1096 s.

³ M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *art. cit.*, p. 1096 s.

⁴ V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *art. cit.*, p. 53 s.

⁵ V. *infra*, n° 120 s.

⁶ Pour une telle idée, v. 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 (spéc. p. 93 s.).

⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Précaution (principe de) », p. 785.

⁸ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *J.O.* n° 0051 du 2 mars 2005, p. 3697.

⁹ En ce sens, v. not. X. Pin, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *art. cit.*, p. 92 s. ; M. Herzog-Evans, « Application dans le futur et pour le passé des mesures de sûreté sur fond de principe de précaution », note sous CA Versailles, 1^{er} avr. 2008, *AJ pénal*, 2008, p. 323 ; C. Sévely-Fournié, « L'"inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté », *RRJ*, 2008, p. 2019 s., spéc. p. 2027 s. ; J.-Ph. Feldman, « Un Minority Report à la française ? – La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », note sous

précaution risque de conduire à l'abandon des principes qui fondent une société démocratique². Pourtant, les mesures de sûreté sont précisément applicables de manière préventive pour empêcher la réalisation d'un risque éventuel. Cette anticipation de l'intervention de la réponse pénale par l'émergence des mesures de sûreté³ semble, en définitive, caractériser une transposition du principe de précaution au droit pénal⁴, lequel subit de ce fait une transformation.

Partant, la légitimité de ces mesures soulève des interrogations.

2. Les interrogations sur la légitimité des mesures de sûreté

52. Controverses sur l'existence des mesures de sûreté. Les risques liés à un droit pénal fondé sur la dangerosité amènent à s'interroger sur la légitimité des mesures de sûreté. À l'encontre des personnes irresponsables elle peut paraître évidente⁵, ces mesures étant la seule réaction pénale possible contre leurs agissements antisociaux. En l'absence de toute faute morale, il semble logique de substituer à la peine une mesure de sûreté, fondée sur la dangerosité et essentiellement curative. La nature de celle-ci doit par conséquent être spécifique à la pathologie du sujet⁶. Pour justifier l'internement des aliénés, même avant tout acte objectivement contraire à la loi, il a pu être avancé, dans les années 1930, « qu'il y a de grandes chances qu'un individu en état de démence soit un futur délinquant »⁷. Or la loi

Cons. const., décision n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008, *JCP G*, 2008, II, 10077 ; L. Leturmy, « La répression de la délinquance sexuelle », in : M. Massé, J.-P. Jean et A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 137 s. ; A. P. Sykiotou, « Récidive : soigner ou punir ? Les dilemmes de la sûreté », in : *Incriminer et protéger*, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 11, Dalloz, 2014, p. 53 s., spéc. p. 76 ; P. Tcherkessoff, « Récidive : soigner ou punir ? Introduction à la thématique », in : *Incriminer et protéger*, *op. cit.*, p. 7 s., spéc. p. 10.

¹ Émile Durkheim a pu affirmer que l'existence du crime était liée aux conditions fondamentales de toute vie sociale, et qu'il était naturel également que le crime soit puni : É. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique* [1^{ère} éd. 1894], 18^e éd., Paris, PUF, 1973, p. 70.

² On peut citer, à ce titre, l'ancien chef de l'État qui, pour défendre une entrée en vigueur rétroactive du dispositif de la rétention de sûreté, affirmait qu'il ne fallait pas laisser « des monstres en liberté après qu'ils ont effectué leur peine » et que si le « devoir de précaution s'applique pour la nature, il [devait] s'appliquer pour les victimes » : Nicolas Sarkozy, Déclaration faite le 23 févr. 2008 en marge de l'inauguration du 45^{ème} salon de l'Agriculture, *Libération*, 23 févr. 2008.

³ V. *supra*, n° 38 s.

⁴ En ce sens, v. X. Pin, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *art. cit.*, p. 93 s. ; J.-Ph. Feldman, « Un Minority Report à la française ? – La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », *art. cit.*, p. 10077 s.

⁵ *Contra*, P.-J. Delage, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », À propos de Cass. crim., 21 janv. 2009, *RSC*, 2009, p. 69.

⁶ Quoique ce constat soit partiellement démenti par la loi précitée du 25 février 2008, permettant au juge pénal d'appliquer au malade mental certaines mesures (art. 706-136 CPP) dont la qualification juridique soulève des doutes : V. *infra*, n° 471 s.

⁷ N. Tanoviceanu, *Les mesures de sûreté*, *op. cit.*, p. 43.

pénale, pour trouver à s'appliquer, exige aujourd'hui en principe la commission matérielle d'une infraction par la personne irresponsable¹, une simple « déviance », au sens d'un écart à la « normalité », ne pouvant donner lieu à une mesure coercitive.

En ce qui concerne les personnes coupables en revanche, il peut paraître injuste ou illégitime de leur appliquer, en plus de la peine méritée, déterminée à hauteur de la faute commise, une sanction fondée sur leur état dangereux. Cette sévérité accrue, qui s'appuie généralement sur la répétition avérée ou redoutée d'infractions², ne peut se justifier par des raisons morales, le délinquant ayant payé sa dette à la société pour ses fautes antérieures. Il s'avère, de ce fait, primordial de mettre l'accent sur l'aspect thérapeutique et resocialisateur de la mesure de sûreté, afin d'atténuer son aspect répressif et garantir le respect des libertés individuelles.

53. Doutes soulevés par l'institution des mesures de sûreté. Il n'en demeure pas moins que les mesures de sûreté soulèvent des doutes à plusieurs égards. En ce qui concerne leurs critères d'application, force est de constater que les notions de dangerosité, de « penchant » ou de trouble mental sont difficiles à définir et par essence relatives³. Cela rend les contours des mesures extrêmement flous et leur application parfois contestable. Par conséquent, c'est la conformité des mesures de sûreté aux droits et libertés fondamentaux qui peut être mise en cause⁴, notamment en raison du régime utilitariste de ces mesures qui obéissent avant tout à un impératif de sécurité. Enfin, ces mesures peuvent entraîner des problèmes d'ordre social ou psychologique, par la stigmatisation qui est nécessairement liée à la présomption d'« incorrigibilité » qu'elles induisent. Le risque est donc celui d'un effet pervers, par la déresponsabilisation ou la désocialisation de la personne concernée, voire sa résignation ou son indifférence. La finalité principale de la mesure, à savoir la prévention par la resocialisation⁵, s'en trouverait compromise.

Ces interrogations doivent nous guider tout au long de l'étude comparative des mesures de sûreté.

¹ V. *infra*, n° 772 s.

² V. *supra*, n° 36.

³ Sur ces notions, v. *infra*, n° 638 s. et 685 s.

⁴ Pour une confrontation des mesures de sûreté aux principes fondamentaux, v. *infra*, n° 587 s.

⁵ V. *infra*, n° 564 s.

§ 3 : La justification de l'étude comparative des mesures de sûreté

54. Approche comparative franco-allemande. Se situant au cœur de l'actualité juridique, les mesures de sûreté occupent néanmoins, au sein du droit pénal, une place incertaine et variable selon les États. En droit français, tout particulièrement, elles soulèvent nombre d'interrogations alors que le législateur ne reconnaît qu'une seule forme de sanctions pénales, les peines. En droit allemand, au contraire, ces mesures ont une existence ancienne et relativement stable, le système dualiste de sanctions pénales ayant donné lieu à une longue expérience. Les enseignements que l'on peut tirer de celle-ci pourraient inspirer l'établissement d'un système dualiste de sanctions pénales en France, dans la mesure où le système unitaire actuellement en vigueur présente de nombreux inconvénients. En effet, les mesures de sûreté n'étant pas clairement distinguées des peines, elles ne bénéficient pas du statut autonome qui serait nécessaire à l'élaboration d'un régime adéquat.

L'approche comparative de l'étude tendra ainsi à mettre en évidence les différences et les similitudes existant entre les deux ordres juridiques étudiés. Elle permettra de mettre en lumière les insuffisances de chaque système, mais également les points forts qui peuvent servir de base à l'élaboration d'un système dualiste satisfaisant. Il ne s'agira bien évidemment pas de transposer purement et simplement le droit positif de l'Allemagne dans l'ordre juridique français, une telle entreprise n'étant ni souhaitable ni envisageable. Chaque système est en effet marqué par la tradition juridique de son pays et doit conserver des particularismes, un rapprochement seul étant de ce fait concevable. La perspective franco-allemande est, à cet égard, enrichissante à plusieurs égards, ces deux pays géographiquement très proches ayant une culture juridique à la fois similaire et pour autant encore éloignée. Elle présente l'avantage d'éclairer le droit français par un point de vue différent, voire novateur, et de contribuer ainsi à son évolution éventuelle. Une approche comparative permet, en effet, de tirer les enseignements de l'expérience étrangère et de s'en inspirer, ou au contraire s'en écarter.

Aussi, les catégories juridiques internes doivent-elles être relativisées à l'ère de l'internationalisation du droit pénal, et notamment du développement du droit européen. Ce dernier a un impact considérable sur l'harmonisation des droits nationaux et influence directement les réformes législatives récentes. Le législateur français ne saurait, par exemple, se désintéresser de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a

conduit à une réforme d'envergure du droit allemand¹. Par sa technique d'élaboration des « notions autonomes », la Cour de Strasbourg contribue à brouiller la distinction – déjà fragile – établie entre peines et mesures de sûreté, mettant en doute le régime dérogatoire applicable à ces dernières². Partant, les définitions nationales tendent à céder la place à des notions juridiques plus globales, communes aux différents pays. Il convient dès lors de réfléchir à la pertinence des qualifications juridiques internes et à l'intérêt des systèmes unitaire ou dualiste de sanctions pénales.

55. Construction de l'étude comparative. Si les mesures de sûreté apparaissent par essence comme opposées aux peines, le constat mérite d'être vérifié. Dans un premier temps, il est important d'étudier la place actuelle des mesures de sûreté en droit positif afin d'aller au-delà des apparences pour découvrir en quoi consiste la dualité des sanctions pénales du système allemand et rechercher si le système français ne comporte réellement qu'une seule voie de sanctions pénales (les peines), comme il semble l'afficher. Cette question sera abordée à l'aide d'une étude approfondie des sources législatives et jurisprudentielles des mesures de sûreté. Il conviendra également de s'intéresser à la véritable nature de chaque sanction, c'est-à-dire davantage à sa substance qu'à son appellation légale. Une classification des mesures recensées permettra ainsi de comparer les mesures semblables existant dans les deux ordres juridiques en dépassant les qualifications légales retenues. L'étude portera principalement sur les mesures applicables aux personnes majeures, les mesures éducatives applicables aux délinquants mineurs occupant une place à part pour former le droit pénal des mineurs.

Dans un second temps, et sur la base de cette analyse, il sera possible de s'interroger sur l'autonomie des mesures de sûreté. Il semblerait que seul un système dualiste de sanctions pénales permettrait à ces mesures de s'épanouir en tant que technique juridique à part entière. Partant, leur autonomie pourrait être confortée en France en prenant appui sur le système allemand dans lequel les mesures de sûreté disposent d'une place véritable avec un régime qui leur est dédié. Il sera nécessaire de s'interroger sur la logique à laquelle ces mesures obéissent, en cherchant à dégager des critères distinctifs, susceptibles de leur conférer une existence autonome. Si l'autonomie de ces mesures se trouve limitée par les points communs qu'elles présentent avec les peines, elle se caractérise toutefois par plusieurs spécificités irréductibles. Il paraît, de ce fait, essentiel d'établir une distinction assumée entre ces deux types de sanctions pénales qui coexistent actuellement, car dissimuler les mesures de sûreté

¹ V. *infra*, n° 95 s.

² V. *infra*, n° 515 s.

parmi les peines – solution pour laquelle semble opter le législateur français – revient à les amputer d'une grande partie de leur intérêt. De plus, prétendre qu'il n'existe que des peines et vouloir supprimer les mesures de sûreté présente le risque d'aboutir à ce que ces dernières soient privées de légitimité et existent de manière clandestine. Il ne serait pas davantage souhaitable de substituer complètement les mesures de sûreté aux peines comme cela avait pu être préconisé par la doctrine positiviste. Il convient donc de s'intéresser à une articulation rationnelle entre les deux types de sanction pénale, en permettant à chacune d'entre elles de recevoir la qualification correspondant à sa nature juridique intrinsèque. La mesure de sûreté pourra, de cette manière, déployer pleinement ses caractéristiques et ses fonctions qui sont distinctes de celles des peines.

Une étape indispensable à la construction de leur autonomie consistera à confronter les mesures de sûreté aux normes supérieures régissant la matière pénale. Les législateurs nationaux ont en effet tendance à faire échapper ces mesures à certaines garanties fondamentales, sous couvert de leur spécificité ou de leur qualification formelle. L'autonomie des mesures de sûreté ne saura pourtant s'affirmer pleinement que dans le respect des normes protectrices de la liberté individuelle à même d'asseoir leur légitimité. L'expérience allemande présente, à ce titre, une belle illustration de l'évolution d'un droit sous l'influence des normes supranationales. Le système des sanctions pénales, s'il se veut dualiste, doit pouvoir s'adapter aux exigences découlant d'engagements internationaux et, plus généralement, de l'irrigation du droit pénal par les droits de l'homme. À cette condition, il sera alors éventuellement permis d'affirmer que les mesures de sûreté méritent, en France, une place véritable grâce à l'avènement de la double voie des sanctions pénales. Celle-ci suppose une redéfinition de la notion de mesure de sûreté, afin de lui assigner un régime propre, respectueux des principes fondamentaux du droit pénal.

56. Problématique. Eu égard à l'avènement de la double voie des sanctions pénales en droit allemand, quelle est la place actuelle des mesures de sûreté en droit français et dans quelle mesure possèdent-elles une existence autonome ? L'émergence des mesures de sûreté semble conduire inéluctablement à leur émancipation. Partant, n'est-il pas indispensable d'envisager une refonte du droit positif des sanctions pénales afin de conforter l'autonomie des mesures de sûreté ?

57. Plan de la thèse. À cette fin, il convient de se pencher, d'une part, sur l'émergence des mesures de sûreté (Partie I) et, d'autre part, sur leur autonomie (Partie II).

Première partie : L'émergence des mesures de sûreté

Seconde partie : L'autonomie des mesures de sûreté

1^{ère} PARTIE :

L'ÉMERGENCE DES MESURES DE SÛRETÉ

58. Une émergence croissante mais inégale en France et en Allemagne. L'origine des mesures de sûreté se trouve dans la doctrine qui a élaboré des théories à leur sujet bien avant leur apparition en droit positif. Ces théories proposaient des systèmes très divers, allant de l'unification à une coexistence organisée des peines et mesures de sûreté, en passant par la substitution des secondes aux premières¹. Depuis la fin du XIX^e siècle, on a assisté à l'émergence de ces mesures, d'abord de manière éparses et quasi-clandestine, puis de façon plus visible et ordonnée. Cette émergence ne s'est cependant pas manifestée de la même manière en France et en Allemagne car le législateur allemand a très tôt opté pour un système dualiste de sanctions pénales² tandis que le législateur français se montrait plus timide sur le sujet. Alors que l'émergence des mesures de sûreté est totalement assumée en Allemagne, elle a longtemps été en France dissimulée, voire réfutée. Malgré cet apparent rejet, les mesures se sont développées et multipliées, comme si leur émergence était inéluctable. On a ainsi pu observer dans les deux droits pénaux une extension constante de leur domaine, de sorte que leur existence ne fait aujourd'hui plus aucun doute. Dans les deux pays il est d'ailleurs possible d'observer une intensification de la création des mesures de sûreté au cours des dernières décennies, reflétant une orientation sécuritaire de la politique criminelle.

Pour prendre conscience de la place – différente – occupée par les mesures de sûreté en Allemagne et en France, une étude des deux droits positifs s'impose. S'intéresser, dans un premier temps, aux sources de ces mesures (Titre I) permettra, dans un second, de mettre au jour les formes multiples qu'elles peuvent revêtir (Titre II).

¹ V. *supra*, n° 24 s.

² Des systèmes similaires existaient également dans les codes pénaux italien, suisse et autrichien de l'époque. Pour une description détaillée de l'émergence des mesures de sûreté dans les différents pays, v. L. Rabinowicz, *Mesures de sûreté, Étude de politique criminelle*, op. cit. ; F. Grispigni, « Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté », art. cit., p. 757 s.

TITRE I :

LES SOURCES DES MESURES DE SÛRETÉ

59. Une dualité des sources. En dépit de la reconnaissance des mesures de sûreté par une partie de la doctrine, seule la consécration par le législateur et / ou le juge est à même de leur conférer une existence véritable. La loi représente incontestablement la source première et formelle des mesures de sûreté – en vertu du principe de la légalité criminelle¹. En France, le législateur n'a jamais jugé bon de faire une place aux mesures de sûreté au sein des sanctions pénales en les distinguant des peines. Aussi, la notion de mesure de sûreté apparaît-elle davantage comme une notion doctrinale que comme une notion positive². Pourtant, de telles mesures existent bel et bien en droit positif qui n'y gagne pas en cohérence. Le système de sanctions étant unitaire, les mesures de sûreté sont soumises au régime des peines et ne peuvent pleinement déployer leurs fonctions. Leur place s'en trouve fortement limitée en droit français. En Allemagne au contraire, la consécration des mesures de sûreté par le législateur a permis à ces dernières d'avoir une existence à part entière, avec un régime distinct de celui des peines ; le système de sanctions est devenu dualiste.

Si la jurisprudence est une source secondaire, son rôle est d'autant plus important qu'elle participe activement à la reconnaissance des mesures de sûreté, faisant œuvre créatrice. En France comme en Allemagne, la jurisprudence est une source indispensable du droit des mesures de sûreté, source dont l'impact sur l'évolution du droit positif se mesure essentiellement *a posteriori*. La fonction du juge consiste tantôt à éclairer le système existant, tantôt à combler les lacunes législatives, jusqu'à esquisser un régime dans le silence de la loi. On constate donc que les mesures de sûreté, loin de n'être qu'une théorie élaborée par la doctrine, correspondent à une réalité bien concrète et trouvent leurs sources tant dans la législation (Chapitre I) que dans la jurisprudence (Chapitre II).

¹ Sur le principe de légalité, v. *infra*, n° 631 s.

² V. D. Rebut, « Le retour des mesures de sûreté », *D.*, 1998, p. 495 s.

Chapitre I :

Les sources législatives des mesures de sûreté

60. Système unitaire ou système dualiste de sanctions pénales. La nature juridique d'une sanction, que reflète en principe sa qualification légale, conditionne dans une large mesure le régime juridique qui lui est applicable. Selon qu'il s'agit d'une peine ou d'une mesure de sûreté, les règles mises en œuvre seront différentes – c'est ce que postule l'existence même de deux types de sanctions. Il est dès lors primordial de distinguer entre peines et mesures de sûreté et de restituer aux sanctions existantes leur véritable qualification. Or, la difficulté est que les peines et mesures de sûreté ne se distinguent pas nécessairement par leur contenu, une même catégorie de mesures – par exemple privatives de liberté – pouvant revêtir des qualifications différentes en fonction de leur fondement, de leurs finalités et du contexte dans lequel elles s'appliquent. Il appartient par conséquent à la loi de déterminer avec rigueur les cas dans lesquels l'une ou l'autre de ces qualifications doit être retenue et les conséquences qui en découlent.

Les mesures de sûreté se sont répandues en droit positif, sans être toujours érigées en un système cohérent. Leur place est relativement incertaine car elles ne reçoivent pas systématiquement l'appellation adéquate. Comme le soulignait déjà Marc Ancel dans les années 50, « les mesures de sûreté reçoivent parfois, d'une législation à l'autre, des appellations différentes qui ne correspondent pas toujours à des différences essentielles alors que, à l'inverse, certaines mesures appelées d'un terme identique recouvrent, en réalité, des mesures dont l'analogie est beaucoup plus apparente que réelle »¹. En confrontant les droits pénaux français et allemand, le constat se vérifie. L'étude comparative permet toutefois d'approcher « la vérité sous l'apparence et, en particulier, [de] se défier de ce que l'on a spirituellement appelé les "faux amis" »².

Progressivement, le système dit de la « double voie » qui vise à apporter une réponse complète au phénomène criminel, a gagné du terrain – de manière toutefois inégale en France et en Allemagne. Si la loi allemande, ayant adopté un système dualiste de sanctions pénales, constitue une source assumée des mesures de sûreté (Section 1), la loi française, ayant opté pour un système unitaire, demeure une source dissimulée (Section 2).

¹ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 8.

² *Ibid.*

Section 1 :

Une source assumée : le système dualiste du droit pénal allemand

61. La distinction entre les peines et les mesures de sûreté est bien établie en droit allemand. Celui-ci a adopté il y a presque un siècle cette *summa divisio* des sanctions pénales. Le code pénal repose ainsi sur un système dualiste que reprennent à leur compte les manuels consacrés au droit pénal général ou aux sanctions pénales¹. Ce système dit « de la double voie » (§ 1), loin d'être définitivement figé, est au contraire sujet à évolution, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 2).

§ 1 : L'adoption du système dit « de la double voie »

62. Au début du XX^e siècle, une partie de la doctrine préconisait l'instauration, à côté des peines obéissant au principe de culpabilité, de mesures de sûreté préventives, orientées, elles, vers l'avenir. Ce système dit « de la double voie » aujourd'hui en vigueur en droit pénal allemand a été consacré (A) en même temps que naissait la mesure de sûreté la plus emblématique de ce droit, l'internement de sûreté (B).

A. La consécration progressive du principe dualiste

63. **Système dualiste de sanctions pénales.** Le système allemand de sanctions pénales dit « dualiste » ou reposant sur une « double voie » (*System der Zweispurigkeit*) est « la colonne vertébrale du droit répressif germanique »². Cela signifie que peines et mesures de sûreté coexistent « de façon à mettre en œuvre tous les procédés de politique criminelle »³. Plus précisément, « 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

¹ V. not. F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 2012 ; B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4^e éd., Berlin, Springer-Verlag, 2014; C. Roxin et al., *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, Hüthig Jehle Rehm, 2006; W. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Springer-Verlag, 2013; R. Maurach et al., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 8^e éd., Hüthig Jehle Rehm, 2014.

² J. Leblois-Happe, « Rétribution de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ pénal*, 2008, p. 209 s.

³ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 657, p. 828.

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 »¹.

Si la distinction entre les deux types de sanction n'est pas toujours claire en pratique, notamment en raison de l'omniprésence de la finalité préventive² et des recoupements ou ressemblances pouvant exister³, il n'en demeure pas moins que la mesure de sûreté, indifférente à la culpabilité de l'auteur, peut s'avérer nécessaire pour remplacer ou compléter la peine⁴. Les deux doivent donc, selon les thèses dualistes, être utilisées parallèlement.

64. Thèses dualistes. Les partisans de la double voie prônaient tantôt une complémentarité entre peines et mesures de sûreté, tantôt une subsidiarité, mais tous avec pour point commun la reconnaissance et la distinction de ces deux types de sanctions pénales. Rares étaient les auteurs de la première moitié et du milieu du XX^e siècle qui ne débattaient pas de la question de la confrontation entre peine et mesure de sûreté, si bien que de nombreux écrits⁵ ou congrès⁶ de droit pénal ou de criminologie y étaient consacrés. La doctrine a longtemps déploré l'absence de mesure applicable, indépendamment de la culpabilité, aux personnes irresponsables pénalement ou à celles qui demeurent dangereuses après leur peine⁷. Certains auteurs préconisaient un élargissement des fonctions de la peine, d'autres au contraire estimaient que les questions sécuritaires ne relevaient pas du droit pénal

¹ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

² V. *infra*, n° 558 s.

³ V. *infra*, n° 541 s.

⁴ V. aussi F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, *op. cit.*, p. 164 s.

⁵ V. p. ex. K. von Birkmeyer, *Strafe und sichernde Maßnahmen*, *op. cit.* ; C. Stooss, « Zur Natur der sichernden Maßnahme », *art. cit.*, p. 368 s. ; F. Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, *op. cit.* ; Q. Saldana, « Peines et mesures de sûreté », *RIDP*, 1927, p. 7 s. ; R. Béraud, *Les mesures de sûreté en droit allemand d'après la loi du 24 novembre 1933*, Aix-en-Provence, E. Fourcine, 1937 ; H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 1943, p. 406 s. ; L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapport avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.*, p. 21 s. ; R. Vouin et J. Léauté, *Droit pénal et criminologie*, *op. cit.* ; P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 307 ; G. Stefani, *Cours de droit pénal général et procédure pénale*, *op. cit.*, p. 320 s. ; J. Vérin, « Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 529 s.

⁶ Congrès international de droit pénal, Bruxelles, 1926, *La mesure de sûreté doit-elle être substituée à la peine ou la compléter ?*, Actes du Congrès, 1924, p. 154-534 ; Congrès pénal et pénitentiaire de 1930, *RPDP*, 1931, p. 5 ; Conférence pénitentiaire internationale de Berlin, 1935, « Comment l'exécution de la peine privative de liberté doit-elle se différencier de l'exécution des mesures de sûreté comportant privation de liberté ? », *RIDP*, 1936, p. 70 ; Journées de droit franco-latino-américaines, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », Rapport général présenté par M. Patin, *RSC*, 1948, p. 415 s. ; VI^e Congrès international de droit pénal, Rapport sur le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté, présenté par Grispigni, *RIDP*, 1953, p. 757 ; VII^e Congrès international de droit pénal, « Le contrôle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sûreté », *RIDP*, 1956, p. 223-280 ; *RIDP*, 1957, p. 157-191.

⁷ V. H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, *op. cit.*, p. 27 s.

et devaient être réglées par d'autres moyens¹. Recourir à la notion de dangerosité pour fonder les mesures de sûreté paraissait périlleux à une partie de la doctrine². La dangerosité n'a donc pas été expressément mentionnée dans les premiers projets d'introduction des mesures de sûreté, alors qu'elle jouait un rôle central pour justifier l'orientation sécuritaire du droit.

La technique de la « double voie » est aujourd'hui pratiquée dans la majorité des législations³ et le professeur Bouzat a même fait remarquer qu'il n'existe pas, à proprement parler, de législation unitaire : toutes font appel à la fois aux peines et aux mesures de sûreté⁴. Le vrai problème, selon lui, est de savoir si l'on admettra leur emploi alternatif seulement, ou si, comme en France, on pourra infliger à la fois la peine et la mesure de sûreté⁵.

65. Premiers projets de loi proposant la consécration des mesures de sûreté. En Allemagne, la volonté d'introduire des mesures de sûreté a été constante à partir de 1909. L'objectif était de concilier les impératifs de neutralisation et de resocialisation, afin de protéger la collectivité des délinquants ou des individus simplement dangereux. L'avant-projet de code pénal allemand de 1909 (*Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*)⁶ disposait ainsi que la collectivité avait droit à la protection contre les attaques des personnes dangereuses, même si ces dernières ne pouvaient être poursuivies pénalement en raison d'une maladie mentale⁷. Le professeur von Liszt qualifiait le système prévu dans cet avant-projet de « système double qui, d'une part, habitue à une vie régulière les fainéants, les individus vivant dans l'inconduite et les jeunes gens devenus criminels et, d'autre part, élimine les éléments dangereux pour la sécurité publique, les irresponsables, les délinquants à responsabilité restreinte, les criminels sains d'esprit mais incorrigibles, qu'il rend inoffensifs »⁸.

Si les premiers projets de loi préoyaient des mesures éparses sans élaborer de théorie générale, le système de la double voie fit son apparition dès le projet de code pénal de 1913

¹ En détail, H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 31 s. Sur les théories doctrinales, v. également *supra*, n° 25 s. et n° 45 s.

² V. p. ex. F. Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, op. cit., p. 39.

³ V. *supra*, n° 33.

⁴ J. Vérin, « Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 530.

⁵ *Ibid.* L'auteur indiquait également que le professeur Pompe affirmait « qu'on pourrait aussi bien parler de trois ou même quatre routes, suivant les buts recherchés : "rétribution, élimination, correction ou réparation" ».

⁶ *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Reichs-Justizamt, 1909.

⁷ *Vorentwurf 1909, préc.*, motifs, p. 236. V. H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 66.

⁸ F. v. Liszt et P. F. Aschrott, *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I: Allgemeiner Teil*, Berlin, 1910, p. 374.

(*Kommissionsentwurf*)¹ et tous ceux qui ont suivi l'ont conservé. Ces projets avaient pour point commun de ne pas considérer les mesures de sûreté (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) comme relevant à proprement parler du droit pénal mais comme revêtant une nature administrative ou policière².

66. Arguments doctrinaux en faveur d'une introduction des mesures de sûreté dans le code pénal. La doctrine préconisait toutefois l'introduction des mesures de sûreté dans le code pénal, en avançant plusieurs séries d'arguments, tenant aux garanties découlant de l'intervention du juge judiciaire, à la cohérence de la procédure (il s'agissait d'éviter que l'auteur ne soit soumis ni à une peine ni à une mesure de sûreté) et à l'économie du procès³. De manière plus générale était invoqué un impératif de sécurité publique requérant que les décisions sur la peine et sur l'internement soient réunies dans les mains du juge pénal⁴. Pour la plupart des auteurs, il s'agissait de prévoir des mesures (préventives) de police dans le *code* pénal sans que ces mesures ne deviennent partie intégrante du *droit* pénal. D'où notamment leur soustraction au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

67. Questions abordées par les projets de loi. S'il était admis que l'infraction devait constituer le point de départ de l'application des mesures de sûreté (car elle révélait la dangerosité justifiant cette application), la coordination entre peines et mesures de sûreté donnait lieu à des hésitations : certains auteurs préféraient la théorie d'un système à deux niveaux à celui de la double voie. Dans un tel système, la mesure de sûreté est subsidiaire à la peine ; elle représente l'exception, la peine constituant le principe⁵. Le projet de code pénal de 1925⁶ prévoyait la possibilité de substituer la mesure de sûreté à la peine, tandis que celui de

¹ *Kommissionsentwurf* 1913: *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission*, Reichs-Justizministerium, Berlin, 1921. V. aussi *2. Teil: Entwurf von 1919*, Reichs-Justizministerium, Berlin, 1921.

² V. *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, Reichs-Justizministerium, 2. Teil: Begründung, Berlin, 1925, motifs, p. 37; *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs*, RT-Drs. III/3390, 1927, motifs, p. 43.

³ H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 70.

⁴ En ce sens, v. W. Dreyer, « Der Schutz der Gesellschaft vor den gemeingefährlichen Irren », *MschKrim*, 7, 1910/11, p. 26 s., spéc. p. 34; F. Exner, « Die bessernden und sichernden Maßregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Mitberücksichtigung des schweizerischen Entwurfs von 1918 », (*schw*)ZStrR, 34, 1921, p. 183 s., spéc. p. 185; T. Metzdorf, *Der gemeingefährliche Geistesranke im heutigen Verwaltungs- und künftigen Strafrecht*, Berlin, 1930, p. 50; E. Mezger, « Strafgesetzentwürfe », in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Folge, Band 20, Munich, 1923, p. 156 s., spéc. p. 281.

⁵ H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 76.

⁶ *Amtlicher Entwurf* 1925, préc.

1927¹ abandonnait cette idée, que condamnait l'opinion publique par crainte d'un affaiblissement de la répression. Le projet de 1927 prônait un cumul entre les deux types de sanction pénale, sans possibilité d'imputation de l'une sur l'autre, la peine étant exécutée par priorité et la mesure de sûreté venant s'y ajouter en cas de nécessité.

D'autres discussions portaient sur l'intensité des mesures nécessaires (fallait-il opter pour un internement complet ou une surveillance de sûreté pourrait-elle dans certains cas être suffisante ?²), ou sur leur finalité (la priorité devait-elle être accordée à la finalité curative ou à la finalité sécuritaire ?³). Il ressortait des projets de 1925 et de 1927 que l'internement psychiatrique ne devait pas uniquement servir l'intérêt de la société mais aussi celui de l'interné, bien que l'intérêt public à être préservé contre le malade dangereux primât l'intérêt particulier de ce dernier⁴. Un consensus existait toutefois sur sa durée qui devait être illimitée, la cessation de la mesure signifiant la fin de la dangerosité. Dans cette conception, le caractère curable de la personne ne jouait un rôle ni pour son internement ni pour sa libération⁵.

Le point central des mesures préconisées était la dangerosité sociale de la personne, indépendamment de l'acte qui lui était reproché⁶, bien que tous les projets de lois restassent attachés à la nécessité de prévoir un certain nombre de conditions objectives – telles que la commission d'une ou de plusieurs infractions⁷ – pour restreindre le domaine des mesures applicables.

68. Consécration des mesures de sûreté pendant la période nazie. Ces idées furent reprises et radicalisées par les nationaux-socialistes à travers la loi du 24 novembre 1933 « contre les criminels d'habitude dangereux et relative aux mesures de sûreté » (*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*)⁸, qui

¹ Entwurf 1927, préc.

² Pour la priorité d'une simple surveillance, v. les projets de 1919, 1922 et 1925 (motifs, p. 39) ; tandis que les projets de 1927 (§ 61) et de 1930 (*Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen des deutschen Reichstagsausschusses. Ergänzungsband zu Kohlrausch, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., Zweite Ausgabe*, Berlin, 1930, § 61) limitaient la possibilité d'une telle mesure.

³ V. plus en détail, H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 83 s.

⁴ *Amtlicher Entwurf 1925, préc.*, motifs, p. 39; *Entwurf 1927, préc.*, motifs, p. 46.

⁵ H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 94.

⁶ En ce sens, le projet de 1925 mettait en avant l'importance du critère subjectif, estimant que l'acte devait être relégué au second plan derrière l'auteur. V. *Amtlicher Entwurf 1925, préc.*, motifs, p. 55.

⁷ À ce titre, il est intéressant de faire remarquer que les conditions objectives du prononcé d'un internement de sûreté ont même été renforcées dans les projets de loi de 1925 et de 1927. V. J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand : Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Fribourg en B., éd. iuscrim, 1996, p. 16.

⁸ *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, préc.*

introduisit le système de la double voie ainsi que l'internement de sûreté (*Sicherungsverwahrung*). Les mesures de sûreté faisaient désormais partie intégrante, non seulement du code pénal, mais du droit pénal tout entier, ce qui conférait à ce dernier un nouveau caractère préventif¹.

Il importe de souligner que cette loi a été adoptée après celle du 24 mars 1933, dite « loi des pleins pouvoirs » ou « loi d'habilitation » (*Ermächtigungsgesetz*), « visant au soulagement de la détresse du peuple et de l'État » (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*)², par laquelle le *Reichstag* (parlement) s'est dépouillé tous ses pouvoirs au profit du parti national-socialiste. Dès lors, l'adoption des lois n'obéissait plus à une procédure parlementaire. Elles étaient élaborées par le chancelier du *Reich*, Adolf Hitler, et adoptées par le gouvernement. La loi instaurant le principe de la double voie et créant l'internement de sûreté n'était pas, par conséquent, une loi parlementaire.

69. Esprit de la loi du 24 novembre 1933. La loi du 24 novembre 1933 a été présentée comme faisant primer les intérêts collectifs sur les droits individuels, à rebours de la pensée libérale de la République de Weimar. Elle a instauré la possibilité de sanctionner les auteurs d'infractions sans égard pour leur culpabilité, au-delà de ce qu'exigeait la rétribution de leur fait. Les conditions objectives prévues dans les projets de lois antérieurs ont été en grande partie réduites, les mesures créées s'appuyant avant tout sur la personnalité de l'auteur³. Le critère central était le caractère de « délinquant d'habitude dangereux »⁴.

70. Contenu de la loi du 24 novembre 1933. Plus précisément, la loi de 1933 a institué l'internement de sûreté (*Sicherungsverwahrung*)⁵, prévu au § 42e du code pénal impérial (*Reichsstrafgesetzbuch*), ainsi que l'internement en centre curatif (*Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt*)⁶ ou dans un « asile » (*Heil- oder Plegeanstalt*), au § 42b du même code. Cette dernière mesure concernait les situations dans lesquelles la sécurité de la collectivité ne pouvait suffisamment être assurée au moyen de l'incarcération de l'auteur car son acte ne pouvait être entièrement imputé à celui-ci. Elle était applicable aux personnes dont le

¹ H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 130.

² *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, 24 mars 1933, *RGBl.* 1933, I, p. 141. Cette loi a été abrogée par la loi du Conseil de contrôle allié du 20 sept. 1945 (*Kontrollratsgesetz n° 1*), *ABl.*, p. 6.

³ J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 18.

⁴ V. RG, II, 19 avr. 1934, 2 D 333/34, RGSt. 68/149.

⁵ V. plus en détail, *infra*, n° 77.

⁶ Cette mesure était limitée à deux ans : § 42f II du code pénal impérial

discernement était aboli ou atténué au moment de l'acte et sa durée était illimitée¹, son maintien devant toutefois faire l'objet d'un réexamen à échéance régulière. Le juge pénal était désormais compétent pour soumettre à une mesure de sûreté les personnes irresponsables et celles présentant des « anomalies » mentales ou de la personnalité ayant commis un acte contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (§ 51 du code pénal impérial).

Parmi les mesures de sûreté instaurées figurait également, au § 42k du code pénal impérial, la castration des « *délinquants de mœurs dangereux* » (« *gefährliche Sittlichkeitsverbrecher* »), appelée émascation (*Entmannung*), par laquelle les nazis poursuivaient une finalité d'« hygiène sociale » et d'« épuration raciale »². Cette mesure a même été appliquée rétroactivement aux personnes déjà définitivement jugées avant l'entrée en vigueur de la loi et exécutant leur peine après le 1^{er} janvier 1934³.

La loi prévoyait encore l'expulsion des étrangers (§ 42m) qu'une loi du 23 mars 1934⁴ a toutefois de nouveau transformée en mesure administrative, et la mesure d'internement en maison de travail (§ 42d).

Un § 456b a parallèlement été introduit dans le code de procédure pénale (StPO), prévoyant l'articulation entre la peine et la mesure de sûreté privatives de liberté dans l'hypothèse où les deux étaient ordonnées cumulativement. La mesure devait en principe être exécutée après la peine, qui était considérée comme la sanction la plus sévère. Exceptionnellement, l'internement en centre curatif ou en asile pouvait être exécuté en premier si l'état de l'intéressé était incompatible avec son incarcération. Le dispositif ne réglait toutefois pas la question d'une possible imputation de la mesure sur la durée de la peine qui était donc, selon certains auteurs, exclue⁵.

71. Maintien du système dualiste après la guerre. La majorité des mesures ont survécu à la chute du régime nazi, car le Conseil de contrôle allié chargé de l'abrogation des lois à caractère national-socialiste a décidé de les conserver. À quelques exceptions près – la mesure

¹ La loi s'écarterait sur ce point des avant-projets de loi élaborés depuis 1911 (*Gegenentwurf*, 1911, rédigé par Kahl, von Lilientahl, von Liszt und Goldschmidt), qui prévoyaient tous une durée maximale de deux ou trois ans, la mesure devant faire l'objet d'un nouveau prononcé à l'issue de ce délai si sa finalité le requérait. La charge de la preuve était ainsi inversée, dans la mesure où le doute sur la dangerosité ne devait pas, dans le système national-socialiste, profiter à l'interné.

² T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 18, note 73.

³ *Ibid.*, p. 20.

⁴ *Gesetz über Reichsverweisungen* (Loi sur les expulsions de l'Empire), 23 mars 1934, *RGBl.* 1934, 1, p. 213.

⁵ V. E. Mezger, « Täterstrafrecht », *DStR*, 1934, 1, p. 145 s., spéc. p. 148; F. Exner, « Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz v. 24. November 1933 », *ZStW*, n° 53, 1934, p. 629 s., spéc. p. 649.

d'émasculation a notamment été abrogée¹ en raison de son caractère typiquement national-socialiste – les mesures ont été transposées dans le code pénal démocratique de 1953². La conservation du système dualiste de sanctions pénales au-delà du régime totalitaire montre que les mesures de sûreté n'ont pas un caractère intrinsèquement national-socialiste³, mais que c'est l'application qui en a été faite avant 1945, ainsi que certaines mesures spécifiques – comme l'émasculation – qui étaient inacceptables⁴. On a constaté à cet égard que la réglementation nazie représentait un net durcissement par rapport aux projets de lois antérieurs⁵ et mettait clairement l'accent sur la sécurité qui devait prévaloir sur l'amendement de l'individu. L'application rétroactive de ces mesures ainsi que la dérogation au principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* pouvaient également être considérés comme contraires aux principes régnant dans un État de droit. Mais c'étaient avant tout les critères discriminatoires d'application des mesures de sûreté – comme par exemple celui tenant à l'« infériorité » de la personne pour l'application d'un internement psychiatrique – qui faisaient de ces mesures un instrument au service d'une politique contraire aux droits de l'homme qui ne pouvait qu'être remise en cause avec le retour de la démocratie⁶.

72. Évolution démocratique du système dualiste. La priorité dans les finalités poursuivies par les mesures de sûreté a été par la suite inversée, ce qui s'est traduit par un changement terminologique : initialement appelées « mesures de sûreté et d'amendement » (*Maßregeln der Sicherung und Besserung*), ces mesures préventives ont été rebaptisées « mesures d'amendement et de sûreté » (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*)⁷, afin de mettre l'accent sur la resocialisation de l'individu⁸. Le risque d'abus inhérent à de telles mesures attentatoires aux libertés individuelles⁹ a toutefois toujours été souligné par la

¹ Par l'art. 1 de la loi du 30 janv. 1946 (*Kontrollratsgesetz* n° 11), *ABl*, p. 55. Aujourd'hui il n'existe que la castration facultative conformément à la loi du 15 août 1969 (*Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden*, *BGBI*, I, p. 1143), mais qui n'est pas une mesure de sûreté.

² L'internement de sûreté a toutefois dû subir quelques modifications : v. *infra*, n° 81 s.

³ Sur la question de la continuité entre le dispositif national-socialiste et les dispositifs actuels, v. *infra*, n° 91 s. V. aussi B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, *op. cit.*, p. 270.

⁴ V. plus en détail, H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, *op. cit.*, p. 173 s.

⁵ V. *supra*, n° 68.

⁶ Sur l'évolution de l'internement psychiatrique des délinquants dangereux après 1945, v. les développements de H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, *op. cit.*, p. 179 s.

⁷ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts: 1. Strafrechtsreformgesetz* (Première loi de réforme du droit pénal), 25 juin 1969, *BGBI*, I, p. 645; entrée en vigueur au 1^{er} avril 1970.

⁸ V. *infra*, n° 569.

⁹ V. sur ces risques d'abus, *infra*, n° 135.

doctrine¹. S'interrogeant sur les possibles justifications de ces mesures², certains auteurs ont même évoqué une crise de la double voie³. Tout en se prononçant en faveur du maintien des mesures de sûreté, le professeur Kaiser a souligné la nécessité de les réserver aux délinquants les plus dangereux, en renforçant leurs conditions d'application (tenant notamment à la gravité et à la récurrence des infractions commises et redoutées), en raison des incertitudes liées au pronostic de dangerosité⁴.

73. Création de nouvelles mesures de sûreté. D'autres mesures ont progressivement enrichi le système dualiste. L'annulation du permis de conduire a été instaurée par une loi du 19 décembre 1952⁵. Par la suite, la loi du 4 juillet 1969⁶ a institué la surveillance de conduite⁷ ainsi que l'internement en centre socio-thérapeutique. Cette dernière mesure a toutefois été abrogée avant même son entrée en vigueur⁸, n'étant conservée que comme modalité d'exécution de la peine⁹. Elle concernait les personnes multirécidivistes pour lesquelles l'exécution de la peine ordinaire n'offrait aucune perspective de resocialisation, mais qui ne nécessitaient pas non plus un traitement médical.

74. Étapes marquantes de l'évolution ultérieure du système dualiste. Les mesures de sûreté sont restées pour l'essentiel inchangées jusqu'à la loi du 25 juin 1969¹⁰ qui est considérée comme la première et seule grande réforme du droit des mesures de sûreté. Cette

¹ H.-J. Bruns, « Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf 1956 », *ZStW*, 1959, 71, p. 2010 s., spéc. p. 211.

² H. Müller-Dietz, « Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB », *NStZ*, 1983, 3, p. 145 s.

³ W. Frisch, « Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem. Strafreoretische Einordnung, inhaltliche Ausgestaltung und rechtsstaatliche Anforderungen », *ZStW*, 1991, 102, p. 343 s., spéc. p. 351; G. Kaiser, *Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?*, Heidelberg, 1990, p. 3.

⁴ G. Kaiser, *Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?*, *op. cit.*, p. 18 s., 48 s.

⁵ *Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs* (Loi pour la sécurité de la circulation routière), 19 déc. 1952, *BGBI I*, p. 832.

⁶ *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts: 2. Strafrechtsreformgesetz* (Deuxième loi de réforme du droit pénal), 4 juil. 1969, *BGBI I*, p. 717, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1975.

⁷ Cette mesure a été profondément réformée et intensifiée par la loi du 17 avril 2007 sur la réforme de la surveillance de conduite et la modification des normes régissant l'internement de sûreté *a posteriori* (*Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung*), *BGBI I*, n° 13. V. *infra*, n° 426 s.

⁸ Son entrée en vigueur initialement prévue au 1^{er} janvier 1975 fut repoussée à deux reprises (par la loi du 30 juil. 1973, *BGBI I*, p. 909 ; et la loi du 22 déc. 1977, *BGBI I*, p. 3104). La mesure fut abrogée par la loi du 20 déc. 1984 de modification de la loi sur l'exécution des peines (*Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes (StVollzÄndG)*), *BGBI I*, p. 1654.

⁹ § 9 *StVollzG* (*Strafvollzugsgesetz* = Loi sur l'exécution des peines).

¹⁰ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts: 1. Strafrechtsreformgesetz* (Première loi de réforme du droit pénal), 25 juin 1969, *préc.*

loi a prévu la possibilité d'appliquer le sursis à l'exécution de la mesure de sûreté et a posé le principe de son imputation, principe qui connaîtra ensuite des restrictions¹. Elle a également abrogé l'internement en maison de travail. Surtout, elle a introduit le principe de proportionnalité dont l'importance a ensuite été soulignée par une décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 8 octobre 1985² qui constitue une étape décisive dans le développement libéral de la mesure de l'internement psychiatrique.

75. Approbation constitutionnelle du système dualiste. La théorie de la double voie a reçu l'approbation expresse de la Cour constitutionnelle fédérale après plusieurs durcissements significatifs du droit régissant l'internement de sûreté³. La décision du 5 février 2004⁴ a mis en avant la différence de fondement entre les peines et les mesures de sûreté : ces dernières n'étant pas une réponse à la culpabilité mais à la dangerosité du délinquant, elles n'étaient pas soumises aux principes régissant les peines, notamment l'interdiction de la rétroactivité⁵.

76. Système actuel. Le système allemand actuel peut être qualifié de compromis. En effet, le législateur allemand reste « attaché à la *peine* et au principe de culpabilité (*Schuldprinzip*) lequel, en tant que principe constitutionnel (*Verfassungsrechtlicher Grundsatz*), constitue toujours une garantie face aux excès de la réaction étatique ; mais il a bien vite compris que la seule application d'une peine, comme réponse méritée et proportionnée à une faute, ne pouvait suffire à satisfaire l'ensemble des objectifs assignés à la répression »⁶.

La troisième section de la partie générale du code pénal allemand est consacrée aux conséquences légales de l'infraction. Elle distingue entre les peines et les mesures de sûreté

¹ Par la loi du 13 avr. 1986: 23^e loi de modification du droit pénal – sursis à l'exécution de la peine (*Dreiundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – Strafaussetzung zur Bewahrung (23. StrÄndG)*), *BGBI. I*, p. 393.

² BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, BVerfGE 70, 297: v. not. S. Trechsel, « Zur unverhältnismäßigen Dauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und zum daraus folgenden Anspruch auf Entschädigung », *EuGRZ*, 1986, p. 543 s.; R. Marschner, « Folgerungen aus dem Beschluß des BVerfG zum Fall Paul L Stein », *RuP*, 1986, p. 18 s.; L. Eisel, « Zum Verhältnis von Freiheitsanspruch und Sicherheitsbedürfnis bei der Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus », *RuP*, 1986, 31 s.; R. Eickhoff, « Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht », *NStZ*, 1987, p. 65 s.; H. Müller-Dietz, « Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung », *JR*, 1987, p. 45 s. V. *infra*, n° 253.

³ V. *infra*, n° 86 et 87.

⁴ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc. V. infra*, n° 157.

⁵ V. plus en détail, *infra*, n° 156 s.

⁶ X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *Déviance et Société*, 2010/4, Vol. 34, p. 527 s.

(*Maßregeln der Besserung und Sicherung*), qui sont énumérées de manière exhaustive¹ au § 61. Elles forment un titre 6, dans lequel on trouve des règles communes à toutes les mesures, comme le principe de proportionnalité (§ 62), et une distinction entre les mesures privatives et les mesures non privatives de liberté. Les premières comprennent l'internement en hôpital psychiatrique (*Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, § 63), l'internement en établissement de désintoxication (*Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*, § 64) et l'internement de sûreté (*Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*, § 66 et suivants). Ces trois types d'internement sont régis par des dispositions communes relatives notamment à l'ordre dans lequel ils doivent être exécutés (§ 67), au passage d'une mesure vers une autre (§ 67a), au sursis (§ 67b) et à l'ajournement de leur exécution (§ 67c), à leur durée (§ 67d) ainsi qu'au réexamen dont ces mesures doivent faire l'objet (§ 67e). Les mesures non privatives de liberté sont la surveillance de conduite (*Führungsaufsicht*, § 68 et suivants), l'annulation du permis de conduire (*Entziehung der Fahrerlaubnis*, § 69 et suivants) et l'interdiction professionnelle (*Berufsverbot*, § 70 et suivants). Les §§ 71 et 72 concernent le prononcé des mesures de sûreté à titre autonome en l'absence de responsabilité pénale, ainsi que le cumul des mesures entre elles.

La mesure la plus controversée demeure l'internement de sûreté qui a joué un rôle central dans la genèse et l'expansion des mesures de sûreté.

B. L'emblème du principe dualiste : l'internement de sûreté

77. L'internement de sûreté (*Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*) revêt une importance particulière car sa création est, on l'a vu, intimement liée à l'introduction en droit pénal allemand du principe de la double voie. L'étude de sa genèse (1) s'avère d'autant plus intéressante qu'il occupe toujours, à l'heure actuelle, une place particulière au sein du système des sanctions. C'est en effet une mesure controversée, dont la compatibilité avec les principes juridiques fondamentaux peut être mise en doute. On ne peut par conséquent faire l'économie d'une réflexion sur sa légitimité (2).

¹ Il convient toutefois de souligner qu'à côté des peines et mesures de sûreté, le code pénal allemand comporte également les « mesures complémentaires » (*Nebenfolgen*) de l'infraction, qui s'apparentent à des mesures de sûreté. On y trouve par exemple la confiscation (§ 74 et suivants), les déchéances (§ 73 et suivants) ou les incapacités (§ 45). Un auteur range par ailleurs parmi les mesures de sûreté deux peines accessoires prévues par des lois spéciales, à savoir l'interdiction de la possession d'animaux (§ 20 *Tierschutzgesetz*) et le retrait du permis de chasser (§ 41 *Bundesjagdgesetz*) : v. B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, op. cit., p. 270.

1. La genèse de l'internement de sûreté

78. Projets de loi introduisant l'idée de l'internement de sûreté. En 1911, les tenants de l'École classique Wilhelm Kahl et Franz von Liszt publiaient un « contre-projet à l'avant-projet » du code pénal allemand, dans lequel ils avançaient l'idée d'un internement dans un établissement de rétention pour les individus présentant toujours un état dangereux après l'exécution de leur peine. Les projets de loi de 1913 et 1919 contenaient pour la première fois une référence à un « internement de sûreté » (*Sicherungsverwahrung*).

Parmi les arguments avancés pour justifier l'introduction de l'internement de sûreté dans le code pénal figurait la nécessité d'une intervention du juge pénal pour décider d'une atteinte aussi importante à la liberté individuelle¹. Aussi, le projet d'un code pénal allemand général de 1930, présenté au *Reichstag* par Kahl, retenait-il la compétence exclusive du juge pour ordonner un internement de sûreté. Le critère déterminant pour l'application de la mesure n'était pas la dangerosité mais la « sécurité publique ». Rappelons que jusqu'à la fin de la République de Weimar, la doctrine majoritaire rangeait les mesures préventives au sein du droit de la police ou du droit administratif.

79. Création de la mesure sous le régime totalitaire. L'internement de sûreté a finalement été introduit par la loi du 24 novembre 1933² dans le code pénal impérial³, à côté d'autres mesures privatives et non privatives de liberté. Outre une aggravation de la peine (§ 20a), le § 42e prévoyait à l'égard des « *délinquants d'habitude dangereux* » le prononcé obligatoire d'un internement aux fins de sûreté⁴. Ce dernier, illimité dans sa durée⁵, devait perdurer aussi longtemps que sa finalité – la protection de la sécurité publique – le requérait⁶.

¹ En ce sens, Exner considérait que les mesures de sûreté, en tant qu'armes efficaces du système pénal, devaient être mises entre les mains du juge pénal: v. F. Exner, « Die bessernden und sichernden Maßregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Mitberücksichtigung des schweizerischen Entwurfs von 1918 », *op. cit.*, p. 185; cité par H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, *op. cit.*, p. 72.

² V. *supra*, n° 68.

³ § 20a et § 40e du code pénal impérial.

⁴ Les conditions d'application de la mesure étaient les suivantes : d'une part, le « *criminel d'habitude dangereux* » (terme non défini par la loi) devait avoir été condamné à une peine aggravée pour cause de récidive ; d'autre part, il fallait que la « sécurité publique » requière une telle mesure. Lorsque ces conditions étaient remplies, l'internement de sûreté devait être ordonné de manière obligatoire. En l'absence de condamnations antérieures, son prononcé était, au contraire, facultatif.

⁵ Plusieurs projets de loi avaient pourtant insisté sur la nécessité d'un nouveau prononcé de la mesure à l'issue d'une durée maximale de trois ans : § 46 des projets de 1922 et 1925 ; § 60 du projet de 1927. La loi de 1933 constituait donc un durcissement important sur ce point.

⁶ § 42f du code pénal impérial.

Le tribunal devait vérifier tous les trois ans si l'objectif de la mesure était atteint¹. Globalement, la loi de 1933 était nettement plus sévère que les projets de lois qui l'avaient précédée².

Les nationaux-socialistes s'affranchissaient en outre du respect de l'autorité de la chose jugée en prévoyant, par une disposition transitoire de la loi, que l'internement de sûreté s'appliquerait également aux personnes pour lesquelles la mesure n'avait pas été prononcée par la juridiction (« cas anciens », *Altfälle*)³. Cette disposition dérogeait au principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères inscrit au § 2 du code. Elle reflétait l'orientation générale de la loi dont l'internement de sûreté constituait le dispositif le plus sévère.

80. Application de la mesure en période totalitaire. Dans la pratique, l'internement de sûreté a été utilisé de manière extensive et dénuée de scrupules par les nationaux-socialistes⁴. Après le début de la guerre, les demandes de remise en liberté ont été systématiquement rejetées. Les personnes internées aux fins de sûreté ont été déportées dans des camps de concentration, où beaucoup d'entre elles ont trouvé la mort⁵.

Indépendamment de ces abus, liés au régime totalitaire, l'internement de sûreté a été la mesure la plus emblématique de l'instauration du système dualiste. Elle a permis de s'affranchir de toutes les contraintes découlant du régime de la peine (lien avec la culpabilité, durée limitée, soumission au principe de non-rétroactivité notamment), tout en pouvant se cumuler avec celle-ci. Elle est tout à fait représentative de l'utilitarisme qui caractérise la « double voie ».

81. L'internement de sûreté après la guerre. Parmi les mesures transposées dans le code pénal de 1953⁶, déjà évoqué⁷, figurait l'internement de sûreté, amputé toutefois de sa forme la plus sévère, l'internement *a posteriori*. Ce dernier a été supprimé pour des raisons

¹ § 42f, al. 3 du code pénal impérial.

² V. J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 17. V. aussi les motifs de loi, *Deutscher Reichsanzeiger*, n° 277, 27 nov. 1933, p. 2.

³ Art. 5, n° 2 de la loi relative aux délinquants d'habitude.

⁴ Pour donner un ordre d'idées, les chiffres des personnes internées pendant la période totalitaire étaient les suivants : 3.723 en 1934 ; 1.464 en 1935 ; 946 en 1936 ; 765 en 1937 ; 964 en 1938 ; 1.827 en 1939 ; 1.916 en 1940 ; 1.651 en 1941 ; 1.095 en 1942. Source : J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 20.

⁵ Pour des chiffres exacts, v. T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 25.

⁶ Les dispositions des anciens § 20a et 42e du code pénal impérial ont été reprises telles quelles, à l'exception de la réglementation transitoire permettant d'appliquer l'internement de manière rétroactive, contenue à l'art. 5 de la loi relative aux délinquants d'habitude.

⁷ V. *supra*, n° 71.

éthiques et en raison des doutes existant sur sa conformité à la constitution (*Verfassung*)¹. La nouvelle République fédérale a ainsi maintenu la *Sicherungsverwahrung* dans son droit positif, en dépit des questions que soulevait sa conformité aux principes posés par la nouvelle Loi fondamentale (*Grundgesetz*)².

Adoptée pour rompre avec les principes en vigueur sous le régime national-socialiste et mettre l'accent sur le caractère démocratique du nouveau régime, cette dernière était en effet fondée sur la dignité humaine³ et la garantie des libertés individuelles. Le fait que la mesure la plus sévère du système de sanctions pénales ait survécu à la chute du régime totalitaire témoigne sans doute de l'utilité du système dualiste dans son ensemble, déjà mise en avant par les projets de réforme antérieurs⁴.

82. Première réforme de la mesure. Conformément aux principes démocratiques, la resocialisation du délinquant primait désormais sur son élimination. Il a cependant fallu attendre la réforme du 25 juin 1969⁵ pour que les conditions d'application de la mesure soient resserrées, en application du principe de proportionnalité.

Lors de la préparation de cette loi, le système de la double voie a été remis en question par une partie de la doctrine qui a réclamé la création d'une « peine de sûreté »⁶. Néanmoins, l'internement de sûreté n'a pas été abrogé au moment de la réforme, le Parlement se contentant d'encadrer plus précisément sa mise en œuvre⁷. Le but était de limiter l'application

¹ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 26.

² V. p. ex. T. Würtenberger (sen.), « Humanität als Strafrechtswert », in: T. Würtenberger, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, 1970, p. 1. La version originale est apparue dans la *Süddeutsche Juristenzeitung*, n° 3, 1948, p. 650 s. Un auteur fait également remarquer que les alliés (sauf les britanniques) se prononçaient dans un premier temps pour l'abrogation de l'internement de sûreté illimité dans le temps qui était considéré comme représentatif du mépris des libertés individuelles par les nationaux-socialistes : v. T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 26, note 124.

³ Art. 1, al. 1 Loi fondamentale.

⁴ V. *supra*, n° 64 s.

⁵ *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. Strafrechtsreformgesetz)*, 25 juin 1969, *BGBI*, I, p. 645; entrée en vigueur au 1^{er} avril 1970.

⁶ En ce sens, v. p. ex. E. Dreher, « Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln », *ZStW*, 1953, n° 65, p. 481; H. Dünnebier, « Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuches », *ZStW*, 1960, n° 72, p. 32. Même plus récemment, un auteur a préconisé de remplacer l'internement de sûreté par une peine privative de liberté plus longue ou par le recours à l'internement psychiatrique lorsque l'intéressé souffre de troubles psychiques : J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 598.

⁷ J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », art. cit., p. 209 s.

de la mesure pour en faire l'*ultima ratio* du droit pénal et de la réserver aux délinquants véritablement dangereux pour lesquels elle serait indispensable¹.

Les conditions de son prononcé ont par conséquent été définies plus étroitement (en ce qui concerne les condamnations antérieures, les peines exécutées, et le *quantum* de la peine encourue). Le moment de l'établissement du pronostic de dangerosité a été modifié (la dangerosité devant désormais être constatée au jour du jugement et non au jour de la libération de prison) et la nécessité de démontrer un risque de commission d'infractions graves a été imposée. Le § 67d du code pénal prévoyant désormais que la persistance de la dangerosité de la personne à l'issue de l'exécution de la peine serait déterminante pour la mise à exécution de la mesure prononcée, un changement dans le pronostic de dangerosité ne pouvait que jouer en faveur de l'intéressé. La loi a également institué un réexamen de la situation de la personne internée tous les deux ans.

Cette première réforme a permis de répondre aux critiques² portant sur le champ d'application de la mesure. Celle-ci était en effet trop souvent prononcée pour des délits sans réelle gravité, présentant simplement une gêne pour la société, comme certains délits contre les biens³.

83. Deuxième réforme de la mesure. La « deuxième loi de réforme du droit pénal » du 4 juillet 1969⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975, n'a pas modifié la substance de l'internement de sûreté⁵. L'internement de sûreté ordonné pour la première fois a été limité à une durée de dix ans, en raison des exigences constitutionnelles de proportionnalité et de précision de la norme pénale⁶. À la suite de cette réforme, la mesure a été considérée comme l'*ultima ratio* de la politique criminelle, avec une réglementation suffisamment stricte pour être limité aux délinquants les plus redoutés⁷. Le nombre de personnes placées en internement

¹ V. Deutscher Bundestag, *Drucksache* V/4094, p. 18; G. Neu, *Die Sicherungsverwahrung nach der Strafrechtsreform*, Münster, 1976, p. 101 s.

² Sur ces critiques, v. J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, *op. cit.*, p. 21.

³ V. J. Hellmer, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, Berlin, 1961, p. 22 s.; Ch. Müller, *Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933, Kriminalpolitik als Rassenpolitik*, Baden Baden, Nomos-Verlag, 1997, p. 63.

⁴ *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. Strafrechtsreformgesetz)*, 4 juil. 1969, *BGBI*, I, p. 717.

⁵ La mesure sera transférée quasiment inchangée du § 42e au § 66 du code pénal.

⁶ V. Deutscher Bundestag, *Drucksache* 7/2222, p. 2 s.

⁷ R. Rissing-van Saan, « Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR », in: M. Heinrich *et al.* (dir.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin*, vol. 2, De Gruyter, Berlin, 2011, p. 1173 s.

de sûreté a, par conséquent, nettement baissé¹ et la mesure est entrée en une phase de sommeil².

84. L'internement de sûreté en République Démocratique d'Allemagne. La République Démocratique d'Allemagne (RDA) n'a connu l'internement de sûreté que brièvement après la guerre. Le Tribunal supérieur (*das Oberste Gericht*) l'a en effet abrogé dans sa décision du 23 décembre 1952 en raison de son « contenu fasciste » car elle se fondait sur des typologies de délinquants. Selon les hauts magistrats est-allemands, le « droit pénal démocratique rejette [...] le terme de délinquant d'habitude »³. Après la réunification, l'internement de sûreté a été introduit dans les « nouveaux Länder » en vertu d'une loi sur l'unification du droit de l'internement de sûreté du 16 juin 1995⁴.

85. Renaissance de la mesure. Jusqu'au milieu des années 1990, l'internement de sûreté était rarement ordonné⁵. Mais à la suite d'une série d'affaires criminelles abondamment relatées par les médias⁶ – malgré l'absence d'une augmentation quantitative de la criminalité – l'opinion publique a réclamé un durcissement des lois relatives à la délinquance sexuelle. Le discours politique a fait écho à l'inquiétude de la population. C'est ainsi que l'ancien

¹ Le nombre de mesures prononcées recule de 200 dans les années 60 à 30-50 par an ; le nombre de personnes internées recule de 900 à 180-200 dans les années 80/90. V. T. Bartsch, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Nomos, 2010, p. 34; H. Schöch, « Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten », in: M. Heinrich et al. (dir.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin*, op. cit., p. 1193 s.

² Pour illustration, le nombre de personnes internées a évolué comme suit : 150 en 1951 ; 318 en 1953 ; 572 en 1958 ; 905 en 1964 ; 337 en 1975 ; 190 en 1985 ; 182 en 1990. Source : J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 130 s.

³ OG, 23 déc. 1953, NJ 1953, p. 54, cité par J. Kinzig, « Nachträgliche oder vorbehaltene Sicherungsverwahrung. Tragfähiges Konzept oder populärer Aktionismus? », in: *Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen: Sicherheit durch Strafe? Öffentlicher Strafanspruch zwischen Legalitätsprinzip und Opferinteresse*, 26. Strafverteidigertag, Mainz, 2002, p. 89 s.

⁴ *Gesetz zur Rechtsvereinheitlichung der Sicherungsverwahrung*, 16 juin 1995, BGBl, 1995 I, p. 818; la loi est entrée en vigueur le 1^{er} août 1995.

⁵ Sur l'évolution de la mesure, v. not. J. Kinzig, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Duncker & Humblot, 2^e éd., 2010; J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », art. cit., p. 209 s.; X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », art. cit., p. 527 s.; C. A. Kupferberg, « La Sicherungsverwahrung ou la rétention de sûreté allemande », *Dr. pén.*, 2008, étude 8. V. aussi R. Méssa, « Les mesures de sûreté post sententiam privatives et restrictives de liberté dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 839 ; P. Dourneau-Josette et F. Tulkens, « La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Déviante et société*, 2010, p. 691 s.

⁶ Rappelons notamment l'affaire *Dutroux* en Belgique en 1996 (plusieurs viols et meurtres commis sur des enfants et jeunes adolescents), et les affaires d'agression sexuelle et de meurtre concernant *Natalie Astner* en Bavière en 1996 et *Kim* en Basse-Saxe en 1997. V. J. Kinzig, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, op. cit., p. 9 s.

chancelier allemand Gerhard Schröder a proclamé ouvertement que les délinquants dangereux « d[evai]ent être enfermés, et ceci pour toujours »¹.

En dépit des réticences exprimées par plusieurs auteurs à l'égard d'un élargissement du domaine de l'internement de sûreté², la loi « de lutte contre la délinquance sexuelle et autres infractions dangereuses » (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*) a été adoptée le 26 janvier 1998³. Elle a marqué un tournant dans la politique criminelle qui a alors affiché une orientation sécuritaire plus marquée et fortement critiquée par la doctrine⁴.

Elle a été à l'origine d'un durcissement considérable du droit, élargissant les cas dans lesquels l'internement pouvait être ordonné et supprimant la durée maximale de dix ans pour le premier prononcé de la mesure. Pour certaines infractions (énumérées au § 66, alinéa 3), une seule réitération suffisait désormais, alors que deux étaient auparavant exigées. La mesure est devenue en outre applicable en cas de commission de deux (et non plus de trois) infractions non séparées entre elles par un jugement. L'aspect le plus sévère de la loi a été son application rétroactive aux personnes d'ores et déjà internées au moment de son entrée en vigueur. Cette rétroactivité a reçu l'approbation de la Cour constitutionnelle qui a jugé, dans la décision précitée du 5 février 2004, que l'internement de sûreté n'était pas une peine soumise à l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale relatif au principe de non-rétroactivité de la loi pénale⁵.

On a alors assisté à une véritable « renaissance de l'internement de sûreté »⁶, confortée et accentuée par les interventions législatives qui ont suivi.

86. Extensions progressives de la mesure. Certains estimaient que la loi de 1998 n'allait pas encore assez loin¹. Pour les cas dans lesquels la dangerosité se révèle après la

¹ Gerhard Schröder en 2001, extrait du journal « *Die Zeit* » du 17 juin 2003.

² *Protokolle der 93. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 8.9.1997*, positions exprimées par Kempf (p. 1), Kinzig (p. 4), Schöch (p. 9), Deutscher Bundestag, *Drucksache* 13/9062, 13 nov. 1997.

³ *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, 26 janv. 1998, *BGBI*, I, p. 160.

⁴ H.-J. Albrecht, « Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform », *ZStR*, 1999, 111, p. 863 (affirmant que les intérêts sécuritaires dominent désormais le droit à la liberté) ; H. J. Schneider, « Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern », *JZ*, 1998, p. 436 (dénonçant le fait que la volonté de rassurer rapidement la population prenne le pas sur les recherches à long terme dans le domaine criminologique et victimologique).

⁵ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc. V. infra*, n° 157.

⁶ Pour ce constat, v. entre autres : K. Laubenthal, « Die Renaissance der Sicherungsverwahrung », *ZStW*, n° 116, 2004, p. 703 s.; H. Baier, « Grenzenlose Sicherheit? Die Unterbringung gefährlicher Straftäter zwischen Bundes- und Landesrecht », *Jura*, 2004, p. 552 s.

condamnation, la création d'un internement de sûreté *a posteriori* (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), prenant en compte le comportement du délinquant pendant sa détention et susceptible d'être ordonné à la fin de l'exécution de sa peine, a alors été proposé². Un premier projet a été rejeté par le Conseil fédéral (*Bundesrat*) pour des raisons d'incompatibilité avec les principes fondamentaux³. Certains *Länder* ont alors introduit la *Sicherungsverwahrung a posteriori* en tant que mesure de police⁴ – relevant en tant que telle de la compétence du législateur du *Land*, en ce qu'elle avait pour finalité la défense de la société en dehors du droit pénal⁵.

Parallèlement, le Parlement fédéral (*Bundestag*) a adopté le 21 août 2002 une loi⁶ établissant l'internement de sûreté « sous réserve » (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*)⁷ au niveau national. Le tribunal peut dorénavant, lors du jugement de condamnation à une peine privative de liberté, se réserver la possibilité de prononcer un internement de sûreté à l'issue de l'exécution de la peine s'il est impossible de constater la dangerosité avec certitude au moment du jugement. La mesure a été ensuite étendue aux jeunes adultes (*Heranwachsende*)⁸ jugés selon le droit pénal commun par une loi du 27 décembre 2003⁹. La mesure leur est

¹ Pour ce constat, v. T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 34 s.

² Avant même l'adoption de la loi de 1998, un projet de loi bavarois préconisait l'introduction d'un internement *a posteriori* : v. *Gesetzesantrag des Freistaats Bayern*, 16 sept. 1997, Bundesrat, Drucksache 699/97.

³ V. Bundesrat, Drucksache, 876/96; 699/97; 144/00; 176/01. D'autres projets de loi ont malgré tout suivi avec la même proposition : v. p. ex. *Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg*, 13 mars 2000, Bundesrat, Drucksache 159/2000. Ce dernier a également été rejeté : v. Bundesrat, Drucksache 159/1/00.

⁴ V. p. ex. en Bade-Wurtemberg : la loi du 17 mars 2001 (*Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Straftäter*, GBl., p. 188) ayant introduit le § 1, al. 1 StrUBG; en Bavière : la loi du 24 déc. 2001 (*Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern*, BayGVBl, p. 978); en Thuringe : la loi du 17 mars 2003 (*Thüringer Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Straftäter*, GVBl., p. 195), en Saxe-Anhalt : la loi du 6 mars 2002 (*Gesetz über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, GVBl.LSA, p. 80).

⁵ Les *Länder* ont compétence législative en matière du droit de police, car celui-ci ne fait pas partie des domaines de compétence exclusivement réservés à l'État fédéral : v. l'art. 70 de la Loi fondamentale, combiné aux articles 73 et suivants. Les législateurs des *Länder* estimaient alors que l'internement *a posteriori* dans un but de défense sociale relevait du droit de police. V. plus en détail, U. Goll et R. Wulf, « Schutz vor besonders rückfallgefährdeten Straftätern: Das baden-württembergische Modell », *ZRP*, 2001, p. 284.

⁶ *Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung* (Loi pour l'instauration de l'internement de sûreté réservé), 21 août 2002, BGBl, I, p. 3344.

⁷ Création du § 66a StGB.

⁸ Le droit pénal allemand prend en compte la catégorie des « jeunes adultes » (*Heranwachsende*) qui ont entre dix-huit et vingt-et-un ans : § 1, al. 2 JGG (*Jugendgerichtsgesetz* = Loi sur la juridiction des mineurs). En raison de leur jeune âge, ils peuvent être soumis au droit pénal pour mineurs si les circonstances et leur personnalité le justifient (§ 105 JGG). Dans les autres cas, ils sont jugés selon le droit pénal commun. Cette décision relève du juge.

⁹ *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften*, 27 déc. 2003, BGBl, I, p. 3007. Cette loi a introduit le § 106, al. 3 et 4 à la loi sur la juridiction des mineurs (JGG).

devenue applicable en cas de condamnation à une peine d'au moins cinq ans, dans le cas où l'auteur est jugé dangereux¹ et présente une propension à la commission d'infractions².

Après que la Cour constitutionnelle fédérale a déclaré inconstitutionnelle les lois adoptées par certains *Länder*³ tout en incitant le législateur fédéral à intervenir pour combler le vide ainsi engendré, une loi du 23 juillet 2004⁴ a introduit l'internement de sûreté *a posteriori*⁵ à l'échelon fédéral⁶. Elle a exigé l'apparition, au cours de l'exécution de la peine, de faits nouveaux, révélateurs de la dangerosité de la personne (*Nova*), et qui ne pouvaient être connus par le tribunal lors du jugement⁷. Une loi du 13 avril 2007⁸ a précisé que le juge pouvait également prendre en compte des faits connus au moment du jugement, si celui-ci est intervenu avant la consécration légale de l'internement *a posteriori*. Cette rétroactivité des nouveaux cas d'internement a été admise par la Cour constitutionnelle fédérale⁹, en dépit de la ressemblance de ce dispositif avec la réglementation nazie. Cette forme d'internement *a*

¹ La différence avec le droit commun réside dans le fait que la dangerosité est ici déjà constatée au moment du jugement, étant donné que l'internement de sûreté *ab initio* est inapplicable aux jeunes auteurs.

² Cette condition se distingue également de l'internement sous réserve applicable selon le droit commun, pour se rapprocher davantage de l'internement *ab initio*. Sur ces différentes formes d'internement de sûreté, v. en détail, *infra*, n° 298 s.

³ BVerfG, 10 fév. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190. Pour un commentaire de la décision, v. not.: J. Kinzig, « An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG », *art. cit.*, p. 911 s.; M. Sachs, « BVerfG: Staatsorganisationsrecht – Gesetzgebungskompetenzen », *JuS*, 2004, p. 531; K. F. Gärditz, « Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht? », *NVwZ*, 2004, p. 693 s.; M. Krüger, « Nachträgliche Sicherungsverwahrung - Nachruf und Ausblick », *NJ*, 2004, p. 295 s.; H. Baier, « Grenzenlose Sicherheit? Die Unterbringung gefährlicher Straftäter zwischen Bundes- und Landesrecht », *art. cit.*, p. 552 s.; Ch. Pestalozza, « Die wider Willen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 605 s.; H. Schulz, « Sicherungsverwahrung im Wandel - Entwicklung zur gegenwärtigen Rechtslage und Ausblicke unter dem Stichwort "Vorrang der Sicherheit" », *art. cit.*, p. 247 s.; T. Lieber, « Kompetenzüberschreitung in Karlsruhe - Das Bundesverfassungsgericht und der Rechtsstaat », *FoR*, 2005, 20 s.; I. K. Passek, « Sicherungsverwahrung im Wandel - Neuregelungen der §§ 66, 66a und 66b StGB », *art. cit.*, p. 96 s.; K. F. Gärditz, « Gesetzgebungskompetenzfragen der Straftäterunterbringung », *BayVBl*, 2006, p. 231 s.; T. Hörnle, « Verteidigung und Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 383 s.; L. Böllinger, « Gefährlichkeit als iatrogene Krankheit – Die Sicherungsverwahrung befördert, wovon sie vorgibt zu schützen », *art. cit.*, p. 73 s. V. plus en détail, *infra*, n° 158.

⁴ *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* (loi instaurant l'internement de sûreté *a posteriori*), 23 juil. 2004, *BGBI*, I, p. 1838.

⁵ Pour une critique de cette forme d'internement de sûreté, v. not. J. Kinzig, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, p. 314 s.; « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *NJW*, 2011, p. 177 s., spéc. p. 180; J. Leblois-Happe, J. Walther, X. Pin, « Chronique de droit pénal allemand », *RIDP*, 2005, p. 149 s.; *idem*, 2006, p. 739 s.

⁶ Elle introduit un § 66b au StGB.

⁷ La mesure était alors ordonnée lors d'une nouvelle audience principale, et après une expertise conformément au § 275a, al. 4, 1^{ère} phrase StPO.

⁸ *Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung* (loi de réforme de la surveillance de conduite et de l'internement de sûreté *a posteriori*), 13 avr. 2007, *BGBI*, I, p. 513.

⁹ BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, BVerfGK 9, 108, n° 111. Sur cette décision, v. *infra*, n° 159.

posteriori était même applicable aux délinquants primaires¹, ce qui pouvait paraître d'autant plus étonnant que cette possibilité n'existait même pas pour l'internement *ab initio*².

L'internement *a posteriori* a été étendu par une loi du 8 juillet 2008³ aux délinquants mineurs ayant été condamnés à une peine d'au moins sept ans pour l'un des crimes énumérés par le § 7 de la loi sur la juridiction des mineurs (JGG).

87. Pérennité du système dualiste. On a donc assisté, entre 1998 et 2008, à un élargissement considérable du champ d'application de l'internement de sûreté au moyen de six lois qui ont fait prévaloir les intérêts sécuritaires de la collectivité sur le droit individuel à la liberté⁴. À l'issue de ces réformes, l'internement pouvait être prononcé *ab initio*, en même temps que la condamnation ; son prononcé pouvait être *réservé* par les juges pour qu'ils puissent statuer sur la dangerosité éventuelle de l'auteur à l'issue de l'exécution de sa peine ; ou encore, et c'était la forme la plus sévère, il pouvait être prononcé *a posteriori*, si le condamné se révélait dangereux au cours de l'exécution de sa peine. En outre, le nombre et la gravité des infractions antérieures ont été diminués pour que la mesure puisse s'appliquer à des primo-délinquants et à des personnes condamnées à des peines relativement faibles.

Ces extensions ont été approuvées par la Cour constitutionnelle fédérale qui s'est fondée sur la finalité exclusivement protectrice de la société de la mesure qu'elle a considérée comme n'étant ni afflictive ni infamante⁵. Bien que la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) ait reconnu qu'il s'agissait là de la « *sanction la plus grave prévue par le droit pénal au sens large* »⁶, la jurisprudence allemande a eu tendance à faire prévaloir les intérêts collectifs sur ceux de l'individu présumé dangereux⁷. L'allongement de la durée de l'internement et la

¹ § 66b, al. 2 StGB, ancienne version.

² V. J. Kinzig, *Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, p. 53.

³ *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht* (loi pour l'instauration de l'internement *a posteriori* en cas de condamnation selon le droit pénal pour mineurs), 8 juil. 2008, *BGBI*, I, p. 1212.

⁴ Pour une critique de cette politique « populiste », v. H. Merk, « Ländergesetze zur nachträglichen Sicherungsverwahrung - Beispiel für verfassungswidrigen symbolischen Aktionismus », *KritV*, 2004, p. 150.

⁵ V. *infra*, n° 157 s.

⁶ BGH, 22 fév. 2006, 5 StR 585/05, BGHSt 50, 373, *NJW*, 2006, p. 1442. Pour une définition de l'acception large du droit pénal (*Strafrecht im weiteren Sinne*), v. BVerfG, 10 fév. 2004, 2 BvR 834/02 et 2 BvR 1588/02. Dans un autre arrêt, la Cour fédérale de justice a affirmé de manière similaire qu'il s'agissait de « la sanction du code pénal impliquant la plus grande atteinte au droit à la liberté » : BGH, 21 déc. 2006, 3 StR 396/06, *NJW*, 2007, p. 1148 ; *JZ*, 2007, p. 1004, note Kinzig.

⁷ V. *infra*, n° 161 s.

multiplication des modalités de son prononcé¹ ont entraîné le doublement du nombre des personnes internées en une décennie, avec une tendance toujours croissante².

Ce mouvement de durcissement témoigne de la pérennité du système dualiste en droit allemand, voire de son renforcement à l'époque contemporaine. Les mesures de sûreté occupent une place grandissante, laissant transparaître l'orientation sécuritaire de la politique pénale dans son ensemble. Le fait que la mesure la plus sévère, l'internement de sûreté, ait connu une telle expansion n'est pas anodin. Son évolution montre la volonté du législateur de lutter contre le phénomène criminel en multipliant les réponses pénales, surtout face aux délinquants « dangereux »³. Cet état du droit a néanmoins été remis en cause à partir de 2009, à la suite de plusieurs condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme⁴.

Parmi les mesures de sûreté existantes, l'internement de sûreté est celle dont la légitimité a été la plus vivement contestée.

¹ Un auteur estime que cette extension progressive aurait pu être évitée au moins partiellement, si la mesure de l'internement en centre socio-thérapeutique, évoquée plus haut (v. *supra*, n° 73) avait été maintenue et utilisée telle qu'elle a été conçue à l'origine : H. Schöch, « Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten », *art. cit.*, p. 1193 s.

² V. Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois (...) sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, Sénat, doc. n° 420, La Doc. fr., 22 juin 2006. Globalement, on observe une croissance du nombre de personnes internées ces deux dernières décennies, avec toutefois un léger recul en 2011 et 2012 qui est certainement dû aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant condamné l'Allemagne (v. *infra*, n° 95 s.). Par la suite, le nombre de personnes internées est remonté. Le nombre de personnes se trouvant en internement de sûreté le 31 mars 2015 était de 521 (v. *Stat. Bundesamt, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges*, 31 mars 2015, p. 7), contre 182 en 1990 (Source : J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, *op. cit.*, p. 130 s.); 310 le 31 mars 2003; 324 le 31 mars 2004; 340 le 31 mars 2005; 380 le 31 mars 2006; 415 le 31 mars 2007; 435 le 31 mars 2008; 476 le 31 mars 2009; 524 le 31 mars 2010; 487 le 31 mars 2011; 445 le 31 mars 2012; 475 le 31 mars 2013 (Source: Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres*, Wiesbaden, 2013) et 498 le 31 mars 2014 (v. *Stat. Bundesamt, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges*, 31 mars 2014, p. 7). Pour des statistiques exactes, v. : <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrte.html> [dernière consultation le 12 août 2015].

³ Sur la notion de délinquant dangereux et, plus largement, de dangerosité, v. *infra*, n° 683 s.

⁴ V. *infra*, n° 95 s.

2. La légitimité controversée de l'internement de sûreté

88. L'internement de sûreté n'a, depuis ses premières apparitions dans les théories doctrinales, jamais cessé de soulever des controverses. Du fait de la longue histoire de la mesure en Allemagne, ces controverses sont susceptibles de nourrir les interrogations plus récentes sur la rétention de sûreté française¹.

La nécessité d'instaurer l'internement de sûreté a été justifiée par plusieurs arguments qui n'ont pas suffi à vaincre les réticences manifestées par la doctrine à son égard.

89. **Arguments en faveur de la mesure.** La limite de l'efficacité des peines tient notamment à leur durée limitée et au nécessaire respect du principe de non-rétroactivité. De plus, il est incontestable qu'une mesure de sûreté seulement restrictive de liberté ne saurait effectivement empêcher la réalisation de certaines infractions. Il a donc paru nécessaire de compléter l'arsenal répressif par une mesure de sûreté privative de liberté permettant de contourner les limites évoquées. Certaines études menées en Allemagne ont en outre montré que l'internement de sûreté était, dans la plupart des cas, appliqué à des personnes ayant commis des crimes graves, puisque la durée moyenne de la peine privative de liberté prononcée à leur encontre était de sept ans et demi, voire de plus de dix ans pour un cinquième d'entre elles². Ce qui était critiqué (et critiquable) était avant tout l'application de la mesure aux récidivistes commettant des « petits délits »³, le domaine de l'internement n'ayant été limité aux cas d'atteintes corporelles ou morales graves que par les réformes les plus récentes⁴.

90. **Les réticences manifestées par la doctrine : les doutes sur la compatibilité avec l'État de droit.** Malgré ces arguments, il n'est pas certain qu'une telle mesure respecte les règles de l'État de droit. On constate actuellement un succès considérable de l'École positiviste⁵ dans les pays démocratiques qui, au nom de la défense de la société, développent un contrôle social tendant à se fonder exclusivement sur la dangerosité. Or, l'influence de cette École a marqué certains régimes totalitaires. L'expansion de l'internement de sûreté, qui

¹ V. *infra*, n° 136 s.

² Pour une analyse approfondie, v. J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, *op. cit.*, p. 247 s. V. aussi J. Kern, *Brauchen wir die Sicherungsverwahrung – Zur Problematik des § 66 StGB*, Francfort/ Main, Peter Lang, 1997, p. 189.

³ J. Kern, *Brauchen wir die Sicherungsverwahrung – Zur Problematik des § 66 StGB*, *op. cit.*, p. 25.

⁴ V. *infra*, n° 97.

⁵ Sur cette École, v. *supra*, n° 28.

est fondé sur un « diagnostic » de la dangerosité¹ et non sur des preuves de la culpabilité, illustre très bien cette évolution. Le pronostic de récidive, qui représente une simple probabilité, ne laisse pas de place à la preuve contraire².

N'oublions pas non plus que cette mesure constitue une contrainte qui s'ajoute à la peine – une sorte de « sacrifice spécial » (*Sonderopfer*) au profit de la société – qui doit de ce fait revêtir le caractère d'*ultima ratio* et obéir à des conditions strictes³. Pour certains auteurs, la mesure représente une seconde punition de l'auteur d'une infraction qui a déjà purgé sa peine, ce qui est contraire au principe *ne bis in idem*⁴. Peu importe le terme employé pour désigner la mesure, seul compte le ressenti de la personne concernée. La mesure a également, comme la peine, des effets néfastes sur la santé de la personne, du fait de son enfermement de longue durée. Il peut en outre paraître disproportionné de retenir l'individu pour une durée indéterminée, au-delà de sa culpabilité⁵.

On peut également faire valoir que l'internement de sûreté se prête à un usage arbitraire de la part des juges, qui peuvent être tentés de se laisser guider par leurs considérations personnelles.

Certains auteurs vont même plus loin en affirmant que la personne visée est ravalée au statut d'objet des mesures utilitaristes et sécuritaires⁶, ou de « moyen servant l'intérêt des autres »⁷. D'autres encore estiment que le délinquant qui fait l'objet de cette mesure est traité comme du « matériel inutilisable, qu'il faut neutraliser »⁸. Or pour le philosophe allemand Hegel, la peine est un droit pour le criminel, car en le punissant « on l'honore comme être raisonnable », ce qui n'est pas le cas « s'il n'est considéré que comme une bête nuisible qu'il faut mettre hors d'état de nuire, ou qu'on cherche à effrayer ou amender »⁹. La mesure de

¹ V. *infra*, n° 287 s. et 299 s.

² En quelque sorte, on se trouve confronté à une présomption irréfragable de dangerosité, qui fonde ici une privation totale de liberté, qui au surplus est indéfiniment renouvelable. Est-ce compatible avec la présomption d'innocence ? Sur cette question, v. *infra*, n° 660 s.

³ V. M. H. W. Möllers, « Die "Einkesselung" des EGMR durch BVerfG und BGH bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung – "Präventionshaft" als Instrument grenzenloser Sicherheit? », *ZRP*, 2010, p. 153.

⁴ T. Weichert, « Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß ? », *StV*, 1989, p. 265.

⁵ G. Kaiser, *Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?*, *op. cit.*, p. 32.

⁶ En ce sens, v. entre autres G. Grünwald, « Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf von 1962 », *ZStW*, 1964, 76, p. 633 s., spéc. 639; J. Hellmer, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, *op. cit.*, p. 361; H.-H. Jescheck, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957, p. 22.

⁷ H. Mayer, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953, p. 380.

⁸ J. Hall, in: H.-H. Jescheck, Th. Würtenberger (dir.), *Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1958, p. 127.

⁹ G. W. F. Hegel, *Principes de philosophie du droit*, trad. A. Kaan, Paris, Gallimard, 1940, § 100, p. 135 s. Pour la version originale, v. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, vol. 8, Duncker und Humblot, 1833, § 100, p. 140.

sûreté, contrairement à la peine, ne prend pas en compte la nature de l'acte comme donnée première, entraînant ainsi, selon certains, une éclipse de l'imputabilité¹.

91. La question de la continuité entre le dispositif national-socialiste et l'internement de sûreté actuel. Se pose alors inéluctablement la question du caractère spécifiquement national-socialiste de l'internement de sûreté. L'abus que l'Allemagne totalitaire a fait de cette mesure est source de grandes réserves à son égard. Il convient dès lors d'examiner s'il existe une continuité entre le dispositif nazi et les dispositifs actuels.

92. Arguments en faveur du caractère national-socialiste de la mesure. Dans le code pénal impérial de 1871, les mesures de sûreté étaient inexistantes, en raison du principe de culpabilité² qui dominait le droit pénal. Pendant la République de Weimar, les hommes politiques étaient réticents à l'égard de l'internement de sûreté, car ils redoutaient une perte en sécurité juridique. Ils critiquaient déjà la difficile distinction entre peine et mesure de sûreté, le principe d'un enfermement d'une personne ayant purgé sa peine, et l'impossibilité de prévoir la criminalité future avec certitude³. Un auteur parlait de « duperie des étiquettes » (*Etikettenschwindel*)⁴.

La loi de 1933 présentait donc une innovation et procédait d'ailleurs, on l'a vu, d'un durcissement radical du droit par rapport aux projets de loi qui l'ont précédée⁵ : elle prévoyait des conditions de mise en œuvre très larges, ce qui rendait l'internement de sûreté facilement applicable, le texte prévoyant même la possibilité d'un internement de sûreté *a posteriori*. De plus, la détention de sûreté⁶ comportait, dans les autres pays, des conditions plus strictes et était mise en œuvre de façon plus exceptionnelle⁷. La « loi contre les criminels d'habitude » (*Gewohnheitsverbrechergesetz*) était donc effectivement une loi à caractère national-socialiste.

Mais l'influence de la pensée nazie s'est encore fait sentir après 1945 : l'internement était utilisé de manière très large, et l'usage qui en avait été fait par les nationaux-socialistes ne faisait pas l'objet de critiques systématiques. Au contraire, certains auteurs continuaient même

¹ V. P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC*, 2007, p. 797.

² Sur le principe de culpabilité, v. *infra*, n° 604 s.

³ J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, *op. cit.*, p. 15.

⁴ E. Kohlrausch, « Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand », *ZStW*, 1924, n° 44, p. 21 s., spéc. p. 33.

⁵ V. *supra*, n° 79 s.

⁶ Rappelons que l'expression « détention de sûreté » est employée comme terme générique désignant la mesure dans tous les pays.

⁷ J. Hellmer, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, *op. cit.*, p. 294 s.

à préconiser une application plus étendue de la mesure¹, en utilisant parfois des termes choquants, comme « élimination des auteurs »². La mesure dans ses modalités pratiques présentait donc pendant longtemps des reliques aux fondements juridiques douteux³.

Rappelons que c'est seulement à partir de la première réforme du droit pénal allemand en 1969⁴, restreignant son domaine, que le chiffre des personnes internées a diminué. Mais cette rupture dans la pratique de l'internement de sûreté n'a pas été de longue durée, puisqu'en 1998 celui-ci a connu un renouveau⁵. La loi qui présente le plus de traits communs avec le dispositif nazi est, en définitive, celle de 2004 qui a réintroduit l'internement de sûreté *a posteriori*, mesure qui avait été supprimée après 1945 pour des raisons constitutionnelles⁶. Un auteur remarque que la réglementation issue de la loi de 2004 va même plus loin que la loi de 1933, puisque celle-ci ne prévoyait cette mesure « qu'à titre transitoire »⁷. Cette continuité oblige aujourd'hui à d'autant plus de précaution dans l'utilisation de l'internement de sûreté. Le risque d'un abus est en effet inhérent à cette mesure et il faut mettre en avant les idées libérales face à la pensée « collectiviste » qui est largement en vigueur de nos jours⁸. Un auteur fait ainsi observer qu'« admettre, au nom de la sécurité collective, des pouvoirs coercitifs de l'État quasi illimités, est très précisément ce qui caractérise, à l'opposé du modèle libéral, le modèle totalitaire de politique criminelle »⁹.

93. Arguments contre le caractère national-socialiste de la mesure. Il importe cependant de souligner qu'il existe une grande différence entre les législations des États autoritaires et les nôtres, qui « tient à ce que les mesures de sûreté y concernaient aussi diverses catégories de déviants à qui aucune infraction n'avait encore été reprochée »¹⁰. Le législateur actuel prend, au contraire, appui sur le risque d'une infraction potentielle qui pourrait être commise par un auteur déjà puni pour une autre infraction¹¹.

¹ H.-J. Bruns, « Sicherungsmaßregeln und Verschlechterungsverbot », *JZ*, 1954, p. 730.

² P. Wetterich, *Erscheinungsformen gefährlicher Gewohnheitsverbrecher*, *op. cit.*, p. 14.

³ J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, *op. cit.*, p. 28.

⁴ V. *supra*, n° 82.

⁵ V. *supra*, n° 85.

⁶ V. *supra*, n° 81 s.

⁷ H. Pollähne, « Trendwende im Strafrecht? – Aktuelle Entwicklungen im Maßregelrecht unter besonderer Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung », *SchlHA*, 2005, p. 135.

⁸ J. Vogel, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlin, Berliner Wiss.-Verlag, 2004, p. 99.

⁹ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰ J. Danet, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *Gaz. Pal.*, 4 mars 2008, n° 64, p. 10.

¹¹ V. *infra*, n° 761 s.

Une partie de la doctrine affirme ainsi que le droit pénal allemand présente des traits continus existant depuis bien avant 1933 et subsistant après 1945 ; l'internement de sûreté n'est par conséquent pas une institution typiquement nazie. En effet, « cette mesure, bien qu'apparue sous le troisième Reich, n'a pas été pensée par le législateur nazi. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une institution juridique est issue d'un régime autoritaire, ou appliquée sous ce régime, qu'elle est intrinsèquement animée par la même idéologie »¹. Ainsi, l'idée d'une peine ou mesure d'internement des criminels d'habitude remonte au « programme de Marburg » élaboré par le professeur von Liszt, ou plus généralement au conflit entre les Écoles² ; elle n'est donc pas propre au national-socialisme³. Comme on l'a vu précédemment⁴, l'internement de sûreté était mentionné dans tous les projets de loi depuis 1911 et son introduction était discutée au même moment également à l'étranger⁵. Franz von Liszt évoquait déjà l'idée d'une élimination physique de ces criminels, qu'il jugeait incorrigibles – idée qui fut reprise par les nationaux-socialistes.

94. Propos conclusifs. Bien qu'adoptée sous le régime nazi et malgré l'application excessive qui a pu être faite de la mesure pendant la période totalitaire⁶, la doctrine majoritaire s'accorde aujourd'hui à dire qu'elle ne repose pas sur une idéologie typiquement national-socialiste⁷, ce qui a également été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme qui a rappelé que « *les dispositions sur la détention de sûreté ont été confirmées par le législateur allemand, et ce à plusieurs reprises, après 1945* »⁸.

¹ X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *art. cit.*, p. 533.

² V. *supra*, n° 27.

³ J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, *op. cit.*, p. 11.

⁴ V. *supra*, n° 78.

⁵ V. A. Schönke, « Sicherungsverwahrung im Ausland », in : R. Freisler *et al.* (dir.), *Dringende Fragen der Sicherungsverwahrung*, Berlin, 1938, p. 114 s. V. en ce sens, la théorie de Carl Stooss, le code pénal norvégien de 1902 ou encore la loi belge de défense sociale de 1930.

⁶ V. T. Bartsch, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, *op. cit.*, p. 32.

⁷ H. Schöch, « Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten », *art. cit.*, p. 1193 s.

⁸ CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, § 125. Pour un commentaire de cette décision, v. *AJ pénal*, 2010, p. 129, note J. Leblois-Happe ; *D.*, 2010, étude p. 737, note J. Pradel ; *ibid.*, 2010, *AJ*, p. 209, obs. M. Léna ; *RSC*, 2010, chron. p. 228 et 236, obs. D. Roets ; *RPDP*, 2010, chron. p. 459, obs. J.-P. Céré ; *JCP G*, 2010, p. 334, note M. Giacobelli ; *ibid.*, 2010, act. 63, obs. F. Sudre ; *ibid.*, 2010, chron. 70, n° 5, obs. F. Sudre ; *Dr. pén.*, 2010, étude 9, L. Grégoire ; *ibid.*, 2010, chron. 2, n° 57, obs. V. Peltier. V. aussi, not., J. Kinzig, « Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland », *NStZ*, 2010, p. 233 s. ; H. Pollähne, « Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? - Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung », *KJ*, 2010, p. 255 s. ; J. Renzikowski, « Die Sicherungsverwahrung nach den §§ 66 ff. StGB auf dem Prüfstand - zum Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 in der Beschwerdesache Mücke gegen Deutschland », *AL*, 2010, p. 220 s. ; Ch. Laue, « Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand - Zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. vs.

Partant, les craintes quant au caractère national-socialiste de l'institution semblent pouvoir être écartées. Il n'empêche que l'essor récent de la mesure reflète une tendance sécuritaire du droit pénal allemand, tendance que la jurisprudence européenne est toutefois venue endiguer. Celle-ci a marqué le point de départ d'une évolution en profondeur du système des mesures de sûreté, mais avant tout du droit de l'internement de sûreté.

§ 2 : L'évolution du système sous l'impulsion de la jurisprudence européenne

95. Le mouvement d'expansion progressive de l'internement de sûreté amorcé depuis la fin des années 1990 a fini par se heurter à la jurisprudence strasbourgeoise. Celle-ci veille, face à une mesure particulièrement attentatoire aux libertés individuelles, au respect des garanties fondamentales découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Une série de décisions rendues par la Cour européenne a conduit à une réforme du dispositif interne (A), le législateur n'ayant toutefois pas résisté à la tentation de compléter celui-ci par l'instauration d'un substitut transitoire, l'internement thérapeutique (B).

A. La réforme de l'internement de sûreté

96. **Condamnation de la rétroactivité de l'internement de sûreté par la Cour européenne des droits de l'homme.** Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a été amenée à se prononcer sur la « détention de sûreté » (expression employée par la juridiction strasbourgeoise) le 17 décembre 2009, dans la désormais célèbre affaire *M. c. Allemagne*¹, elle a déclaré certains aspects de la mesure contraires à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH). En l'espèce, la Cour a estimé qu'il s'agissait d'une détention arbitraire, car la mesure n'entraîne dans aucune des hypothèses prévues par l'article 5 § 1 de la Convention, qui renferme une liste exhaustive de motifs permettant de justifier une privation de liberté². De plus, en appliquant ses critères autonomes

Deutschland vom 17.12.2009 - 19359/04 », *art. cit.*, 198 s.; H. Jung, « Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK - Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 17.12.2009 », *GA*, 2010, p. 639 s.

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.* Pour une analyse approfondie de cet arrêt et une confrontation de l'internement de sûreté à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, v. *infra*, n° 531 s. et 587 s.

² En effet, la privation de liberté ne présente, dans cette hypothèse, aucun lien causal direct avec la condamnation initiale (ce qui aurait permis sa conformité à l'alinéa *a* de l'article 5 § 1) ; la personne ne peut être considérée comme aliénée (ce qui aurait permis faire entrer sa détention dans l'hypothèse de l'alinéa *e* du

de qualification des sanctions, la Cour a affirmé que la *Sicherungsverwahrung* constituait une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention¹, en l'absence de différence substantielle avec le régime pénitentiaire ordinaire. La mesure ne saurait, par conséquent, être appliquée ou prolongée de manière rétroactive, comme le commande le principe de légalité posé par ce texte². La Cour s'est prononcée plus particulièrement sur l'application rétroactive de la loi du 26 janvier 1998 qui a supprimé la limite de dix ans pour le premier prononcé de la mesure³.

Cette décision a été suivie d'une série d'arrêts par lesquels la CEDH a d'abord confirmé sa position en ce qui concerne la prolongation de la mesure au-delà de la durée maximale de dix ans autorisée par le droit interne au moment de la décision de placement⁴. Il importe de souligner que la Cour européenne n'a pas condamné l'institution de l'internement de sûreté dans son principe. Elle a notamment précisé, lors des décisions intervenues ultérieurement à l'arrêt *M. c. Allemagne*, qu'elle acceptait le fait que la mesure soit ordonnée en même temps qu'une peine d'emprisonnement, dès lors que la mesure présentait un lien de causalité suffisant avec la condamnation initiale⁵ (conformément à l'article 5 § 1, a) de la Convention) et ne faisait pas l'objet d'une prolongation rétroactive⁶ (conformément à l'article 7 § 1 de la Convention). L'internement de sûreté primaire⁷ est donc, dans son principe, compatible avec l'article 5 § 1, a) de la Convention.

Ensuite, la Cour a condamné explicitement l'internement de sûreté *a posteriori* appliqué de manière rétroactive aux personnes jugées avant sa création en 2004⁸, y compris dans l'hypothèse particulière où la mesure intervenait à l'issue d'un internement en hôpital

même texte) ; et la prévention de la récidive ne concerne pas un danger concret et imminent (ce qui aurait assuré la conformité de la mesure à l'alinéa c).

¹ Sur la méthode d'interprétation autonome de la CEDH et les critères retenus par elle pour qualifier une sanction de « peine » au sens de la Convention, ainsi que l'application de cette qualification à l'internement de sûreté, v. *infra*, n° 515 s.

² V. plus en détail, *infra*, n° 641 s.

³ Cette application rétroactive a conduit à prolonger les mesures en cours au-delà de dix ans : v. *supra*, n° 85.

⁴ CEDH, trois arrêts du 13 janv. 2011: *Kallweit c. Allemagne*, n° 17792/07, § 60 s., *Mautes c. Allemagne*, n° 20008/07, § 47 s., et *Schummer c. Allemagne*, n° 27360/04 et 42225/07, § 59 s. ; CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *Daloz actu.*, 28 avr. 2011, obs. O. Bachelet, § 46 s. ; CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *Daloz actu.*, 9 déc. 2011, obs. Bachelet ; § 104 s.

⁵ V. CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 24478/03, § 45 s. : *AJ pénal*, 2011, p. 45, obs. J.-P. Céré ; *D.*, 2011, p. 379, obs. O. Bachelet ; CEDH, *Mork c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 31047/04 et 43386/08, § 50 s.

⁶ CEDH, *Schmitz c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 30493/04, § 47 s.

⁷ Sur les différentes variantes de l'internement de sûreté, v. *infra*, n° 298 s.

⁸ CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04. Les juges de Strasbourg ont précisé que l'internement ne constituait ni une détention ordonnée « après condamnation par un tribunal compétent » (au sens de l'art. 5 § 1, a), ni une privation de liberté en vue de traduire la personne devant un juge « pour l'empêcher de commettre une infraction », les infractions redoutées n'étant pas suffisamment concrètes et précises (au sens de l'art. 5 § 1, c), ni la détention régulière « d'un aliéné » (au sens de l'art. 5 § 1, e) car le requérant n'avait pas fait l'objet d'un internement en hôpital psychiatrique alors que le droit allemand prévoit cette mesure à titre autonome (§ 63 StGB).

psychiatrique¹. Plus précisément, dans cette dernière hypothèse, l'internement de sûreté *a posteriori* a été jugé contraire à l'article 5 § 1 parce que la juridiction qui l'avait ordonné ne s'était pas expressément fondée sur une maladie mentale, au sens de l'article 5 § 1, e) de la Convention². Quand bien même une telle maladie aurait-elle été constatée par la juridiction interne conformément aux exigences de la Cour³, les modalités d'exécution de la détention auraient alors, à tout le moins, dû être adaptées à la maladie dont souffre la personne, et l'internement aurait dû avoir lieu au sein d'un établissement de nature à permettre un traitement adéquat⁴. Or cela n'a, visiblement, pas été le cas puisque la CEDH a précisément insisté sur la ressemblance entre les modalités d'exécution de la peine et celles de l'internement de sûreté. Ces décisions ont conduit le législateur allemand à retoucher la mesure dans les réformes successives.

97. Réaction législative nuancée par deux lois du 22 décembre 2010. La doctrine a immédiatement mesuré les bouleversements que la jurisprudence européenne allait entraîner en droit allemand⁵. La jurisprudence interne se montrant particulièrement réservée⁶, une réforme issue de deux lois, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011⁷, a profondément modifié le

¹ CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, § 82 s.; CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, § 73 s.; CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, § 84 s.

² CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09, § 67 s.

³ Sur la jurisprudence de la Cour européenne relative à la notion de maladie mentale, v. *infra*, n° 617. V. aussi, *infra*, n° 103.

⁴ V. p. ex. CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12, *JCP G* 2013, act. 1352, obs. K. Blay-Grabarczyk. Sur la jurisprudence de la Cour européenne relative aux conditions de détention des personnes souffrant d'une maladie mentale, v. plus en détail, *infra*, n° 103, 617 et 618.

⁵ V. H. Jung, « Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK - Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 17.12.2009 », *art. cit.*, p. 639: qui estime que la décision a touché le nerf des débats généraux sur la sécurité (*den Nerv der allgemeinen Sicherheitsdebatte*); A. Kreuzer, « Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze », *StV*, 2011, p. 122: pour lequel la décision européenne a constitué une gifle tonitruante administrée au législateur et à la jurisprudence (*eine schallende Ohrfeige für Gesetzgeber und Rechtsprechung*).

⁶ Pour une analyse détaillée de la jurisprudence, v. *infra*, n° 168, 170 et 174.

⁷ Deux lois du 22 décembre 2010: la loi « relative au traitement et à l'internement des délinquants violents souffrant de troubles psychiques » (dite « loi de traitement et d'internement ») = *Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG)* et la loi « relative à la refonte du droit de l'internement de sûreté et aux règles attenantes » = *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, BGBl.* 2010, I, p. 2300. Sur la réforme, v. not. : J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.; A. Kreuzer, « Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *ZRP*, 2011, p. 7 s.; A. Kreuzer, « Neuordnung der Sicherungsverwahrung : Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze », *art. cit.*, p. 122 s.; J. Mahler et F. Pfäfflin, « Die psychische Störung im ThUG », *RuP*, 2012, p. 130 s.; T. Ullenbruch, « Walter H. in den Rückfängen des ThUG - aktuellster Spaltpilz zwischen EGMR und BVerfG? », *StV*, 2012, p. 44 s.; R. Dannhorn, « Neue Krankheitslehre für gefährliche Straftäter? - Anmerkungen zur Anwendung des Therapieunterbringungsgesetzes », *StRR*, 2012, p. 297 s.; P. Kotz, « Sicherungsverwahrung nach neuem Recht und Therapieunterbrechung gestörter Gewalttäter », *ZAP*, Fach 22, p. 547 s.; Ch. Morgenstern, Ch. Morgenstern, K. Drenkhahn, « Psychisch Kranke, psychisch Gestörte und gefährliche Gesunde: Überlegungen

droit de l'internement de sûreté, dans le but de le mettre en conformité avec les exigences découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet objectif devait être atteint notamment en resserrant le champ d'application de la mesure, de sorte qu'elle soit réservée aux délinquants les plus dangereux. Les trois formes d'internement existantes¹, évoquées plus haut², ont toutefois été modifiées de manière très variable.

En premier lieu, l'internement de sûreté *ab initio*³ a vu son domaine réduit, étant désormais limité aux seules personnes ayant commis des infractions graves de nature violente ou sexuelle, et donc inapplicable en cas de commission d'infractions contre les biens⁴. L'appréciation de la dangerosité émanant de la personne doit, de ce fait, se rapporter également à un risque de commission d'infractions graves susceptibles de causer aux victimes un préjudice moral ou corporel important. Cette restriction apportée par la réforme satisfait davantage au caractère d'*ultima ratio* qui est propre à l'internement de sûreté.

En deuxième lieu, l'internement *sous réserve*⁵ a été élargi. C'est ainsi qu'il est désormais applicable aux primo-délinquants, alors que la loi exigeait auparavant que l'individu concerné ait fait l'objet de condamnations répétées. Il suffit dorénavant que la propension de la personne à commettre des infractions soit vraisemblable, alors qu'il était naguère nécessaire qu'elle paraisse établie⁶. La mesure est en outre applicable désormais aux délinquants mineurs⁷. Cette extension de son domaine laisse craindre une nouvelle augmentation du nombre de personnes internées⁸, malgré l'avertissement solennel venu des Hauts magistrats de Strasbourg.

zum Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) », *Landkreis*, 2011, p. 133 s.; B. Schröder et T. Starke, « Das Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter - Ein Leitfaden für die Praxis - Teil 1 », *DRiZ*, 2011, p. 254 s.; M. Koller, « Neuordnung der Sicherungsverwahrung », *DRiZ*, 2011, p. 127 s.; A. Mosbacher, « Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick », *HRRS*, 2011, p. 229 s.

¹ Sur ces différentes formes d'internement de sûreté, v. plus en détail, *infra*, n° 298 s.

² V. *supra*, n° 87.

³ § 66 StGB.

⁴ De plus, les infractions antérieures, déjà jugées, doivent également relever des catégories d'infractions visés par le texte, à savoir, principalement, les atteintes intentionnelles à la vie, à l'intégrité corporelle et à la liberté personnelle ou sexuelle. Un auteur a estimé que la réforme devrait conduire à une diminution du nombre de personnes internées à hauteur de 8,4 % : v. J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.

⁵ § 66a StGB.

⁶ À l'inverse, la possibilité de prononcer la mesure peut désormais être réservée par la juridiction alors même que la dangerosité est d'ores et déjà avérée lors du jugement de condamnation – ce qui ôte quelque peu à cette forme d'internement sa spécificité qui résidait précisément dans le fait que la dangerosité ne pouvait encore être affirmée avec certitude à ce moment. Rappelons à cet égard que la dangerosité et la propension sont deux conditions distinctes pour pouvoir appliquer la mesure : v. plus en détail, *infra*, n° 299 s.

⁷ Les conditions d'application sont différentes pour les mineurs (§ 7, al. 2 JGG), les jeunes primo-délinquants (§ 106, al. 3 JGG) et les jeunes récidivistes (§ 106, al. 4 JGG).

⁸ En ce sens, J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.

En dernier lieu, la forme la plus sévère, l'internement *a posteriori*, a été en grande partie abolie. La mesure ne peut plus désormais s'appliquer que de manière résiduelle, pour prendre le relais d'un internement en hôpital psychiatrique¹ qui a pris fin parce que l'état de santé de l'intéressé s'est amélioré². Pour les faits commis avant 2011, appelés « cas anciens », l'ancien dispositif³ reste toutefois applicable en vertu des dispositions transitoires⁴.

Il convient de préciser que la réforme a également instauré la possibilité, dans le cadre d'une surveillance de conduite⁵, de soumettre la personne concernée à un placement sous surveillance électronique (appelé aussi « bracelet électronique » (*elektronische Fußfessel*))⁶, afin de créer une alternative supplémentaire à l'internement de sûreté. Une telle surveillance, non privative de liberté, constitue en effet une moindre contrainte pour l'intéressé, si bien qu'un internement pourra, dans certains cas, être évité si la dangerosité de la personne le permet.

98. Insuffisances de la réforme. Sans grande surprise, cette réforme n'a pas été jugée suffisante, l'attitude du législateur ayant été, à juste titre, critiquée⁷. Celui-ci n'a pas tiré toutes les conséquences nécessaires de la jurisprudence européenne, une partie du droit en vigueur demeurant non conforme à cette dernière, ce qui aboutira inévitablement à d'autres condamnations de l'Allemagne⁸.

99. Nouvelle réforme législative de l'internement de sûreté sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle fédérale. Invité par la Cour constitutionnelle fédérale à refondre entièrement le dispositif de l'internement de sûreté⁹ – déclaré inconstitutionnel par une décision du 4 mai 2011¹⁰ mais maintenu en vigueur de manière provisoire jusqu'à la réforme

¹ Conformément aux § 66b et § 67d, al. 6 StGB. Pour le droit applicable aux délinquants jeunes et mineurs, v. § 7, al. 4 et § 106, al. 7 JGG. Pour une étude détaillée des conditions d'application de l'internement *a posteriori*, v. *infra*, n° 306 et 318.

² En effet, l'internement psychiatrique doit cesser si l'état de santé de l'intéressé ayant conduit à l'abolition ou à l'atténuation de son discernement, sur lequel reposait la mesure, ne persiste pas. Sur cette dernière mesure, v., plus en détail, *infra*, n° 248 s.

³ § 66b, al. 1 et 2, StGB ancienne version.

⁴ Art. 316e, al. 1 EGStGB. Pour un commentaire détaillé de ces dispositions transitoires, v. W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, 29^e éd., Beck, 2014, StGB § 66b Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

⁵ Sur cette mesure, v. *infra*, n° 426 s.

⁶ § 68b, al. 1, phrase 1, n° 12 StGB.

⁷ V. J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *NJW*, 2013, p. 1638.

⁸ En ce sens, v. OLG Rostock, 20 janv. 2011, I Ws 6/11, *openJur* 2011, 13497.

⁹ Pour une analyse de la jurisprudence constitutionnelle, v. *infra*, n° 175 s.

¹⁰ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326. Pour un commentaire de cette décision, v. not. J. Kinzig, « Stand und Zukunft der Sicherungsverwahrung », *StraFo*, 2011, p. 429 s.; A. Dessecker, « Die

devant intervenir au plus tard le 31 mai 2013 – le législateur a réagi par la loi du 5 décembre 2012 « relative à la transposition du principe de la distance obligatoire dans le droit de l'internement de sûreté au niveau fédéral » (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*)¹ qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013. Le principe de la « distance obligatoire » (*Abstandsgebot*), posé par la Cour constitutionnelle dans sa décision du 4 mai 2011, implique que les modalités d'exécution de l'internement de sûreté soient clairement distinguées, dans un sens plus favorable à la personne soumise à la mesure, de celles de la peine privative de liberté². Un § 66c relatif aux modalités d'exécution de l'internement de sûreté et de l'incarcération qui la précède a, par conséquent, été inséré dans le code pénal. Il reprend pour l'essentiel les règles posées par la Cour constitutionnelle. Ce texte prévoit désormais une prise en charge favorisant la coopération de l'intéressé à sa propre resocialisation (*Mitwirkungsbereitschaft*)³ et reposant notamment sur un traitement personnalisé. Les modalités d'exécution de la mesure doivent être rapprochées des conditions de la vie en liberté, tant que des considérations de sécurité ne s'y opposent pas⁴. Ces nouvelles modalités visent à réduire la dangerosité de la personne

Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *ZIS*, 2011, 706 s.; J. Renzikowski, « Kein "Wegsperrern für immer" - Zum Urteil des BVerfG vom 4. Mai 2011 zur Sicherungsverwahrung », *AL*, 2011, p. 401 s. ; A. Kreuzer et T. Bartsch, « Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (2 BvR 2365/09; StV 2011, 470) - Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung », *StV*, 2011, p. 472 s.; T. Bartsch, « (Schon wieder) Neues von der Sicherungsverwahrung - Konsequenzen des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils vom 04.05.2011 für Gesetzgebung und Vollzug », *FS*, 2011, p. 267 s.; F. Streng, « Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », Zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 4.5.2011, *JZ*, 2011, p. 827 s.; H. Schöch, « Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung », *GA*, 2012, p. 14 s.; T. Wolf, « Das Urteil des BVerfG vom 4.5.2011 zur Sicherungsverwahrung - Konsequenzen für die Strafvollstreckung », *Rpflieger*, 2011, p. 413 s.; U. Eisenberg, « Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (2 BvR 2365/09; StV 2011, 470) - Zur Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht », *StV*, 2011, p. 480 s.; B.-R. Sonnen, « Verfassungswidrige Sicherungsverwahrung », *ZJJ*, 2011, p. 321 s.; T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011 – *NStZ*, 2011, 450, *NStZ*, 2011, p. 488 s. ; A. Voßkuhle, « Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte », *EuGRZ*, 2014, p. 165 s. (trad. française: « Une pyramide ou un mobile ? – La protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles européennes », in: Cour européenne des droits de l'homme, *Rapport annuel 2014*, p. 39 s.).

Sur cette décision, v. plus en détail *infra*, n° 175.

¹ *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, 5 déc. 2012, *préc.* Pour une étude de la mise en œuvre jurisprudentielle de cette loi, v. K. Drenkhahn, « Sicherungsverwahrung für Erwachsene - kritische Betrachtung des neuen Bundesrechts », *Vorgänge*, 2014, n° 1, p. 8 s.

² Sur ce principe, v. de manière plus détaillée, *infra*, n° 175. En ce qui concerne les difficultés liées à la mise en œuvre pratique du principe, v. T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *HRRS*, 2013, p. 164 s.

³ § 66c, al. 1, n° 1, a) StGB.

⁴ § 66c, al. 1, n° 2 StGB.

concernée afin de permettre à la mesure de prendre fin¹. La réglementation précise des modalités d'exécution de l'internement relève de la compétence des *Länder*².

La loi du 5 décembre 2012 a en outre renforcé, conformément à la décision constitutionnelle, le caractère d'*ultima ratio* de l'internement de sûreté³, lequel doit représenter le « dernier recours » parmi les sanctions pénales. Cela implique que tout soit mis en œuvre pour réduire la dangerosité de la personne dès l'exécution de sa peine, dans le but de rendre l'internement superflu⁴.

Pendant l'exécution de la mesure, la nécessité de son maintien fait l'objet d'un contrôle juridictionnel intervenant chaque année (et non plus tous les deux ans comme auparavant), voire tous les neuf mois si la durée de l'internement dépasse dix années⁵. Ce délai est plus respectueux de la jurisprudence européenne. La Cour de Strasbourg a en effet eu l'occasion de juger qu'un délai de deux ans pour vérifier la légalité du maintien en détention était trop long⁶.

Ces diverses dispositions aboutissent à ce qu'il soit mis fin à l'exécution de la mesure – une surveillance de conduite prenant alors le relais⁷ – lorsque les modalités pratiques de l'exécution de l'internement, ou de la peine qui l'a précédé, ne satisfont pas aux exigences légales, que la personne soit toujours ou non dangereuse pour la collectivité⁸.

100. Continuité de l'ancien dispositif pour les cas dits « anciens ». Pour les personnes ayant commis les faits visés par la loi avant le 31 mai 2013 – ce que l'on appelle les « cas anciens » (*Altfälle*) –, l'ancienne réglementation de l'internement de sûreté demeure applicable, en vertu d'une disposition transitoire⁹. C'est ainsi que l'internement *a posteriori* et le prononcé ou la prolongation rétroactifs d'un internement de sûreté demeurent possibles, malgré l'inconventionnalité de ces mesures, à la seule condition que la personne présente un

¹ § 66c, al. 1, n° 1, b) StGB.

² V. en détail *infra*, n° 340. V. aussi *infra*, n° 872.

³ Les motifs de la loi se réfèrent expressément à cette décision : v. BT-Drucks. 17/9874, p. 18, 19.

⁴ V. *infra*, n° 323.

⁵ § 67e, al. 2 StGB. V. plus en détail, *infra*, n° 346.

⁶ CEDH, *Oldham c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2000, n° 36273/97, § 37.

⁷ Sur la surveillance de conduite, v. *infra*, n° 426 s.

⁸ V. pour une application du nouveau dispositif : KG, 4 sept. 2013, 2 Ws 327, 333/13 ; 141 AR 303/13, *NStZ*, 2014, p. 273.

⁹ Art. 316f, al. 2, phrase 1 EGStGB (y compris le droit applicable aux jeunes délinquants : § 7, al. 2 JGG). V. le commentaire détaillé de W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 66b Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.

trouble psychique¹ la rendant particulièrement dangereuse pour autrui parce qu'elle risque de commettre des infractions graves de nature violente ou sexuelle². On peut s'interroger sur la pertinence de ce nouveau critère d'un trouble psychique – notion vague, notamment pour les personnes pénalement responsables³ – pour légitimer le maintien de mesures pourtant expressément condamnées par la Cour européenne des droits de l'homme. Il ressort d'ailleurs de l'exposé des motifs du projet de loi que le but de cette disposition transitoire est de combler un vide sécuritaire (engendré par la réforme)⁴, ce qui ne saurait pourtant pas suffire à justifier une privation de liberté eu égard à l'article 5 § 1 de la CESDH⁵. La violation du principe de non-rétroactivité découlant de l'article 7 § 1 de la Convention est en outre délibérément maintenue par le législateur qui avait pourtant le choix d'opter pour une abrogation complète de tout le dispositif contraire à la Convention européenne.

¹ Sur la notion de trouble psychique dans le cadre du droit régissant l'internement de sûreté, v. K. Höffler et C. Stadland, « Mad or bad? - Der Begriff "psychische Störung" des ThUG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR », *StV*, 2012, p. 239 s.; V. Dittmann, « "Psychische Störung" im Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) und im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung vom 4.5.2011 - Versuch einer Klärung », in: N. Nedopil (dir.), *Die Psychiatrie und das Recht - Abgrenzung und Brückenschlag. Jubiläumsschrift zum vierzigjährigen Bestehen der Abteilung für Forensische Psychiatrie der Psychiatrischen Klinik der Universität München*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, p. 131 s.

² Art. 316 f, al. 2 *Übergangsvorschrift zum Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung* (droit transitoire).

³ Un auteur souligne le fait que le trouble psychique constitue une catégorie intermédiaire entre l'esprit « sain » et la maladie mentale (en citant comme exemples la psychopathie ou la pédophilie), ce qui légitimerait, selon lui, la disposition transitoire fondée sur ce critère : v. T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *art. cit.*, p. 173 s.

⁴ V. Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, Drucksache 17/9874, 6 juin 2012, p. 32. En ce sens, déjà, le projet de loi de la réforme entrée en vigueur en 2011: Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*, Drucksache 17/3403, 26 oct. 2010, p. 14. V. également la décision de la Cour constitutionnelle fédérale se prononçant sur l'internement thérapeutique: BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 ; BVerfGE 134, 33 ; § 2. Pour un commentaire de cette décision, v. T. Zimmermann, « Anmerkung zu einem Beschluss des BVerfG vom 11.07.2013 (2 BvR 2302/11; JZ 2013, 1097) - Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetz », *JZ*, 2013, p. 1108 s.; K. Höffler, « Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff », *StV*, 2014, p. 168 s.; T. Ullenbruch, « Walter H. ist frei, das ThUG ist tot - raffinierte Entsorgung eines europa-völkerrechtlichen Spaltpilzes in letzter Sekunde? - Teil III - Zugleich Nekrolog auf den jüngsten Irläufer zur deutschen Sicherungsverwahrung und Appell an die Gesetzgeber der Gegenwart und Zukunft », *StV*, 2014, p. 174 s.

⁵ En ajoutant le critère d'un trouble psychique, le législateur a ainsi voulu légitimer la mesure sur le fondement de l'alinéa e) de l'article 5 § 1 de la Convention qui prévoit la détention d'un aliéné, dès lors qu'aucun des motifs énumérés par ce texte ne permettait auparavant de justifier la privation de liberté du délinquant « dangereux ». Si un auteur estime que le « trouble psychique » devrait suffire à légitimer l'internement de sûreté eu égard à l'article 5 § 1, e), qui permet même d'enfermer un vagabond (v. T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *art. cit.*, p. 175), rien n'est moins sûr. V. *infra*, n° 103.

101. Prise en compte limitée de la jurisprudence européenne. La nouvelle réglementation de l'internement de sûreté¹ met ainsi davantage l'accent sur le traitement de l'interné pendant l'exécution de la mesure, celui-ci prenant la forme d'une thérapie psychiatrique, psychologique ou sociale. Par la différenciation des modalités d'exécution de la mesure par rapport à celles de l'emprisonnement punitif, une plus grande importance est accordée à la resocialisation de l'individu, fonction auparavant délaissée au profit de la sécurité.

Certains auteurs estiment qu'en raison des modifications intervenues sur ce plan, l'internement de sûreté ne pourra plus être qualifié de peine par la CEDH à l'avenir² et donc ne contreviendra plus aux articles 5 et 7 de la Convention. Ce n'est pas certain³ car même si ses modalités d'application et d'exécution se conforment davantage aux exigences européennes, la mesure n'en perd pas pour autant sa nature privative de liberté. De plus, elle intervient toujours à la suite de la commission d'une infraction pénale, ce qui en fait une sanction pénale très proche de la peine au regard des critères dégagés par la Cour européenne⁴.

En définitive, on constate que la réforme de l'internement de sûreté s'est cantonnée à retoucher ponctuellement la mesure sans la modifier en profondeur. Pour justifier cette attitude prudente, l'exposé des motifs du projet de loi se réfère à la décision de la Cour constitutionnelle qui, pas plus que la Cour européenne⁵, n'a remis en question la mesure en tant que telle⁶. Or les deux Hautes juridictions ont bel et bien incité le législateur à élaborer un nouveau concept global pour l'internement préventif⁷. Ainsi certains auteurs regrettent-ils que le législateur n'ait pas mis davantage l'accent sur le caractère d'*ultima ratio* de la mesure, en

¹ Elle est issue des deux lois du 22 décembre 2010 entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011, et de celle du 5 décembre 2012 entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013 (précitées).

² V. p. ex. H. Satzger, « Sicherungsverwahrung – Europarechtliche Vorgaben und Grundgesetz », *StV*, 2013, n° 4, p. 243 s. L'auteur critique toutefois les dispositions transitoires qui maintiennent expressément en vigueur certaines hypothèses de rétroactivité de la mesure sous couvert d'un prétendu trouble psychique.

³ Pour une critique des dispositions transitoires, v. : J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 1638 s.

⁴ V. *infra*, n° 522 et 531.

⁵ CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, § 93.

⁶ *Bundestags-Drucksache* 17/9874, p. 11; en ce sens, v. aussi J. Peglau, « Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung – Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung », *NJW*, 2011, p. 1924 s., spéc. p. 1926.

⁷ J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 1638; S. Kemme, « "Doppelt hält besser?" Zum praktischen (Un)Sinn des Festhaltens an der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe. Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 124/13 (Urteil vom 24.10.2013) = HRRS 2013 Nr. 1043 », *HRRS*, 2014, n° 5, p. 174 s.

resserrant ses conditions d'application et en reprenant les critères de proportionnalité plus stricts énoncés par la Cour constitutionnelle¹.

Une nouvelle mesure instaurée à titre transitoire constitue un moyen supplémentaire de contourner les exigences européennes.

B. L'instauration d'un substitut transitoire à l'internement de sûreté : l'internement thérapeutique

102. Mesure à vocation subsidiaire. Pour les personnes ayant été libérées ou devant l'être en raison des décisions de la Cour de Strasbourg² – soit parce que le prononcé ou la prolongation rétroactifs de l'internement ont été déclarés contraires à l'article 7 § 1 de la Convention européenne, soit parce que l'internement prononcé ou prolongé *a posteriori* viole l'article 5 § 1 de la même Convention – la loi du 22 décembre 2010 « relative au traitement et à l'internement des délinquants violents souffrant de troubles psychiques » (*Therapieunterbringungsgesetz*)³ a prévu un internement dans un établissement thérapeutique (*Therapieunterbringung*)⁴ relevant de la compétence des juridictions civiles⁵. Cet internement thérapeutique, d'application rétroactive, peut être prononcé si la personne souffre d'un « trouble psychique » rendant probable la commission d'infractions graves et si son enfermement paraît nécessaire pour protéger la société du fait de sa dangerosité⁶. Le placement est d'une durée maximale de dix-huit mois mais peut être renouvelé indéfiniment si les conditions demeurent réunies⁷.

Cette disposition permet au législateur, d'une part, de contourner la non-conformité de l'enfermement à l'article 5 § 1 de la CESDH en faisant entrer la privation de liberté dans le cadre du e) visant les malades mentaux et, d'autre part, de faire échapper la sanction au

¹ *Ibid.*

² Avec la création de l'art. 316e, al. 4 EGStGB par la Deuxième loi de modification de la Loi introductive au code pénal (*Zweites Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch*) du 20 déc. 2012, entrée en vigueur le 28 déc. 2012 (*BGBI* I, p. 2756), le législateur a inclus dans le dispositif les personnes contre lesquelles un internement de sûreté avait été prononcé en première instance avant le 4 mai 2011 mais n'a pas été validée par la Cour fédérale de justice (BGH) en raison de son incompatibilité avec le principe de non-rétroactivité affirmé par les arrêts de la CEDH au sujet de la mesure.

³ *Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*, *BGBI*. I 2010, p. 2300.

⁴ § 1 ThUG.

⁵ § 4 ThUG. Plus précisément, la décision de placement prise par la chambre civile du tribunal régional interviendra après audition de la personne concernée et de son avocat, et à la suite d'un rapport établi par deux experts (§ 8 et 9 de la loi).

⁶ Plus précisément, il doit résulter d'une appréciation globale de sa personnalité, de sa vie antérieure et de ses conditions de vie qu'il est hautement probable qu'il portera de nouveau gravement atteinte à la vie, l'intégrité corporelle, la liberté personnelle ou sexuelle d'autrui en raison du trouble psychique dont il souffre.

⁷ § 12 ThUG.

champ de l'article 7 § 1 de la Convention en mettant l'accent sur le caractère thérapeutique de la privation de liberté. La loi sur l'internement thérapeutique est toutefois source de confusion et a fait l'objet, pour cette raison, de vives critiques¹.

103. Conformité de l'internement thérapeutique à l'article 5 § 1 CESDH ? La personne souffrant de troubles psychiques ne peut pas être automatiquement considérée comme un aliéné au sens de l'art 5 § 1, e) de la Convention, son trouble psychique n'étant pas toujours suffisamment grave pour cela². La Cour fédérale de justice a ainsi jugé que ce trouble ne correspondait pas nécessairement à une altération ou une abolition du discernement, causes d'irresponsabilité pénale au sens des § 20 et 21 du code pénal allemand³. Elle a néanmoins estimé qu'il entrerait dans le champ d'application de l'article 5 § 1, e) de la Convention européenne.

Or, rien n'est moins sûr. En effet, la personne relevant du champ d'application de l'internement de sûreté, préalable nécessaire à l'internement thérapeutique⁴, doit par définition être responsable pénalement, puisque l'internement de sûreté est subordonné à une condamnation pénale⁵. Elle ne semble donc pas pouvoir être considérée comme un « aliéné » au sens de la Convention européenne. L'exigence d'une capacité de discernement paraît d'ailleurs contradictoire avec la condition d'un trouble psychique (en principe pathologique) susceptible de faire l'objet d'un traitement. Aussi, un tel trouble semble-t-il relever davantage d'une autre mesure de sûreté, l'internement en hôpital psychiatrique, qui concerne précisément les personnes irresponsables pénalement ou dont la responsabilité est atténuée. Il est par conséquent critiquable de permettre que l'on prive de sa liberté une personne responsable de ses actes qui a purgé sa peine au seul motif qu'elle souffre d'un trouble

¹ Pour une critique de cette nouvelle institution, v. R. P. Anders, « Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung », *JZ*, 2012, p. 498 s.; J. Feest, « Sind wir vor der Sicherungsverwahrung noch zu retten? - Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung », *Vorgänge*, 2014, n° 1, p. 33 s.; K. Höffler, « Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff », *art. cit.*, p. 168 s.

² Il peut en effet s'agir d'un trouble psychique quelconque (trouble de la personnalité, du comportement, de la préférence sexuelle...).

³ BGH, 4 mai 2011, Az. 5 StR 52/11; BGH, 21 juin 2011, 5 StR 52/11.

⁴ La Cour fédérale de justice a été amenée à préciser que la mesure ne pouvait, contrairement à ce qu'avaient décidé certaines juridictions du fond (v. p. ex. OLG Sarrebruck, 30 sept. 2011, 5 W 212/11-94), être étendue aux personnes n'ayant jamais été placées en internement de sûreté (même si elles ont fait l'objet d'une détention provisoire en vue d'être placées en internement de sûreté en vertu du § 275a StPO) : BGH, 12 juil. 2012, V ZB 106/12, *BGHZ* 194, p. 97 ; *NJW*, 2012, p. 3181.

⁵ Pour pouvoir faire l'objet d'un internement thérapeutique, la personne doit avoir été condamnée à l'une des infractions visées par le § 66, alinéa 3, phrase 1 StGB et avoir été placée, pour cette raison, en internement de sûreté (v. § 1 ThUG).

psychique qui la rendrait dangereuse pour la société, sans prouver qu'il s'agit d'une réelle maladie mentale¹.

Sans donner de définition précise de l'aliéné au sens de l'article 5 § 1, e) de la Convention – s'agissant d'une notion évolutive –, la Cour strasbourgeoise exige en effet de manière générale un « trouble mental réel », constaté par une expertise médicale objective et revêtant un caractère ou une ampleur légitimant l'internement, ce qui ne saurait inclure un comportement simplement déviant par rapport aux normes sociales². Le trouble mental ne saurait pas davantage être déduit de la seule dangerosité de la personne³. Il est vrai qu'une décision de la Commission européenne des droits de l'homme, auquel le projet de loi allemand fait référence, a indiqué que la notion d'aliéné au sens large visait également les personnes qui présentent des anomalies du caractère ne constituant pas une maladie mentale, mais excluant leur responsabilité pénale⁴. La Cour a elle-même admis une détention fondée sur cet article dans le cas d'une personne qui souffrait d'un trouble mental ne pouvant être soigné d'un point de vue clinique, lorsque l'intéressé demeurait un risque pour le public⁵. Même si la Commission européenne a pu estimer que c'est exclusivement l'alinéa e) qui devait régir le cas d'un accusé aliéné que l'on interne à des fins curatives⁶, la Cour décide qu'une détention peut, selon les circonstances, se justifier sous l'angle de plus d'un alinéa de l'article 5⁷. Il ressort également de l'arrêt *M. c. Allemagne* que la Cour n'exclut pas de manière générale la possibilité que l'internement de sûreté de certains délinquants soit fondé sur l'alinéa e) si la personne souffre de troubles mentaux graves, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁸.

Or, même dans ce cas de figure, la détention, pour être régulière, doit s'effectuer dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié⁹. Bien que la Cour n'exclue pas par principe les délinquants responsables du domaine d'application de l'article 5 § 1, e) s'ils souffrent de troubles psychiatriques (la mesure prise pouvant alors relever tant de l'alinéa a)

¹ Sur les notions de trouble psychique au sens de la loi sur l'internement thérapeutique et celle de maladie mentale au sens de l'article 5 § 1 CESDH, v. Ch. Morgenstern, Ch. Morgenstern, K. Drenkhahn, « Psychisch Kranke, psychisch Gestörte und gefährliche Gesunde: Überlegungen zum Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) », *art. cit.*, p. 133 s.

² CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, § 37 s.

³ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, § 98.

⁴ Com. EDH, *X c. Allemagne*, 12 juil. 1976, n° 7493/76.

⁵ CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 fév. 2003, n° 50272/99, § 54.

⁶ V. CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 5 nov. 1981, n° 7215/75, § 38.

⁷ V. p. ex. CEDH, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, n° 17391/90, § 76 ; CEDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 49902/99, § 58.

⁸ CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 103.

⁹ CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 fév. 2003, n° 50272/99, *préc.*, § 48.

que de l'alinéa e) de l'article 5 § 1 de la Convention)¹, la mesure la plus appropriée semble être l'internement en hôpital psychiatrique – qui est d'ailleurs la mesure en question dans la majorité des affaires citées. Si l'internement psychiatrique peut faire présumer la réalité de la maladie mentale, il n'en va pas de même dans l'hypothèse où les juges nationaux ont opté pour une peine privative de liberté suivie d'un internement de sûreté.

On ne manquera d'ailleurs pas de souligner que la loi sur l'internement thérapeutique ne s'aligne pas sur la terminologie officielle de la Convention européenne, en employant le terme « *trouble psychique* » (*psychische Störung*), alors que la version allemande de la Convention fait référence, dans son article 5 § 1, e), aux « *malades mentaux* » (*psychisch Kranken*)². Le trouble psychique semble donc être entendu de manière plus large par le législateur allemand que par la Cour européenne des droits de l'homme – bien que la jurisprudence de cette dernière manque, selon certains, de clarté sur ce point, car elle ne définit pas explicitement la notion de maladie mentale³.

En définitive, la loi sur l'internement thérapeutique semble introduire une confusion regrettable entre le délinquant pénalement responsable et la personne souffrant d'une maladie mentale qui nécessite un traitement approprié.

104. Conformité de l'internement thérapeutique à l'article 7 § 1 CESDH ? Cette nouvelle forme de privation de liberté qui n'était nullement prévue par un texte au moment de la commission des faits par les personnes concernées – et qui n'a par conséquent pu être prévue lors de leur condamnation – soulève également des doutes quant à sa prévisibilité et, partant, sa conformité au principe de légalité et de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère prévu par l'article 7 de la Convention. Pour certains auteurs, la loi installe une confusion entre dangerosité criminelle et maladie mentale afin de contourner le principe de non-rétroactivité⁴. Car même si son aspect thérapeutique semble éloigner cette mesure de la notion de « peine » au sens de la jurisprudence européenne, elle n'en consiste pas moins en une privation de liberté à durée indéterminée en réponse à la dangerosité qui s'applique à des

¹ CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 48865/99, § 61 s., concernant la mesure néerlandaise de « *mise à disposition dans un établissement* ».

² V. aussi Ch. Morgenstern, « Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? », *ZIS*, 2011, p. 974 s.

³ Un auteur souligne à cet égard le risque d'une interprétation trop large de la notion qui permettrait, par exemple, d'inclure le concept de « propension » qui correspond pourtant à des préoccupations plus sécuritaires que médicales : v. Ch. Morgenstern, « Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? », *art. cit.*, p. 974 s.

⁴ Positions écrites de Leygraf et de Kinzig dans l'audition publique par le Bundestag : Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss, *öffentliche Anhörung*, 10 nov. 2010, Leygraf p. 5-7, Kinzig p. 19-21.

faits commis antérieurement à sa création. Elle est par conséquent susceptible d'être qualifiée de peine par la Cour et serait alors contraire à l'article 7 § 1 CESDH¹. De la même manière, le critère du trouble psychique ne fait pas l'objet d'une définition claire, ce qui peut poser problème quant à l'exigence de clarté et de précision de la norme pénale. De plus, une loi du 20 décembre 2012² a étendu la mesure aux cas de figure où l'individu n'a jamais effectivement fait l'objet d'un internement de sûreté parce que le prononcé *a posteriori* de celui-ci s'était avéré contraire à la Convention européenne³.

105. Utilité limitée de l'internement thérapeutique. L'hypothèse du délinquant aliéné mais néanmoins condamné pénalement est en tout état de cause rare en pratique et la mesure ne devrait alors pas recevoir une application très large. Les cas de figure envisageables seraient soit celui du trouble psychique altérant le discernement de la personne, soit celui du trouble mental apparu pendant l'exécution de la peine. Appliquer un internement thérapeutique à une personne contre laquelle un internement de sûreté a été prononcé et qui a exécuté une peine privative de liberté à la suite d'une déclaration de culpabilité peut paraître critiquable au regard des conditions d'application divergentes de ces différentes sanctions. En cas de maladie mentale, le droit allemand prévoyant un internement en hôpital psychiatrique, l'internement thérapeutique a une utilité et une légitimité réduites.

Notons de plus que cet internement thérapeutique, qui doit avoir lieu dans des lieux distincts des établissements pénitentiaires, peut être réalisé dans le même établissement que l'internement de sûreté lorsque celui-ci permet un traitement adapté au trouble psychique⁴, si bien qu'il existe un doute sur la différence existant réellement entre ces deux mesures, pouvant soulever la question d'une « duperie des étiquettes »⁵. Il ressort clairement du dispositif que les préoccupations sécuritaires dominent. La *ratio legis* de ces nouvelles dispositions semble moins être une réelle volonté d'instaurer un traitement thérapeutique

¹ *Contra*, T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *art. cit.*, p. 164 s.

² *Zweites Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch*, 20 déc. 2012, art. 1, *BGBI.* I, p. 2756.

³ Un auteur explique que cette loi a été spécifiquement introduite pour le cas de *Walter H.* dont la privation de liberté était devenue depuis quelques années douteuse au regard de son fondement légal, la Cour constitutionnelle fédérale ayant à plusieurs reprises repoussé de se prononcer sur la question – bloquant par là même la voie à une saisine de la CEDH par l'intéressé. V. T. Ullenbruch, « Walter H. in den (soeben noch erweiterten) Rückfängen des ThUG - nach wie vor aktueller Spaltplatz zwischen EGMR und BVerfG? - Teil II – Zugleich eine erste Besprechung von § 316e Abs. 4 EGStGB i.d. Neufassung v. 20.12.2012 ("Lex Walter H.") », *StV*, n° 4, 2013, p. 268 s.

⁴ § 2, al. 2 ThUG, ajouté par la loi du 5 décembre 2012.

⁵ P. ex. W. Neskovic, ancien juge fédéral : v. « Bundestag beschließt Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *beck-aktuell-Redaktion*, Verlag C.H. Beck, 2 déc. 2010.

efficace qu'un moyen de contourner les exigences européennes, en évitant la remise en liberté systématique des personnes jugées dangereuses mais dont l'internement de sûreté, prononcé sous l'empire du droit ancien, n'est plus justifiable au regard de la Convention¹. Le législateur paraît vouloir se conformer à la position de la CEDH, sans pour autant aller jusqu'au bout de la logique en remettant effectivement en liberté les personnes arbitrairement détenues. Un enfermement en remplace un autre et seule l'appellation semble avoir changé².

En définitive, malgré une validation de la mesure par la Cour constitutionnelle fédérale sous réserve du contrôle strict de proportionnalité³, l'internement thérapeutique est une mesure très ambiguë qui risque d'être considérée comme une peine par la Cour européenne des droits de l'homme⁴, à l'instar de l'internement de sûreté. Dans ce cas, elle serait sans doute déclarée contraire à l'article 7 § 1 posant le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, ainsi qu'à l'article 5 § 1, en ce qu'elle n'entre pas sans difficulté dans le cadre de l'alinéa e) concernant les aliénés, sans pour autant entrer dans celui du a), en raison de l'insuffisance du lien avec un jugement de condamnation.

Cette mesure, qui se substitue de manière transitoire à l'internement de sûreté en prenant appui sur un « trouble psychique » mal défini, fait ressurgir le problème classique de la délimitation des domaines respectifs de l'internement de sûreté et de l'internement en hôpital psychiatrique⁵. Ceci conduit certains auteurs à évoquer une tentative d'utiliser la psychiatrie comme substitut de secours à l'internement de sûreté⁶.

106. Évolution globale du système des mesures de sûreté. Bien que les réformes intervenues ne soient pas satisfaisantes à tous les égards⁷, l'impact de la jurisprudence européenne sur le système des mesures de sûreté a indéniablement été considérable. Outre l'évolution de l'internement de sûreté, une nouvelle mesure, l'internement thérapeutique, a été

¹ V. en ce sens, J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.

² En ce sens, J. Feest, « Sind wir vor der Sicherungsverwahrung noch zu retten? - Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung », *art. cit.*, p. 33 s.

³ BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 ; BVerfGE 134, 33, *préc. V. infra*, n° 186.

⁴ En ce sens, v. aussi A. Kreuzer, « Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 7 s.

⁵ R. Rissing-van Saan, « Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR », *art. cit.*, p. 1186.

⁶ A. Kreuzer, « Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze », *art. cit.*, p. 127.

⁷ Plusieurs auteurs regrettent notamment que l'internement de sûreté n'ait pas fait l'objet d'une véritable refonte, mais seulement de réformes à la marge (le législateur laissant subsister des formes de privation de liberté d'application rétroactive et, partant, non prévisibles par les justiciables) : en ce sens, v. p. ex. J. Feest, « Sind wir vor der Sicherungsverwahrung noch zu retten? - Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung », *art. cit.*, p. 33 s.; K. Höffler, « Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff », *art. cit.*, p. 168 s. V. aussi *infra*, n° 310.

instaurée, ainsi qu'une nouvelle modalité de la surveillance de conduite qui peut désormais s'accompagner d'un « bracelet électronique »¹. Si les autres mesures de sûreté n'ont pas été directement retouchées par les réformes qui ont été adoptées, l'impulsion donnée par la jurisprudence européenne n'a pas été ignorée. Il est en effet actuellement question de réformer l'internement en hôpital psychiatrique², dans le but de resserrer ses conditions d'application pour réserver la mesure aux personnes les plus dangereuses et ainsi réduire le nombre de personnes internées tout en augmentant leurs droits³. Une tendance globale à un plus grand respect des droits de l'homme protégés par la Haute instance strasbourgeoise semble donc voir le jour.

107. Conclusion de la Section 1. Les mesures de sûreté ont émergé dans la législation allemande de manière assumée. Celle-ci leur confère une place véritable en consacrant, au sein du code pénal, un système dualiste de sanctions pénales. Leur genèse peut de prime abord semer le doute sur leur légitimité, si bien que les mesures de sûreté ont dû faire leurs preuves après la chute du régime totalitaire qui les avait instaurées. Elles sont désormais solidement ancrées dans le droit positif, sans pour autant cesser d'évoluer, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence européenne.

Si les mesures de sûreté font en Allemagne partie intégrante du droit pénal en tant qu'élément fondamental du système de la double voie, il en va différemment en France où le législateur ne leur reconnaît pas explicitement de place au sein du droit pénal. Celui-ci ne renonce pas pour autant à y avoir recours lorsque les peines se révèlent insuffisantes. La loi est de ce fait, dans le système unitaire du droit pénal français, une source dissimulée des mesures de sûreté.

¹ V. *supra*, n° 97.

² Sur cette mesure, v. *infra*, n° 248 s.

³ V. le projet de loi présenté le 11 juin 2014 par le ministre de la Justice Winfried Bausback à Munich: *Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch* (<http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/unterbringung.pdf> [dernière consultation le 12 août 2015]). Un projet fédéral va également en ce sens: *Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch, Diskussionsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, 20 janv. 2015. V. aussi *infra*, n° 261.

Section 2 :

Une source dissimulée : le système unitaire du droit pénal français

108. « Le législateur français fait aux mesures de sûreté une place encore restreinte, mais certaine »¹. En effet, un certain nombre de mesures de sûreté sont contenues dans le Code pénal et dans le Code de procédure pénale français et l'évolution du droit positif montre que leur nombre est croissant. Pourtant, leur identification n'est pas toujours aisée car malgré les théories élaborées par la doctrine depuis la fin du XIX^e siècle en vue de leur reconnaissance², le législateur a établi des confusions constantes entre la notion de peine et celle de mesure de sûreté, confusions « que l'on peut même tenir quelquefois pour volontaires »³. Le constat effectué il y a un demi-siècle selon lequel « en droit positif, et en droit positif français notamment, de nombreuses zones d'ombre subsistent »⁴ vaut toujours aujourd'hui. Ces obscurités tiennent en partie « au fait qu'il est souvent difficile d'identifier dans la pratique la mesure de sûreté parce que le législateur et ses interprètes hésitent à en trancher nettement le profil, et qu'au demeurant elle se présente le plus souvent sous une forme identique à celle de la peine, comme une privation de liberté ou une restriction de droits »⁵.

Si la notion même de mesure de sûreté n'a jamais été consacrée par le droit français (§ 1), le législateur contemporain ne se prive pas de multiplier ces mesures, aboutissant à une consécration ambiguë (§ 2).

§ 1 : L'absence de consécration de la notion de mesure de sûreté

109. L'existence des mesures de sûreté en droit français est incontestable, alors même que la notion de mesure de sûreté n'existe pas réellement. Les mesures de sûreté ont émergé en marge du système unitaire de sanctions pénales (A), l'adoption d'un système dualiste ayant échoué (B).

¹ B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 528, p. 434.

² V. *supra*, n° 26 s.

³ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 9.

⁴ R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », art. cit., p. 182.

⁵ *Ibid.*, p. 182.

A. L'émergence des mesures de sûreté en marge du système unitaire

110. Développement désordonné des mesures de sûreté. Le droit français s'est toujours montré réservé à l'égard des mesures *ante delictum*¹, privilégiant la mise en œuvre de sanctions qui tiennent compte des condamnations passées et de leur gravité. Ainsi, l'on cherchera en vain le terme de « mesure de sûreté » dans le Code pénal de 1810 et dans les lois promulguées par la suite². Aucun chapitre distinct du code n'est en effet consacré aux mesures de sûreté, les « préoccupations doctrinales [étant] restées trop souvent étrangères aux auteurs des lois qui l'ont modifié »³. Or, comme l'ont souligné deux auteurs, « notre législation, sous la pression des nécessités, a dû admettre depuis longtemps déjà, au moins de façon partielle, des mesures qui sont, par leurs caractères et leurs fonctions, de véritables mesures de sûreté. Seulement, sauf des exceptions récentes, elle ne leur en a point donné le nom et ne les a point réglementées comme telles »⁴. Selon le professeur Pinatel, « il est probable que les pionniers du droit pénal classique ont parfaitement perçu les insuffisances de l'intimidation. Et c'est pourquoi ils ont édifié sans doute, sous le nom de peines accessoires et complémentaires, un système très complet de mesures de sûreté qui devait difficilement se concilier par la suite en théorie avec le principe de rétribution »⁵.

Une première illustration de l'insuffisance de la peine a sans doute été la prise en compte, par le code de 1810, de la récidive – qui constitue aujourd'hui l'une des causes principales d'existence des mesures de sûreté⁶ – en tant que circonstance aggravante. Malgré leur apparente contradiction avec les principes du droit pénal classique, les mesures de sûreté se sont développées en catimini au cours des XIX^e et XX^e siècles, comme en témoigne notamment la transportation dans les colonies des condamnés aux travaux forcés applicable après l'expiration de la peine principale⁷. C'est pourquoi « la plupart des mesures de sûreté qui fonctionnent en droit français sont en quelque sorte déguisées sous la dénomination de peines »⁸.

¹ H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

² Le terme de « mesure de sûreté » n'est apparu dans le Code pénal que très tardivement : v. *infra*, n° 124.

³ P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, Droit pénal général, op. cit.*, n° 365, p. 333.

⁴ *Ibid.*

⁵ J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 763.

⁶ V. *supra*, n° 36 s.

⁷ V. *supra*, n° 17.

⁸ P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, Droit pénal général, op. cit.*, n° 365, p. 333. Les auteurs distinguent les mesures « ouvertement reconnues et présentées comme telles » (celles consacrées aux mineurs, aux toxicomanes poursuivis et aux alcooliques dangereux pour autrui), de celles « déguisées sous la

111. Première mesure de sûreté : la relégation. Selon le magistrat Ancel, « on est à peu près d'accord aujourd'hui pour considérer que la première mesure de sûreté véritable édictée en législation l'a été par la loi française de 1885 prévoyant la relégation des récidivistes présumés incorrigibles »¹, à une époque où la notion même de mesure de sûreté était encore peu abordée en doctrine et où le législateur était réticent à l'utiliser². Si elle n'était pas ouvertement qualifiée de mesure de sûreté par la loi du 27 mai 1885 *instaurant la relégation des récidivistes*³, sa véritable nature n'échappait point aux auteurs⁴. Elle consistait à éloigner de manière perpétuelle ces délinquants de la métropole en les envoyant aux colonies afin de neutraliser leur capacité de nuisance. Le récidiviste était ainsi définitivement éliminé du milieu social. Cette mesure, applicable aux délinquants récidivistes inamendables⁵, était

dénomination de peines » (la relégation, l'interdiction de séjour, les diverses incapacités civiques, civiles et professionnelles, le retrait du permis de conduire par l'autorité judiciaire).

¹ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 13. En ce sens, également H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.*, 2007, p. 1607 ; P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, Droit pénal général*, op. cit., n° 367, p. 334 (« La relégation présente au plus haut degré le caractère d'une mesure de sûreté puisqu'elle s'attache, non pas à la commission d'une infraction déterminée mais à l'état dangereux révélé par la récidive »).

Un auteur était plus nuancée sur sa nature juridique : Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, op. cit., p. 22 (« Du moment que cette sanction est "sans aucune proportion ni avec la gravité objective du dernier délit, ni avec la culpabilité morale du délinquant" (Garçon, *Le Droit pénal contemporain*, p. 115), elle présente quelques traits communs avec les mesures de sûreté ; mais comme elle doit être ordonnée sitôt que les conditions légales sont remplies, et que, d'autre part, son exécution ne dépend en aucune façon de la personnalité du délinquant, la relégation se trouve dépourvue du caractère individuel qui est propre aux mesures de sûreté » ; « L'expression de "peine de sûreté" employée par certains auteurs français, Vidal notamment (*Cours de droit criminel*, pp. 61, 171, 580, 586) est heureuse pour désigner la relégation »).

² V. M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 7.

³ Notons d'ailleurs qu'elle a été expressément désignée comme mesure de sûreté par le projet de code pénal allemand de 1927 (*Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches*, 1927, Reichstag, III Wahlperiode, 1924-1927, *Drucksache* n° 3390), annexe I, p. 75, col. 2. À l'inverse, le législateur français a préféré la qualifier de peine à l'occasion des lois du 6 juillet 1942 *sur l'exécution de la peine de la relégation dans la Métropole et sur l'élargissement conditionnel des relégués transportés*, et n° 70-643 du 17 juillet 1970 *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*.

⁴ R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 13^e éd., Recueil Sirey, 1921, p. 54 (la loi sur la relégation des récidivistes a « fait entrer, dans le droit positif français, la notion des mesures de sûreté à prendre à raison de la *témibilité* et de l' "état dangereux" du délinquant ») ; J. Magnol, *L'avant-projet de révision du Code pénal français (Partie générale)*, Paris, Sirey, 1934, p. 105 (« En réalité, de par sa fonction, c'est plutôt une mesure de sûreté telle qu'on les conçoit aujourd'hui. C'est en effet, une mesure sans rapport avec la gravité objective du dernier fait commis et uniquement une mesure de défense de la Société contre certains éléments qu'il faut mettre hors d'état de nuire et que leurs récidives antérieures ont montré être réfractaires à l'intimidation de la peine ordinaire, non amendés par elle et inadaptables à toute discipline sociale ») ; J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 757 s. (qui la qualifiait de « nouvelle mesure de sûreté perpétuelle, sœur jumelle de celle déjà appliquée à certains condamnés aux travaux forcés » (p. 763)).

⁵ En 1873, le comte d'Haussonville, président une commission chargée de mener une enquête sur le régime pénitentiaire français, est parvenu à la conclusion qu'il fallait transporter dans une colonie outre-mer les récidivistes dits « incorrigibles » : v. J.-L. Sanchez, « La relégation (loi du 27 mai 1885) », *Criminocorpus* [En ligne], Les bagnes coloniaux, Articles, mis en ligne le 01 janvier 2005. URL :

obligatoire jusqu'en 1954 et reposait ainsi sur une sorte de présomption irréfragable d'incorrigibilité¹. Le juge ne pouvant en effet écarter la relégation même en appliquant les circonstances atténuantes, son exécution ne dépendait en aucune façon de la personnalité du délinquant ; elle se trouvait donc dépourvue du caractère individuel propre aux mesures de sûreté². La loi prévoyait cependant la possibilité pour le relégué d'être relevé de la mesure³ lorsqu'il présentait des garanties suffisantes de bonne conduite, ce qui conférait à la relégation à la fois le caractère indéterminé inhérent aux mesures de sûreté et un caractère rééducatif et resocialisant. En pratique, « la relégation étant obligatoire et perpétuelle, les juges ont cherché à ne pas l'appliquer avec rigueur, si bien qu'il y a eu des peines courtes n'en permettant pas le déclenchement ou la mise en œuvre »⁴. Par la suite, on a également vu apparaître des cas facultatifs de relégation⁵, le juge appréciant le caractère plus ou moins dangereux de l'intéressé, et des situations dans lesquelles la mesure pouvait accompagner une unique condamnation⁶. Sa rigueur originelle a aussi été atténuée par l'instauration de la possibilité d'exécuter la mesure en métropole⁷.

Le législateur, en instaurant la relégation des multirécidivistes, a veillé à tenir compte, pour déterminer la dangerosité du délinquant, des actes commis par celui-ci, respectant ainsi le principe de légalité. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le souci de protéger les droits de l'homme a conduit à rendre celle-ci facultative (loi n° 54-703 du 3 juillet 1954 *tendant à modifier l'article 4 de la loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes*). Elle a finalement

<http://criminocorpus.revues.org/181> ; DOI : 10.4000/criminocorpus.181. L'auteur qualifie la relégation de « mesure sécuritaire chargée de répondre à une inquiétude sociale ».

¹ M.-H. Renaut, « Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *art. cit.*, p. 319 s. Une telle réaction non individualisée à la récidive rappelle la technique – moins extrême – consistant à appliquer au récidiviste des peines minimales, appelées « peines planchers ». Ces dernières, instaurées en droit français par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, ont été abrogées par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*.

² En ce sens, Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 27.

³ En son art. 16.

⁴ H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

⁵ V. p. ex. la loi du 18 déc. 1893 sur les associations de malfaiteurs ou le décret-loi du 12 nov. 1938 concernant les étrangers ayant enfreint à plusieurs reprises un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence.

⁶ V. le décret-loi du 29 juil. 1939 relatif à l'avortement.

⁷ L'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1942 sur l'exécution de la peine de la relégation dans la métropole et sur l'élargissement conditionnel des relégués non transportés disposait que « *Les condamnés à la relégation maintenus provisoirement en France pour quelque cause que ce soit, sont internés dans un Établissement pénitentiaire aménagé à cet effet ou, à titre provisoire, dans les quartiers spéciaux des Établissements existants* ». Cette solution fut reprise par le code de procédure pénale de 1958 prévoyant que « *par dérogation aux dispositions de l'article 1er de la loi du 27 mai 1885, les condamnés à la relégation sont internés dans un établissement pénitentiaire aménagé à cet effet ou dans un quartier spécial de maison centrale ou de maison de correction* » (ancien art. 717, al. 5 CPP).

été abrogée par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*.

112. Mesures de sûreté applicables aux infracteurs irresponsables ou mineurs. Une autre mesure isolée, concernant les personnes déclarées irresponsables pénalement, a été créée par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, dite « loi Esquirol »¹ : l'internement en asile d'aliénés sur initiative du préfet. Le souci de lutter contre la dangerosité criminelle s'est également manifesté à l'égard des mineurs : la loi du 22 juillet 1912² et l'ordonnance du 2 février 1945 *relative à l'enfance délinquante* ont institué des mesures éducatives, appelées « *mesures de protection, d'assistance, de surveillance, d'éducation ou de réforme* »³, dont la seule vocation est de faire cesser l'état dangereux du mineur délinquant par sa réinsertion dans la société. Ces mesures vont d'une simple admonestation à un placement dans divers établissements ou institutions, en passant par un placement du mineur sous le régime de la liberté surveillée⁴. Le droit des mineurs étant gouverné par le primat de l'éducation sur la répression, les mesures éducatives étaient naturellement préférées aux peines.

113. Mesure de surveillance applicable aux personnes condamnées. L'interdiction de séjour, instaurée également par la loi du 27 mai 1885 et se substituant à la surveillance policière⁵, a été complétée par des mesures d'assistance, afin de mettre l'accent sur la volonté de réinsérer le condamné⁶. Un auteur souligne qu'elle était « moins une mesure de répression qu'une mesure préventive puisqu'elle frapp[ait] des condamnés libérés, mesure de tutelle édictée tant dans l'intérêt du condamné qui a besoin d'un appui pour ne pas retomber dans la délinquance que dans celui de la société qui a besoin d'être protégée »⁷. Et d'ajouter que « l'interdiction de séjour a[vait] aussi une fonction de sécurisation. Elle [devait] apaiser, du

¹ Art. 24 de la loi, *Recueil Duvergier*, p. 490.

² Loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée. Son article 1^{er} prévoyait la possibilité pour le tribunal civil de prononcer des « mesures de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance ». L'article 26 permettait également d'enfermer le mineur de plus de treize ans dans une colonie correctionnelle ou pénitentiaire.

³ Art. 2 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945.

⁴ Art. 8, 15 et 16 et articles 25 s. de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945.

⁵ Sur la surveillance de la haute police de l'État, v. *supra*, n° 19.

⁶ Modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935, l'interdiction de séjour est devenue une peine complémentaire facultative, dans un certain nombre de cas, avec la loi n° 55-304 du 18 mars 1955 *relative à l'interdiction de séjour*. La mesure a alors connu un déclin progressif, les lois n° 72-1226 du 29 décembre 1972 et n° 75-624 du 11 juillet 1975, réduisant son champ d'application et multipliant les mesures d'assistance au délinquant tout en étendant l'intervention de l'autorité judiciaire. L'interdiction de séjour est renée, après avoir été profondément modifiée, avec l'adoption du nouveau code pénal en 1994. V., en détail, M.-H. Renaut, « Les avatars de l'interdiction de séjour (XIX^{ème}, XX^{ème} et XXI^{ème} siècle) », *art. cit.*, p. 307 s.

⁷ M.-H. Renaut, « Les avatars de l'interdiction de séjour (XIX^{ème}, XX^{ème} et XXI^{ème} siècle) », *art. cit.*, p. 307 s.

moins atténuer, le sentiment d'insécurité ressenti par la population dans le cadre de la vie sociale »¹. Or cette mesure demeurait, dans son exécution, une mesure purement administrative².

114. Multiplication des mesures de sûreté au cours du XX^e siècle. Au milieu du XX^e siècle, on pouvait recenser en droit pénal français les mesures suivantes : la relégation des malfaiteurs incorrigibles, l'interdiction de séjour et les mesures éducatives réservées aux mineurs, l'expulsion et l'assignation à résidence des étrangers, la confiscation d'objets illicites et dangereux, la fermeture d'établissement, et de multiples déchéances ou incapacités professionnelles³. Par la suite on a vu apparaître la cure de désintoxication, créée par la loi du 24 décembre 1953⁴ et applicable aux individus poursuivis pour usage ou trafic de stupéfiants. Cette mesure *ante delictum* pouvait être ordonnée, avant toute condamnation, par le juge d'instruction. La loi du 15 avril 1954⁵ a ensuite instauré, à l'égard des alcooliques dangereux pour autrui, le placement sous surveillance médicale et la cure de désintoxication, mesures applicables avant toute commission d'infraction et prononcées par la juridiction civile. Ont encore été créées par l'ordonnance n° 58-1216 du 15 décembre 1958 *relative à la police de la circulation routière* les mesures de suspension et de retrait du permis de conduire, susceptibles d'être ordonnées par l'autorité judiciaire ou le préfet à l'encontre d'un chauffeur imprudent. La même année ont été instituées les mesures d'assistance éducative applicables aux mineurs de 21 ans dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises (ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 *relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger*). Mentionnons pour finir les obligations et les mesures de contrôle et d'assistance applicables dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve ou de la libération conditionnelle.

Si cette multiplication des mesures de sûreté pouvait laisser présager leur consécration explicite, il n'en a rien été, puisque le législateur a continué à les dissimuler parmi les peines.

¹ *Ibid.*

² H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

³ V. sur ces mesures, R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 185.

⁴ Loi n° 53-1270 du 24 décembre 1953 *modifiant et complétant les dispositions législatives relatives à la répression du trafic et de l'usage illicite des stupéfiants*, *J.O.* 25 déc. 1953, p. 11535 s. Cette loi n'est toutefois jamais entrée en vigueur, le règlement d'administration publique prévu pour son application n'ayant jamais vu le jour. Le traitement de la dépendance est par conséquent resté assuré par les institutions psychiatriques.

⁵ Loi n° 54-439 du 15 avril 1954 *sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui*.

115. Confusion entre les peines et les mesures de sûreté pendant le dernier tiers du XX^e siècle. Un tournant de la politique criminelle a eu lieu dans les années 1970 avec, pour commencer, la suppression de la relégation par la loi du 17 juillet 1970 (précitée) qui a institué la tutelle pénale¹. Cette mesure, d'une durée de dix ans à compter de l'expiration de la peine mais dont le prononcé était facultatif, était applicable aux récidivistes et multirécidivistes à l'issue d'une enquête de personnalité et d'un examen médico-psychologique. Elle pouvait s'exécuter soit dans un établissement pénitentiaire spécialisé, soit en milieu ouvert sous le régime de la libération conditionnelle. Elle tendait à « *protéger la société contre les agissements des multirécidivistes en offrant à ceux-ci la possibilité de se reclasser au sein de la collectivité* »². La plupart de ses caractères indiquaient qu'il s'agissait d'une mesure de sûreté, mais elle fut abrogée en 1981³.

Observant que l'avant-projet de révision du Code pénal de 1976-1979 n'employait plus le terme de « peine » ou de « mesure », mais un terme générique, celui de « sanction »⁴, Marc Ancel estimait que la peine et la mesure de sûreté avaient cessé de s'opposer et que l'emprisonnement lui-même était devenu une mesure rééducative⁵.

En 1977, un rapport du comité présidé par Alain Peyrefitte, intitulé « Réponses à la violence »⁶, a préconisé une approche sociale, par la réinsertion, du phénomène criminel⁷. La loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 *modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale* a toutefois durci le régime des peines privatives de liberté en créant une période de sûreté, qualifiée de modalité d'exécution de la peine et échappant ainsi aux garanties relatives aux peines *stricto sensu*⁸, mais s'apparentant à une mesure de sûreté en raison de son fondement, la dangerosité du condamné.

¹ Définie par les articles 58-1 à 58-3 de l'ancien Code pénal.

² Art. 58-1 ancien Code pénal.

³ Par la loi n° 81-82 du 2 février 1981 *renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, dite « loi Sécurité et liberté », car elle était vouée à l'échec en raison de l'insuffisance des efforts réalisés pour assurer une véritable réinsertion des multirécidivistes (v. P. Clément et G. Léonard, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois (...) en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 4 mars 2004 sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, AN, doc n° 1718, 7 juil. 2004).

⁴ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 230.

⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁶ Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance, *Réponses à la violence*, Rapport à M. le Président de la République, Paris, La Doc. fr., 1977.

⁷ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 20.

⁸ Plus tard, le Conseil constitutionnel la soumettra toutefois au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, J.O. 5 sept. 1986, p. 10788), tout en la qualifiant de mesure de sûreté (Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines*

L'avant-projet de Code pénal de 1983 ne traitait à nouveau que des peines. Un auteur s'est demandé si ce silence sur les mesures de sûreté n'était pas le signe de leur « désaveu » : « La mesure de sûreté dut se glisser dans un système de peines organisé par les vieux principes révolutionnaires qu'elle contredisait ouvertement », le législateur ayant préféré la plupart du temps « à l'introduction franche de la mesure de sûreté, en alternative [ou complément] de la peine », « une adoption déguisée par le biais de sanctions complémentaires dont il se gardait bien de définir la nature »¹.

L'adoption d'un système dualiste fut, en effet, un échec, en dépit des initiatives en ce sens.

B. L'échec de l'adoption d'un système dualiste

116. Conception unitaire de la sanction pénale. Malgré l'apparition des mesures de sûreté en droit positif, le législateur français a toujours refusé de leur faire une place officielle en s'abstenant de consacrer la notion même de mesure de sûreté. Il est ainsi resté attaché à une conception unitaire de la sanction pénale, qui consiste à ne reconnaître explicitement que les peines. En droit pénal français, les peines sont de ce fait les sanctions que le législateur désigne comme telles², ce qui correspond plutôt à une conception formaliste de la peine³. Les mesures de sûreté n'ont donc pas de régime propre et suivent (en principe) celui des peines, sauf lorsque la loi prévoit exceptionnellement des règles techniques spéciales pour telle ou telle mesure isolée. Il en va ainsi des mesures éducatives pour mineurs délinquants ou de la rétention de sûreté pour les auteurs des crimes les plus graves⁴.

Cette conception unitaire explique que, depuis fort longtemps, la doctrine a constaté que « le législateur qualifie [...] de "peines accessoires" ou "d'autres mesures" des sanctions qui, fondées sur l'état personnel du délinquant, ou destinées à prévenir de nouveaux abus, sont en réalité des mesures de sûreté »⁵. Dès les années cinquante, le magistrat Marc Ancel affirmait que « les mesures de sûreté sont très souvent appelées "peines" par le droit positif. Il en est ainsi nécessairement dans les législations qui, comme celle de la France, ne reconnaissent pas

dispositions de procédure pénale, J.O. 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note Renoux ; 1380, *D.*, 1995, Somm. 340, obs. Renoux).

¹ C. Barberger, « Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de code pénal et dans le code de procédure pénale », *RSC*, 1984, p. 19 s., cit. p. 21.

² V. p. ex. art. 131-1 s. CP.

³ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2012) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2013, chron. 3.

⁴ V. *infra*, n° 130 s.

⁵ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 17.

ouvertement le concept même des mesures de sûreté »¹. C'est donc « parmi les peines accessoires ou complémentaires qu'il faut presque toujours découvrir les mesures de défense sociale », et la « doctrine universelle est d'accord pour reconnaître que de telles pénalités constituent en réalité de véritables mesures de sûreté et qu'il en est de même parfois de certains effets attachés par la loi aux peines prévues par elle lorsque ces effets ont pour objet de prévenir le danger résultant des circonstances propres à conduire à la commission de nouveaux délits »². Ce dernier critère est en effet caractéristique des mesures de sûreté, les différenciant ainsi plus ou moins clairement des peines. Le magistrat Maurice Patin constatait de manière comparable, en 1948, que « ce qui caractérise le régime français, c'est le fait que ces diverses mesures, qui sont bien des mesures de sûreté, puisqu'elles s'inspirent des seuls intérêts de la défense sociale, n'en portent pas le nom ; elles restent légalement des peines ; elles se dissimulent en quelque sorte parmi cet ensemble de pénalités supplémentaires qui accompagnent la peine principale et qui portent le nom de "peines accessoires ou complémentaires" »³. Mais selon cet auteur, « ce n'est peut-être pas un mal » puisque l'appellation de « peine » témoigne « de notre volonté inébranlable de laisser ces mesures à la seule disposition de l'autorité judiciaire et non à celle de l'administration et de les soumettre, comme les peines, au strict régime de la légalité »⁴.

Nous verrons toutefois qu'une reconnaissance officielle des mesures de sûreté n'empêche nullement qu'elles ressortissent, comme les peines, à la compétence du juge judiciaire⁵. Quoiqu'il en soit, il est indéniable qu'« il ne faut [...] pas s'arrêter à la terminologie officielle et au contraire rechercher si, dans chacune des législations prises en considération, des mesures de sûreté ne se cachent pas sous des vocables différents »⁶, si bien qu'il y a, en général, coexistence des peines et des mesures de sûreté.

Nombre de tentatives ont pourtant été faites en vue de consacrer explicitement les mesures de sûreté en France.

¹ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle, Rapport préc.*, p. 7.

² *Ibid.*, p. 8.

³ M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », Rapport général présenté aux Journées de droit franco-latino-américaines, *RSC*, 1948, p. 415 s., spéc. p. 419.

⁴ *Ibid.*, p. 419.

⁵ V. *infra*, n° 829 s.

⁶ M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », Rapport *préc.*, p. 421.

117. Projets inaboutis visant la consécration explicite des mesures de sûreté.

Plusieurs projets de loi en ce sens sont restés inaboutis¹. On y trouve les prémices d'un certain nombre de mesures existant actuellement. C'est pourquoi trois d'entre eux méritent que l'on s'y arrête.

Le premier a été l'avant-projet de révision du Code pénal français dit « projet Chéron-Matter » de 1934, qui faisait une large place aux mesures de sûreté et en présentait une réglementation systématique². L'exposé des motifs de ce projet illustre la volonté de la Commission de réforme de trouver une voie moyenne entre la doctrine de l'École de la défense sociale nouvelle et celle de l'École pénitentiaire prônant une plus grande individualisation de la peine³. Il avait ainsi prévu des mesures spéciales pour les détenus aliénés et les tribunaux pénaux devaient statuer sur les libérations conditionnelles, les interdictions de séjour ainsi que les mesures de sûreté applicables aux personnes libérées.

En dépit de cet échec, certains legs de la défense sociale sont perceptibles en droit positif français. Depuis la fin du XIX^e siècle, l'idée de l'individualisation de la peine et celle de la nécessaire réinsertion de l'individu ont pris de l'ampleur dans la politique criminelle⁴. Les grands textes de l'après-guerre en portaient la marque et les nouvelles sciences criminelles ont été mises au service d'une prévention et d'un traitement de la déviance⁵. Ainsi, après la Seconde Guerre mondiale et devant le constat que l'élimination des délinquants « anormaux » n'était plus la seule solution pour prévenir la criminalité, « la politique criminelle n'a plus eu d'autre perspective que celle de l'organisation rationnelle du traitement des délinquants »⁶. La très libérale Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 était représentative de cette évolution. Sous l'impulsion de la doctrine de la défense sociale nouvelle⁷, le mouvement

¹ À côté des projets de loi, il convient d'ailleurs de mentionner les travaux du Centre de défense sociale de l'Université de Paris sur le statut des délinquants mentalement anormaux et des délinquants d'habitude, ainsi que ceux de la Société générale des prisons sur le régime des jeunes adultes. Ces projets séparaient nettement la peine et la mesure de défense sociale, en ne faisant qu'un appel discret à la sentence indéterminée dont ils limitaient l'application par une combinaison des nécessités du traitement et des impératifs juridiques : v. J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 768. Le professeur Pinatel préconisait, quant à lui, un système dualiste permettant de substituer éventuellement une mesure de défense sociale d'ordre sanitaire ou socio-éducatif aux peines normalement encourues. Ce système devait exclure le cumul de la peine et de la mesure ainsi que le passage de la mesure à la peine (*ibid.*, p. 772).

² Ce projet proposait une liste de onze mesures de sûreté classées en mesures privatives de liberté, restrictives de liberté ou d'ordre patrimonial. V. J. Magnol, *L'avant-projet de révision du Code pénal français (Partie générale)*, *op. cit.*, p. 90 et 225 s.

³ J.-P. Allinne, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle – 2. Le temps des doutes 1920-2004*, L'Harmattan, 2004, p. 41.

⁴ V. *ibid.*, p. 53 s.

⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶ J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 763.

⁷ V. *supra*, n° 31.

de la réforme pénitentiaire¹ a mis l'accent sur la finalité resocialisatrice de la peine, passant par l'amendement et le traitement du condamné. On s'est progressivement éloigné de la première acception de la défense sociale des années 1910 qui faisait passer la protection de la société avant l'objectif de réinsertion². L'exécution et les aménagements possibles de la peine ont ainsi été orientés vers l'avenir pour prendre en compte la sortie du détenu et sa réinsertion dans la société, nécessaire pour éviter toute rechute. On voit donc que l'individualisation de la peine, avec notamment la création en 1958³ du juge de l'application des peines et du « sursis à l'emprisonnement avec mise à l'épreuve », devait remplir certaines fonctions en principe attribuées aux mesures de sûreté.

Le deuxième a été un avant-projet de loi rédigé en 1959 par des tenants de l'École de la défense sociale nouvelle⁴ qui est demeuré, lui aussi, sans suite. Il comportait deux sortes de mesures de sûreté privatives de liberté très semblables à celles qui existent actuellement⁵. L'avant-projet prévoyait en effet des mesures de défense sociale applicables aux délinquants « aliénés »⁶ ou « anormaux »⁷, auteurs et complices de crimes ou de délits punis d'emprisonnement. L'aliéné devait faire l'objet d'un internement de défense sociale, mesure curative de placement dans un hôpital psychiatrique, prononcée par une juridiction à raison de sa nocivité particulière. Cela n'est pas sans rappeler l'actuelle déclaration d'irresponsabilité pénale permettant à la juridiction d'ordonner le placement en hôpital psychiatrique de la personne⁸. Le délinquant anormal, lui, devait être placé dans un établissement de défense sociale où il devait être soumis à un traitement médico-répressif tendant à l'amélioration de son état mental, à sa rééducation morale et à sa réadaptation sociale⁹. Bien que limitée dans sa

¹ Paul Amor, directeur général de l'Administration pénitentiaire, réunit le 9 décembre 1944 une commission « chargée d'élaborer et de soumettre au garde des Sceaux les réformes relatives à l'administration pénitentiaire », appelée commission Cannat.

² J.-P. Allinne, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle – 2. Le temps des doutes 1920-2004*, op. cit., p. 69.

³ Par le nouveau code de procédure pénale.

⁴ G. Levasseur G. (dir.), *Les délinquants anormaux mentaux*, Publications du centre d'Études de Défense Sociale, Paris, Cujas, 1959.

⁵ V. les mesures émanant 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, *infra*, n° 129.

⁶ Art. 1 de l'avant-projet : « Est dit « aliéné » au sens de la présente loi tout individu qui, par suite d'un état psycho-pathologique dû à une maladie mentale ou à un développement mental incomplet, est totalement incapable d'apprécier le caractère délictueux de ses actes ou de se déterminer d'après cette appréciation ».

⁷ Art. 2 de l'avant-projet : « Est dit « anormal » au sens de la présente loi tout individu qui, par suite de troubles psychiques ou de déficiences mentales durables altérant ses fonctions supérieures de contrôle n'est pas pleinement capable d'apprécier le caractère délictueux de ses actes ou de se déterminer d'après cette appréciation ».

⁸ V. *infra*, n° 242 s.

⁹ V. J. Danet, « Comment a évolué récemment le droit et quelles sont les préoccupations du législateur quand il évoque la « dangerosité des malades mentaux » ? », in : Haute autorité de santé, *Dangerosité psychiatrique :*

durée à dix ans, la mesure était renouvelable lorsque le détenu « n' [était] pas suffisamment réadapté aux conditions de la vie en société et que la persistance de son état rend[ait] probable dans l'immédiat la perpétration d'infractions graves »¹. Cette mesure semble avoir inspiré l'actuelle rétention de sûreté², à la différence qu'elle pouvait être décidée par la juridiction d'instruction pour se substituer à la peine. Enfin, le contrôle et l'exécution de ces deux mesures de défense sociale devaient relever des tribunaux correctionnels et d'un juge de l'exécution après avis d'une commission consultative composée du directeur de l'établissement où était enfermée la personne, et des membres de chacun des services (médical, rééducatif et social) en contact avec l'intéressé³. Ces règles trouvent un écho dans le rôle que jouent aujourd'hui le juge de l'application des peines et la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté dans l'exécution des mesures de sûreté⁴.

Le troisième et dernier était l'avant-projet de Code pénal de 1978⁵. Bien que n'employant que la notion de « sanctions »⁶, il prévoyait que les personnes atteintes de troubles psychiques au moment du jugement pourraient bénéficier, sur décision de la juridiction saisie, d'un traitement « médico-psychologique » réalisé au sein d'un établissement pénitentiaire spécialisé⁷.

118. Propos conclusifs. Ces nombreuses initiatives n'ont pas suffi à convaincre le législateur de l'utilité d'adopter un système dualiste de sanctions pénales, celui-ci ayant préféré conserver le système unitaire. Malgré cette confusion constante entre peine et mesure de sûreté, le législateur contemporain a implicitement reconnu l'utilité des mesures de sûreté en les multipliant, ce qui aboutit aujourd'hui à une consécration ambiguë.

étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou des troubles de l'humeur, Audition publique – Textes des experts, déc. 2010, p. 27 s.

¹ Art. 66 de l'avant-projet, cité par J. Danet, « Comment a évolué récemment le droit et quelles sont les préoccupations du législateur quand il évoque la « dangerosité des malades mentaux » ? », *art. cit.*, p. 30.

² V. *infra*, n° 128 s.

³ J. Danet, « Comment a évolué récemment le droit et quelles sont les préoccupations du législateur quand il évoque la « dangerosité des malades mentaux » ? », *art. cit.*, p. 27 s.

⁴ Sur le rôle de cette commission, v. *infra*, n° 750 s.

⁵ Commission de révision du Code pénal, *Avant-projet définitif de Code pénal, Livre 1, Dispositions générales*, La Doc. fr., 1978.

⁶ Les rédacteurs de ce projet considéraient la distinction entre peines et mesures de sûreté comme « dépassée ». Le terme plus neutre de *sanction* devait donc englober les peines et les mesures de sûreté, conformément à la doctrine de la défense sociale nouvelle. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 830.

⁷ V. H. Matsopoulou, « L'application non rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés », *D.*, 2009, p. 1111 s.

§ 2 : La consécration ambiguë des mesures de sûreté par le législateur contemporain

119. Si le législateur a expressément opté, au moment de la réforme du Code pénal, pour un système unitaire de sanctions pénales dans lequel la mesure de sûreté n'a pas sa place, il n'a en revanche pas renoncé à multiplier les dispositifs instaurant des mesures de sûreté. Ces dernières connaissent donc un véritable renouveau¹ (A) sans pour autant être officiellement reconnues avec un régime qui leur est propre, ce qui rend leur place incertaine (B).

A. Le renouveau des mesures de sûreté

120. Après la multiplication des mesures de sûreté restrictives de liberté (1), le législateur contemporain a franchi un nouveau pas en instituant une mesure privative de liberté, la rétention de sûreté (2).

1. La multiplication des mesures de sûreté restrictives de liberté

121. **Nouveau Code pénal et réaffirmation de la conception unitaire de la sanction pénale.** Le Code pénal entré en vigueur en 1994 se revendique d'une ouverture aux droits de l'homme². Or il conserve, à l'image de son prédécesseur, cette originalité du droit français qu'est le refus de reconnaître officiellement la catégorie des « mesures de sûreté ». Il adopte donc une conception unitaire de la notion de sanction pénale, celle-ci ne comportant que des peines. L'exposé des motifs du nouveau code³ traduit expressément ce choix : « Aux fins de simplification, toutes les sanctions pénales relèvent désormais d'une seule catégorie, celle des peines. En effet, coexistent dans notre droit, à côté de peines principales, des interdictions diverses – suspension du permis de conduire, interdictions professionnelles – qualifiées mesures de sûreté et soumises à un régime juridique particulier, notamment au point de vue de l'amnistie, de la grâce ou de la prescription. Désormais, toutes les sanctions pénales seront sans distinction des peines ». Refusant la distinction peine / mesure de sûreté, le Code pénal

¹ V. H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s. V. aussi S. Cimamonti, « La résurgence des mesures de sûreté en Droit pénal français contemporain », in : *Future of Comparative Study in Law: The 60th anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University*, Series of the Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University Press, Tokyo, 2011, p. 369 s.; J. Pradel, « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité sexuelle ou violente », *art. cit.*, p. 41 s.

² M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 20.

³ Exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal, *J.O. Sénat*, Doc. parlementaires, 1985-1986, n° 300, p. 7.

actuel préfère donc « ranger dans la catégorie des peines complémentaires bon nombre de sanctions qui sont, par nature, des mesures de sûreté »¹.

Lorsque l'on consulte le Code pénal, on constate que la notion même de mesure de sûreté n'apparaît pas parmi la présentation des sanctions pénales, ce qui découle logiquement de la conception unitaire adoptée. Les articles 130-1 et suivants du Code pénal sont regroupés au sein d'un Titre III du Livre I intitulé « *Des peines* », traitant de leur nature, du régime applicable et des causes d'extinction, mais aucun titre n'est consacré aux mesures de sûreté. De même, l'article 111-2 qui consacre le principe de légalité des délits et des peines, ne mentionne aucunement les mesures de sûreté.

Ce choix s'explique par le fait que ces mesures sont ressenties comme des peines par les personnes concernées et qu'elles présentent le plus souvent un caractère afflictif et contraignant². Aussi, procédant « à un amalgame entre peines et mesures de sûreté, [le code] tend à fixer un régime juridique unique d'après celui applicable habituellement aux peines »³, ce qui signifie par exemple que les sanctions pénales doivent toutes être expressément prononcées par la juridiction dans la décision de condamnation conformément à l'article 132-17. Pas plus que les rédacteurs de l'ancien code, ceux du nouveau ne font une place particulière aux mesures de sûreté ; ce code « reste donc, comme celui de 1810, "pénal" au sens précis du terme »⁴. Le code refuse d'ailleurs de substituer à la notion de peine celle plus neutre de « sanction » car, « le Code pénal est par nature *le Code des peines* »⁵. Comme le souligne le professeur Mayaud, « la mesure de sûreté est de ce fait *intégrée* dans la peine, et non pas *dissociée* de celle-ci, comme elle tend à le devenir aujourd'hui »⁶.

122. Existence clandestine des mesures de sûreté. Toutes les sanctions prononcées par le juge sont dès lors des peines, bien qu'il soit « évident que certaines sanctions visent plus à traiter la dangerosité qu'à châtier »⁷. Partant, les mesures de sûreté ont, selon la doctrine, une « existence presque clandestine »⁸. En effet, malgré la volonté du législateur de garder le silence sur les mesures de sûreté, on ne peut ignorer la véritable nature de celles qui ont été

¹ G. Roujou de Boubée, « Les rétentions de sûreté », *D.*, 2008, p. 464 s.

² R. Badinter, *Projet de nouveau code pénal*, Dalloz, 1988, p. 18.

³ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁴ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 42.

⁵ R. Badinter, *Projet de nouveau code pénal*, *op. cit.*, p. 17.

⁶ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008, p. 1359, note 4.

⁷ X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 327, p. 301.

⁸ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 617, p. 517 ; Ce constat fut déjà formulé en 1965 par R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 184.

introduites de manière éparses dans le droit pénal¹. On a même assisté, par la suite, à un « véritable retour en force » des mesures de sûreté « qui tranch[ait] nettement avec les orientations prises lors de la réforme du code pénal, alors que la répression n'avait été comprise, à l'époque, qu'en termes de peines »². Ainsi, tout en adoptant une conception unitaire de la sanction pénale, le législateur n'a pas hésité à conserver les mesures de sûreté sous d'autres dénominations. Sans se séparer définitivement de ces dernières, il a simplement contourné – de manière malhabile – la question de leur consécration et de leur articulation avec les peines. Animé par un souci de clarification et d'harmonisation des dispositions hétérogènes existantes, le législateur a cédé à une confusion des genres qui affecte, *in fine*, la clarté du code. Au point qu'il est permis de se demander si la simplification appelée de ses vœux n'a pas échoué.

Ainsi, tout en refusant d'utiliser expressément la notion de mesure de sûreté, le législateur a fini par insérer un certain nombre de ces mesures dans le Code pénal même – en prenant toutefois le soin de les qualifier de « peines ». Ces dernières suivent par conséquent la qualification et le régime juridique de la peine, malgré un fondement et des finalités distincts³. À titre d'exemple, l'article 132-58 du Code pénal relatif à la dispense de peine dispose que la juridiction peut, après avoir déclaré le prévenu coupable et statué le cas échéant sur la confiscation des objets dangereux ou nuisibles, dispenser le prévenu de toute autre peine. « Ce faisant, sans le dire, le législateur considère la confiscation de tels objets comme une mesure de sûreté »⁴ malgré la formulation de l'article 131-21, alinéa 7, du Code pénal, selon lequel « la peine de confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles, par la loi ou le règlement, ou dont la détention est illicite ». En effet, la circulaire d'application du nouveau code explique que la confiscation est, en ce cas, une mesure de sûreté qui doit permettre de retirer de la circulation les objets dangereux. Il est vrai que la jurisprudence antérieure à la réforme du Code pénal traitait la confiscation comme une mesure de sûreté⁵.

L'évolution ultérieure du droit pénal, d'orientation sécuritaire, est venue remettre en cause la conception unitaire de manière plus nette encore.

¹ Ces dernières ne suivent d'ailleurs pas totalement le même régime que la peine, comme nous le verrons au fur et à mesure de leur étude.

² Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

³ V. notamment le suivi socio-judiciaire (art. 131-36-1 CP), ainsi que les nombreuses peines « complémentaires » ou « alternatives » prévues par les articles 131-6 et suivants du Code pénal. Pour des arguments en faveur de leur nature de « mesure de sûreté », v. plus en détail, *infra*, n° 414, 465, 472, 506 s.

⁴ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁵ V. *infra*, n° 197, 198 et 199.

123. Courant législatif sécuritaire favorable au développement des mesures de sûreté. L'intensification de la volonté de lutter contre la récidive semble correspondre à une prise de conscience des insuffisances du système unitaire de sanctions pénales. Celui-ci a donc été remis en cause progressivement par une série de lois qui ont réintroduit le concept de mesure de sûreté, d'abord de manière implicite, puis de manière explicite.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, les réformes majeures sont en effet venues combler des « lacunes sécuritaires » par l'insertion de nouvelles sanctions, qui, majoritairement dénommées « peines complémentaires », s'apparentent davantage à des mesures de sûreté¹. Les mesures de sûreté n'ont donc, contrairement à l'intention affichée par le législateur, jamais entièrement disparu. Il est plus exact de dire qu'elles ont été dissimulées sous d'autres appellations. Dans les textes les plus récents, on voit même apparaître des mesures de sûreté ouvertement qualifiées comme telles², au point qu'un éminent auteur observe que ces nouvelles mesures « semblent renouer avec la doctrine de l'école positiviste »³.

Au cours des dernières décennies, la politique criminelle française a fluctué au gré des changements politiques⁴, avec pour ligne directrice la recherche sans fin de la sécurité. Elle semble s'être nourrie du sentiment d'insécurité de la population, qui a conduit à un durcissement et à une diversification de la réponse pénale à l'égard notamment des délinquants récidivistes. On a alors pu observer une « avalanche législative » avec un enchaînement de lois dites « sécuritaires »⁵, conduisant à une renaissance de la notion de dangerosité⁶ et, corrélativement, de celle de sûreté. Pour le professeur Delmas-Marty, la loi est devenue de cette manière un « instrument de communication politique, message de sympathie adressé à chaque victime d'un événement médiatisé »⁷. Il est toutefois regrettable que le législateur réagisse ainsi dans l'urgence aux faits divers retentissants⁸ sans se soucier

¹ V. *infra*, n° 124 et 125.

² V. *infra*, n° 124 et 125.

³ M. Delmas-Marty, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *art. cit.*, p. 5 s. En ce sens également, Ph. Bonfils, « 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 », *art. cit.*, p. 392 s.

⁴ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 20.

⁵ V. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 10^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 54 s.

⁶ Sur la renaissance de la notion de dangerosité, v. *infra*, n° 684.

⁷ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 21.

⁸ En ce sens, v. J. Danet, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, 1/2003, n° 25, p. 37-69, URL : www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2003-1-page-37.htm: qui fait remarquer que « le désordre dans lequel [ces lois] émergent traduit bien une forme de panique législative ». L'influence des faits divers sur le travail parlementaire a amené un auteur à évoquer un

de l'élaboration d'un régime général des mesures de sûreté. C'est en effet la cohérence de l'arsenal pénal qui en pâtit. On peut distinguer deux séries de mesures de sûreté qui ont été introduites postérieurement à l'adoption du nouveau Code pénal.

124. Première série de mesures de sûreté postérieures au nouveau Code pénal. La première loi instaurant une mesure de sûreté postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code a été la loi n° 94-81 du 1^{er} février 1994 *instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*. Elle a créé la période de sûreté incompressible (faisant obstacle, pendant un certain temps, à tout aménagement de la peine) qui, fondée sur la dangerosité du condamné, est marquée par la logique des mesures de sûreté et, de ce fait, peut être considérée comme telle¹. Elle a été suivie de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs* qui a créé une nouvelle peine complémentaire, le suivi socio-judiciaire. La qualification légale de ce dernier ne saurait suffire à cacher son objectif essentiellement curatif et préventif, notamment lorsqu'il s'accompagne d'une injonction de soins. Cette mesure répond en effet parfaitement à la définition de la mesure de sûreté², en ce que son application dépend de la dangerosité de l'intéressé, c'est-à-dire « de la grande probabilité de le voir à nouveau violer la loi pénale, et de la possibilité d'un traitement visant à éliminer l'état dangereux et à empêcher ainsi la récidive »³. Toutefois, le législateur s'est montré respectueux du principe de non-rétroactivité en ne faisant pas rétroagir cette nouvelle « peine »⁴.

Est ensuite intervenue la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, qui a institué l'inscription au Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAISV). Les obligations que cette dernière mesure entraîne sont imposées « à titre de mesure de sûreté »⁵. Mais, sans doute pour éviter de faire figurer expressément le terme de « mesure de sûreté » dans le Code pénal, le législateur a inséré cette mesure au sein du Code de procédure pénale et plus

néologisme : la « faitdiverisation » : J.-P. Allinne, « Récidive, risque, dangerosité, la fin du paradigme réhabilitatif », in : J.-P. Allinne et M. Soula (dir.), *Les récidivistes, Représentations et traitements de la récidive XIX^e-XXI^e siècle*, PUR, 2010, p. 25. V. aussi, plus en détail, J. Herrmann, « Les lois "faits-divers". Approche de droit comparé franco-allemand », in : *Le droit face à l'urgence*, Actes d'un colloque du 4 déc. 2014 à Strasbourg, Mare & Martin, 2015, à paraître.

¹ Pour une étude plus approfondie de cette mesure et de sa nature juridique, v. *infra*, n° 365.

² V. *infra*, n° 414 et 508.

³ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁴ D'où la création en 2005 de la surveillance judiciaire, qualifiée de mesure de sûreté et donc d'application rétroactive : v. *infra*.

⁵ Art. 706-53-5 CPP.

précisément parmi les procédures particulières, en l'occurrence celle qui est applicable aux infractions de nature sexuelle.

Si le législateur s'est montré jusque-là réticent à introduire la notion de mesure de sûreté dans le Code pénal, en évitant le terme ou en ayant recours à des lois extérieures¹ et au Code de procédure pénale², on a observé un tournant en 2005³, lorsque le Code pénal a expressément accueilli une mesure de sûreté formellement désignée comme telle en son sein. Il s'agit de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005⁴ qui a mis en place le placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) « à titre de mesure de sûreté »⁵, l'insérant dans le

¹ Certains textes législatifs contiennent en effet le terme « mesure de sûreté », ce qui constitue une preuve de leur existence, bien qu'elle soit déniée par le Code pénal. À titre d'exemple, on peut citer la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui fait référence, dans plusieurs de ses articles, aux « traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté » (art. 9, 25, 26, 32 de la loi).

² Le Code de procédure pénale comporte en effet quelques articles évoquant la notion de mesure de sûreté. Ainsi, les textes consacrés à la détention provisoire ou au contrôle judiciaire indiquent-ils que ces mesures sont pratiquées à titre de mesure de sûreté (art. 137 CPP). On peut encore citer l'article 695-24 relatif au mandat d'arrêt européen, ou l'article 728-2 relatif au transfèrement des condamnés sur le territoire français qui font tous les deux référence aux mesures de sûreté privatives de liberté. Plus récemment, figurent également dans ce code les dispositions relatives à la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté chargée d'évaluer la dangerosité des personnes susceptibles de se voir appliquer une mesure de sûreté (art. 706-53-14 s. et R. 61-7 s. CPP), ainsi que d'autres « mesures de sûreté », telles que la surveillance judiciaire (v. *infra*, n° 373) ou les mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables (v. *infra*, n° 471 s.)

³ Les origines des différentes mesures de sûreté formellement appelées comme telles se trouvent dans les rapports officiels qui préconisaient, au titre des mesures non privatives de liberté, l'instauration d'un « placement sous surveillance électronique » et d'un « suivi de protection sociale » : v. J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la commission Santé-Justice, La Doc. fr., 6 juillet 2005 ; Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport préc., p. 42 ; J.-P. Garraud (dir.), *Réponses à la dangerosité*, Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, La Doc. fr., oct. 2006, p. XXXIV. Ce dernier rapport a estimé que si la surveillance judiciaire était définie par la loi comme une mesure de sûreté, elle demeurerait, de par son régime, très liée au « champ pénal » (prononcée par le juge de l'application des peines, elle s'exécute pendant une durée égale à celle des remises de peines) alors que la mesure de « suivi de protection sociale » devait s'affranchir de toute connotation répressive.

⁴ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *J.O.* n° 289 du 13 déc. 2005, p. 19152. Pour des commentaires de cette loi, v. : M. Herzog-Evans, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.*, 2006, chron., p. 182 s. ; M.-L. Rassat et G. Roujou De Boubée, « À propos de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *D.*, 2006, tribune, p. 593 ; J. Buisson, « Loi "Récidive" », *Procédures*, 2006, comm. 35 ; A. Darsonville, « La réitération, ou la consécration légale d'une notion hybride - À propos de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.*, 2006, chron., p. 2116 s. ; J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *JCP G*, 2006, I, 116 ; *Dr. pén.*, 2006, étude 2 ; J.-F. Seuvic, « Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive », *RSC*, 2006, chronique législative, p. 352 s. ; D. Thomas, « Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », in : *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1119 s.

⁵ Art. 131-36-9 s. CP.

Code pénal parmi les peines applicables aux personnes physiques¹. La notion de mesure de sûreté est donc apparue, pour la première fois, expressément dans ce code qui a pourtant refusé – et continue de le faire – de lui reconnaître une existence et un régime distincts. La nature du PSEM, elle, ne fait aucun doute, étant fondée sur la « *dangerosité* » de la personne qui la subit et sur le « *risque de commission d'une nouvelle infraction* », et prononcée après l'avis de la « *commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté* »². Un auteur estime que « cette clarification terminologique annonçait la volonté du législateur de s'engager progressivement et officiellement dans un système de "double voie" »³.

La même loi a, en outre, institué une autre mesure qu'elle a expressément qualifiée de mesure de sûreté, la surveillance judiciaire des personnes dangereuses. Mais cette dernière a été inscrite dans le Code de procédure pénale, au sein d'un chapitre relatif à l'exécution des peines privatives de liberté (article 723-29 CPP), le législateur créant ainsi la confusion avec les mesures d'exécution de la peine⁴. Cette mesure est, elle aussi, fondée sur la dangerosité du condamné et tend à « *prévenir une récidive dont le risque paraît avéré* ». Sa qualification légale de mesure de sûreté lui a permis, contrairement au suivi socio-judiciaire, de s'appliquer rétroactivement et il en a été de même du placement sous surveillance électronique mobile lorsqu'il constitue une composante de cette mesure⁵.

Le mouvement législatif s'est poursuivi avec la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007⁶, qui a généralisé le recours à l'injonction de soins⁷ et témoigné ainsi de la volonté du législateur de traiter plus efficacement certains délinquants dangereux¹.

¹ Cette loi est en outre à l'origine de l'article 132-24, alinéa 2 du Code pénal (dans sa version antérieure à la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*) selon lequel les peines prononcées doivent favoriser l'insertion (ou la réinsertion) du condamné et prévenir la commission de nouvelles infractions, tout en assurant une protection effective de la société. Ces finalités rejoignent clairement celles des mesures de sûreté : v. *infra*, n° 558 s.

² Art. 763-10 CPP. Notons que la consultation de ladite commission a par la suite été rendue facultative, par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

³ X. Pin, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 326, p. 300.

⁴ Par laquelle se laissera influencer le Conseil constitutionnel dans sa décision Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc. V. infra*, n° 216.

⁵ V. plus en détail, *infra*, n° 391.

⁶ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, *J.O.* n° 185 du 11 août 2007, p. 13466. Pour un commentaire de cette loi, v. not. É. Garçon, « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal, Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 », *JCP G*, n° 42, 17 oct. 2007, I, 196; J. Pradel, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *Commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les « peines plancher »*, *D.*, 2007, Chron. p. 2247 s.; J.-H. Robert, « Le plancher et le thérapeute », *Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, *Dr. pén.*, 2007, étude n° 20; D. Thomas, « La loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive », *AJ pénal*, 2007, p. 352 s. V. également : H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.; P. Poncela, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC*, 2007, p. 883 s.

⁷ Elle a également instauré les peines planchers applicables à certains récidivistes, qui ont toutefois été abrogées par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

À côté de ces lois, on peut également mentionner plusieurs ordonnances qui ont instauré des interdictions et déchéances professionnelles dans la même finalité préventive². Ces interdictions, encourues de plein droit, ont été qualifiées de « mesures de sûreté » par la doctrine³ en dépit de leur qualité légale de peine accessoire. D'une durée déterminée et d'application automatique, elles sont peu personnalisables, sauf décision de réduction ou de relèvement accordée par le juge. Si leur finalité consiste donc bien à éliminer temporairement les condamnés concernés de certaines professions pour empêcher la récidive – ce qui correspond parfaitement à la logique des mesures de sûreté – leur régime, en revanche, semble inadéquat pour atteindre cet objectif. En effet, les mesures de sûreté requièrent un constat préalable de l'état dangereux de la personne et une adaptabilité de leur durée à l'évolution de cet état dangereux.

Ce bref recensement met en exergue une multiplication significative des mesures de sûreté au lendemain de l'adoption du nouveau Code pénal, qui ne s'accompagne toutefois pas d'une réflexion globale sur leur place et leur régime. Le législateur ne s'est pourtant pas arrêté là.

125. Deuxième série de mesures de sûreté postérieures au nouveau Code pénal.

L'article 1^{er}, I de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008⁴ a inséré, au sein du Titre XIX du Livre IV du Code de procédure pénale relatif à la « *Procédure applicable aux infractions de nature sexuelle* » et à la « *protection des mineurs victimes* », un nouveau Chapitre III, intitulé « *De la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté* ». La surveillance de sûreté semble constituer, parmi les mesures restrictives de liberté, l'instrument sécuritaire ultime en permettant de prolonger infiniment les mesures de surveillance déjà existantes⁵. Si ces dernières n'avaient encore été que des consécutions timides de la logique propre aux mesures de sûreté (car limitées dans leur durée ou cantonnées au cadre de l'exécution de la peine), le

¹ V. *infra*, n° 574.

² V. H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s. On y trouve notamment les ordonnances n° 2004-634 du 1^{er} juillet 2004 sur l'exercice des activités d'entremise et de gestion des immeubles et fonds de commerce, n° 2005-174 du 24 février 2005 relative à l'organisation et à la vente de voyages et de séjours et n° 2005-428 du 6 mai 2005 sur les incapacités en matière commerciale (art. L. 128-1 C. com.), ainsi que l'ordonnance n° 2005-429 du 6 mai 2005 interdisant l'exercice de l'activité bancaire. De la même manière, les articles L. 128-1 du code de commerce et L. 500-1 du code monétaire et financier interdisent dans certains cas de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise industrielle ou commerciale ou une société commerciale.

³ J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2005, p. 172 et 186.

⁴ 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, préc.*

⁵ V. plus en détail, *infra*, n° 374.

législateur a, avec la surveillance de sûreté, créé une surveillance potentiellement perpétuelle. Qui plus est, cette mesure est d'application rétroactive¹, ce qui lui permet de déployer pleinement ses fonctions préventives.

Bien que le législateur ne nomme pas expressément cette nouvelle réponse pénale « mesure de sûreté », son régime est, de toute évidence, dérogatoire à celui de la peine, et elle porte d'ailleurs clairement sa finalité dans son nom. Il n'est dès lors pas étonnant que le législateur ait évité de l'insérer dans le Code pénal qui ne reconnaît pas ce type de sanction. Cela n'enlève cependant rien au problème de l'élaboration nécessaire d'un régime général consacré aux mesures de sûreté².

Les mesures introduites par la même loi et applicables aux personnes déclarées irresponsables pénalement ont, au contraire, été ouvertement qualifiées de mesures de sûreté³. Notons, cependant, que le législateur n'a, en ce domaine, rien inventé de nouveau⁴ : en posant à l'article 706-136 CPP diverses interdictions, il n'a fait que reprendre une énumération de mesures existant déjà à l'égard des personnes pénalement responsables (article 131-6 CP) – en modifiant simplement leur qualification légale de peine en mesure de sûreté. À titre d'exemple, on y trouve l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis. Au demeurant, ces mesures ne semblent, en substance, pas adaptées à la situation des personnes souffrant d'une maladie mentale ; elles ne favorisent pas le traitement de la maladie et ainsi la disparition de la dangerosité et leur respect suppose un certain degré de discernement⁵. Le choix critiquable de les insérer au Code de procédure pénale – alors qu'il s'agit de réponses pénales – traduit sans doute, une fois de plus, le malaise du législateur qui consacre des mesures de sûreté sans reconnaître le dualisme des sanctions pénales.

126. Propos conclusifs. Au regard de cette démonstration, on ne peut plus ignorer l'obsession du législateur contemporain de lutter contre la répétition d'infractions en général et contre celle des délinquants sexuels en particulier⁶. Aussi, les mesures de sûreté ont-elles

¹ Par son biais, la rétention de sûreté a également trouvé à s'appliquer à des faits ou condamnations antérieurs : v. *infra*, n° 131.

² Pour le régime que nous proposons, v. *infra*, n° 824 s.

³ V. *infra*, n° 471.

⁴ Il en va de même de l'internement en hôpital psychiatrique, mentionné à l'article 706-135 CPP, qui existait déjà auparavant mais dont le prononcé relevait exclusivement de l'autorité administrative. Sur cette mesure, v. *infra*, n° 240 s.

⁵ V. plus en détail, *infra*, n° 821.

⁶ D. Roets, « De l'obligation positive de prévenir la délinquance sexuelle à l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des délinquants sexuels : la vie privée dans tous ses états... », *RSC*, 2010, p. 240 s.

connu une recrudescence à la faveur du durcissement de la politique criminelle au cours des dernières années. La loi fait donc désormais ouvertement référence à la dangerosité de la personne, sur laquelle elle fonde de plus en plus de ces mesures, tout en continuant d'alimenter la confusion qui existe en droit pénal français entre les peines et les mesures de sûreté. La multiplication de ces dernières vient directement contredire la conception unitaire des sanctions pénales actuellement en vigueur.

On constate, en outre, une évolution au sein même de ces mesures. Alors qu'elles étaient au départ surtout des mesures d'éducation ou de surveillance, elles sont devenues des restrictions de liberté de plus en plus contraignantes. Les mesures non privatives de liberté n'ont finalement pas été jugées suffisantes pour parer à tout risque d'infraction émanant des délinquants les plus dangereux. Le droit pénal français a donc fini par s'enrichir de l'homologue de l'internement de sûreté allemand : la rétention de sûreté.

2. L'apparition d'une mesure de sûreté privative de liberté : la rétention de sûreté

127. La genèse de la rétention de sûreté (a) retient notre attention en raison de la place particulière qu'elle occupe au sein des mesures de sûreté (b).

a. La genèse de la rétention de sûreté

128. Insuffisance des dispositifs de surveillance existants. Les différentes techniques de contrôle après cessation de la détention ont pu se révéler insuffisantes à l'égard des personnes particulièrement dangereuses car présentant un risque de récidive très élevé, qui, faute de souffrir de troubles mentaux, ne relèvent pas d'une hospitalisation d'office et qui ont purgé la totalité de leur peine¹. Trois commissions de réflexion ont été chargées de faire des propositions en vue de la mise en place d'un dispositif permettant d'écarter de la société ces types de criminels. Leurs rapports² ont inspiré la loi du 25 février 2008 précitée³, adoptée en

¹ G. Fenech, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi (n° 442), relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, AN, doc. n° 497, 12 déc. 2007, p. 23.

² J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport préc. ; Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport préc. ; J.-P. Garraud (dir.), *Réponses à la dangerosité*, Rapport préc.

³ Outre les commentaires précités, v. également, sur la rétention de sûreté : M. Herzog-Evans, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté : l'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines », *D.*, 2008, chron., p. 3098 s. ; J. Ferrand, « Vous avez dit rétention de sûreté ? La victoire posthume de

procédure accélérée¹ et visant à répondre à une « lacune »². Le domaine d'application de la rétention de sûreté a ensuite été élargi par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 *tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale*.

L'adoption dans l'urgence d'une mesure aussi sévère n'a pas manqué de soulever des interrogations³. On remarque en outre que la rétention de sûreté n'a pas été expressément qualifiée de mesure de sûreté mais a été insérée dans les « procédures particulières » régies par le Code de procédure pénale⁴. Ce n'est qu'implicitement qu'on devine, à travers la terminologie employée pour la commission pluridisciplinaire « *des mesures de sûreté* », qu'il s'agit en fait d'une telle mesure, pour ne rien dire des caractéristiques qui confortent à l'évidence cette qualification⁵. Avec la rétention de sûreté, un cap important a été franchi, puisqu'a été créée pour la première fois une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée illimitée. L'enfermement sur le fondement de la dangerosité peut dès lors devenir perpétuel.

129. Origines du dispositif de la rétention de sûreté. De manière comparable au processus de la « renaissance » de l'internement de sûreté en Allemagne⁶, la volonté de répondre aux inquiétudes de la population, manifestées après certains faits divers fortement relatés par les médias⁷, a abouti à la création de la rétention de sûreté. En effet, la loi sur la

Saleilles et les préventions de la doctrine pénale française à l'encontre du positivisme », in : *Les éclaireurs du pénal*, n° 3, L'Harmattan, 2012, p. 193 s. ; V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté - Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *art. cit.*, p. 53 s.

¹ Le garde des Sceaux d'alors (Rachida Dati) a déposé le 28 novembre 2007 un projet de loi (n° 442), qui a été adopté, selon la procédure d'urgence, par l'Assemblée nationale le 9 janvier 2008 et par le Sénat le 31 janvier suivant.

² V. J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 25 s. Le projet de loi précisait en ce sens que les mesures existantes auparavant étaient « à l'évidence insuffisantes lorsqu'il s'agit de personnes particulièrement dangereuses dont le risque de récidive est extrêmement élevé, mais qui ne peuvent plus être retenues à la fin de la peine » : Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, Ass. nat., doc. n° 442, Exposé des motifs, p. 4 s.

³ Pour une critique de l'adoption en procédure accélérée, v. p. ex. P. Mistretta, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », À propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JCP G*, n° 9, 27 févr. 2008, act. 145.

⁴ Soulignons d'ailleurs l'incohérence consistant à insérer une sanction pénale au sein de la « *procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes* », alors que la rétention de sûreté concerne également les auteurs ayant commis des faits de nature autre que sexuelle et sur des victimes majeures : sur ce point, v. J. Leblois-Happe, « Sicherungsverwahrung und Grundrechte », in: J. Masing et O. Jouanjan (dir.), *Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwahrung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 119 s., spéc. p. 124.

⁵ V. plus en détail, *infra*, n° 281 s.

⁶ V. *supra*, n° 85.

⁷ Rappelons notamment les affaires *Dupuy* en 2004 (le meurtre de deux infirmières de l'hôpital psychiatrique de Pau par une personne atteinte de schizophrénie qui a bénéficié en août 2007 d'un non-lieu pour raison psychiatrique), *Evrard* en 2007 (l'enlèvement, la séquestration et le viol d'un enfant à Roubaix par un individu

rétenion de sûreté représente une réponse politique directe à l'affaire *Evrard*. On peut d'ailleurs souligner à cet égard que la ministre de la Justice de l'époque, Rachida Dati, s'est explicitement référée à cette affaire pendant l'examen du projet de loi¹. Or, cette réaction rapide du législateur a été vivement critiquée par la doctrine². Il convient toutefois de signaler, que si l'affaire *Evrard* a sans doute été le facteur déclenchant et accélérateur de la réforme, les prémices de celles-ci n'étaient nullement conjoncturelles³, car la création de centres fermés de protection sociale avait déjà été préconisée par plusieurs rapports auparavant⁴.

Ainsi, le rapport précité de la commission dite Burgelin⁵ « est à l'origine directe de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 sur la rétenion de sûreté applicable à l'issue de la peine et s'exécutant dans un "centre de protection sociale" (selon la commission) devenu "contrôle médico-judiciaire de sûreté" »⁶. D'autres commissions ont contribué à nourrir la réflexion autour de l'instauration d'un tel dispositif, notamment celle sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux⁷, ainsi que la mission d'information sur les délinquants

multirécidiviste ayant fait l'objet d'une libération de prison et soumis à une surveillance judiciaire au moment des faits) et *Schmitt* en 2007 (un individu récidiviste a poignardé une étudiante lors d'une tentative de viol dans le RER D en région parisienne).

¹ Lors de l'audition devant la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, le 11 décembre 2007 (*Nouvel observateur*, 26 juin 2008).

² Ch. Lazerges, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *RSC*, 2009, p. 689 : qui fait observer que parmi les multiples textes adoptés dans le champ du droit pénal, « très rares sont ceux non précédés d'un fait divers dramatique, la loi qui suit n'en [étant] que plus émotive peu important ses chances d'être un tant soit peu effective. Sa fonction se limite à relayer un discours politique qui se veut rassurant tout en exaltant les peurs et les risques ».

³ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1165, p. 1100.

⁴ V. les rapports précités, *supra*, n° 128. V. également les projets de loi inaboutis, *supra*, n° 117.

⁵ J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport préc.

⁶ J. Pradel, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule », *D.*, 2013, p. 725 s. Ce rapport proposait le placement, pour une durée d'un an renouvelable sans limite, dans des centres de protection sociale, des individus particulièrement dangereux sur un plan criminologique et ayant commis des faits criminels d'une gravité singulière, à l'issue de leur peine ou d'une hospitalisation d'office prononcée après l'application du 1^{er} alinéa de l'article 122-1 du code pénal. La mesure devait être ordonnée après une évaluation de la dangerosité, par une juridiction collégiale présidée par le juge des libertés et de la détention, saisie par le parquet ou le juge de l'application des peines, ou, *ab initio*, par la juridiction de jugement ou la chambre spécialisée statuant en matière d'imputabilité.

⁷ J.-P. Garraud (dir.), *Réponses à la dangerosité*, Rapport préc. Ce rapport proposait à son tour d'instaurer une mesure de sûreté exécutée en milieu fermé, au sein d'un Centre Fermé de Protection sociale. Cet établissement public devait être cogéré par les ministères de la Justice, de l'Intérieur et de la Santé, et destiné à accueillir les auteurs de crimes présentant une dangerosité criminologique persistante et particulièrement forte, ne bénéficiant d'aucune mesure de suivi en milieu ouvert et ce, après une décision de principe prononcée, soit par la juridiction de jugement, soit par le tribunal de l'application des peines. Afin de confirmer la persistance de la dangerosité de la personne au moment de l'entrée en vigueur effective de la mesure, sa mise en œuvre devait résulter d'une décision finale du tribunal de l'application des peines, cette décision étant rendue au visa d'une expertise confirmant cette dangerosité, réalisée par la « commission pluridisciplinaire d'évaluation de la dangerosité », à l'issue d'un débat contradictoire, public, tenu en la présence de l'avocat de l'intéressé. Le prononcé de cette mesure de sûreté devait faire l'objet d'une révision annuelle.

dangereux atteints de troubles mentaux¹. Cette dernière a décrit de manière détaillée le dispositif allemand de l'internement de sûreté dont la loi française semble s'être directement inspirée².

Mais il convient de remonter encore plus loin pour découvrir les origines véritables de la rétention de sûreté. Celle-ci trouve sa source dans les théories doctrinales de la défense sociale dont les idées furent partiellement reprises par la doctrine de la défense sociale nouvelle³ et qui proposaient un modèle de mesure très similaire au dispositif actuellement en vigueur. Marc Ancel a ainsi rappelé la théorie exprimée par Adolphe Prins, visant à apporter une réponse à la dangerosité des délinquants : « Contre cet état dangereux, une action nouvelle devra être entreprise. Elle sera fondée, non sur l'acte passager, mais sur l'état permanent de l'individu. Elle devra même [...] pouvoir au besoin se traduire par une prolongation de la privation de liberté infligée au délinquant, lorsque cette prolongation paraîtra indispensable pour assurer la sécurité de la Société. À cet égard, il importe avant tout de prendre en considération les deux catégories essentielles d'individus dangereux, c'est-à-dire les anormaux ou déficients mentaux, d'une part, les récidivistes ou délinquants d'habitude, d'autre part. L'action entreprise exigera donc, pour sa réalisation, la création d'établissements nouveaux, en particulier pour les anormaux »⁴. L'auteur a ajouté que « cette action, ou tout au moins l'action post-délictuelle la plus importante, doit être réservée à l'autorité judiciaire [...]. Ainsi se trouve garantie la liberté individuelle en face de mesures nouvelles différentes des peines classiques, les *mesures de sûreté*, et même en face des sentences indéterminées »⁵.

Si, en effet, la rétention de sûreté vise ceux que la doctrine appelait les « récidivistes ou délinquants d'habitude » – même si le dispositif n'exige pas nécessairement une récidive légale⁶ –, il importe de relever que les individus atteints d'un trouble psychique ou neuropsychique⁷, appelés à l'époque les « anormaux ou déficients mentaux »⁸, sont

¹ Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport préc. Ce rapport avait préconisé la mise en place d'unités spécifiques pour les délinquants dangereux atteints de troubles mentaux avec une prise en charge médicale au sein de structures de soins spécifiques pendant la durée de leur peine et au-delà, si leur état le nécessite. Ces unités, sous surveillance de l'administration pénitentiaire, devaient pouvoir être adossées sur les unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) et constituer des unités hospitalières spécialement aménagées de long séjour.

² V. en ce sens, J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 27.

³ Sur ces courants doctrinaux, v. *supra*, n° 30 et 31.

⁴ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 93.

⁵ *Ibid.*, p. 94.

⁶ Sur les conditions d'application de la mesure, v. *infra*, n° 292.

⁷ V. l'art. 122-1, al. 1^{er} CP.

⁸ Sur la notion de délinquant d'habitude ou « anormal », v. *infra*, n° 778.

susceptibles de faire l'objet d'une autre mesure de sûreté, l'internement en hôpital psychiatrique, qui, depuis la même loi, peut être prononcée par le juge pénal¹.

130. Présentation de la mesure et non-rétroactivité de la rétention prononcée *ab initio*. La rétention de sûreté est actuellement régie par les articles 706-53-13 et suivants du Code de procédure pénale. S'agissant de la première mesure de sûreté privative de liberté applicable à des personnes responsables pénalement, elle représente une innovation importante en droit pénal français. C'est pourquoi un auteur a estimé qu'elle devait faire l'objet d'une application nuancée : la logique de la mesure de sûreté voudrait que « la loi l'instituant [soit] d'application immédiate, y compris à des condamnés en train de purger des peines de réclusion pour des faits antérieurs à son entrée en vigueur » mais « son particularisme commande [...] de la soumettre au régime des peines » en ce qui concerne le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère². Le texte initialement voté prévoyait l'application immédiate de la mesure aux personnes ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée après la publication de la loi pour des faits commis antérieurement, voire son application rétroactive aux personnes exécutant, à la date du 1^{er} septembre 2008, une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans, dans l'hypothèse où l'assignation à résidence sous le régime du placement sous surveillance électronique mobile ordonné dans le cadre d'une surveillance judiciaire, d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance de sûreté s'avérait insuffisante³.

Cette solution a été censurée par le Conseil constitutionnel⁴ qui a instauré un régime particulier pour cette mesure en la distinguant des mesures de sûreté non privatives de liberté. Il a en effet prohibé, en raison de la gravité de l'atteinte que la rétention de sûreté porte à la liberté individuelle, son application à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou postérieurement à cette date pour des faits commis antérieurement⁵. La rétention de sûreté prononcée *ab initio* n'est donc applicable qu'aux faits commis postérieurement au 27 février 2008.

¹ Sur la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, v. *infra*, n° 698.

² G. Roujou de Boubée, « Les rétentions de sûreté », *art. cit.*, p. 464 s.

³ Art. 13, I du projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental adopté le 7 février 2008, Sénat, Session ordinaire de 2007-2008, n° 60.

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, J.O. 26 févr. 2008, p. 3272 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24 ; *RSC*, 2008, chron. p. 731, note Ch. Lazerges ; *ibid.*, 2009, p. 166, note B. de Lamy ; *D.*, 2008, chron. p. 1359, étude Y. Mayaud ; *Dr. pén.*, 2008, repère 4, Ph. Conte ; *JCP G*, 2008, act. 166, B. Mathieu ; *ibid.*, 2008, II, 10077, comm. J.-P. Feldman ; *LPA*, 20 mars 2008, p. 3, doct. F. Chaltiel ; *Gaz. Pal.*, 28 févr. 2008, n° 59, p. 7 ; *AJDA*, 2008, p. 714, obs. P. Jan. V. aussi *infra*, n° 219.

⁵ Sur les motifs de la décision, v. plus en détail, *infra*, n° 219.

On constate également que le Conseil constitutionnel se livre à une analyse approfondie de la proportionnalité de la mesure¹ et formule une réserve d'interprétation relative à la prise en charge effective du condamné pendant le temps de l'exécution de la peine². Cette dernière a par la suite été intégrée au dispositif régissant la rétention de sûreté par le législateur, la juridiction régionale de la rétention de sûreté devant par conséquent vérifier que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre³.

On remarque dès lors que la rétention de sûreté ne se distingue guère par son contenu de la peine privative de liberté, toutes deux devant comporter des offres de soins, en tout cas en ce qui concerne les personnes éligibles à la rétention de sûreté⁴.

131. Application rétroactive de la rétention comme sanction de la méconnaissance de la surveillance de sûreté. La rétroactivité de la rétention de sûreté n'a cependant pas été censurée dans sa totalité car la loi prévoit, pour les personnes condamnées pour une infraction visée à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, la possibilité d'un placement en rétention de sûreté à la suite du non-respect des obligations résultant d'une surveillance de sûreté⁵. Ce dispositif permet à la rétention de sûreté de s'appliquer à des personnes condamnées avant la publication de la loi, ou postérieurement à cette date pour des faits commis antérieurement, et a pour effet d'« entraîner la paralysie du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère »⁶. Si son prononcé *ab initio* n'est pas possible pour des faits antérieurs à son existence, elle peut s'appliquer immédiatement à titre de sanction du non-respect des obligations ordonnées dans le cadre d'une mesure de surveillance qui elle-même peut rétroagir, s'agissant d'une mesure de sûreté non privative de liberté⁷. Cette possibilité a d'ailleurs été mise en avant dans le rapport rendu par le premier président de la Cour de cassation, Monsieur Lamanda, lorsqu'il a été interrogé par le Président de la

¹ V. *infra*, n° 219 et 653 s.

² Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 19 et 21.

³ Cette condition figure, depuis la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, aux articles 706-53-14 et 706-53-15 du Code de procédure pénale.

⁴ Sur les traitements et soins pendant l'incarcération, v. *infra*, n° 575.

⁵ Art. 706-53-19 CPP.

⁶ Ch. Courtin, « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps », *Dr. pén.*, n° 7, juil. 2008, étude 11, n° 14.

⁷ Les dispositions relatives à l'entrée en vigueur rétroactive de la surveillance de sûreté, inscrites à l'article 13-III de la loi du 25 février 2008, n'ont en effet pas été censurées par le Conseil constitutionnel.

République sur les possibilités de parvenir, malgré la censure constitutionnelle, à une application immédiate du dispositif¹.

Si, à première vue, le champ d'application temporel de la rétention de sûreté paraît donc relativement restreint, en tout cas pour les quinze années suivant l'instauration de la mesure, il n'en est rien en réalité. Les seules rétentions de sûreté effectivement prononcées et subies jusqu'à présent l'ont, par conséquent, été dans ce cadre².

132. Appréciation critique. La solution appelle plusieurs critiques. D'une part, elle est susceptible d'être à l'origine d'une nouvelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment pour violation de l'article 7 § 1 de la Convention prohibant la rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Qui plus est, le condamné ne pouvait nullement s'attendre à voir sa situation personnelle aggravée de la sorte. Il s'agit par conséquent, pour le moins, d'une sanction pénale non prévisible au moment de la commission des faits, au sens de la jurisprudence européenne³.

D'autre part, la solution paraît disproportionnée, puisque la juridiction de jugement qui a ordonné une surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire relayé par une surveillance de sûreté, ne pouvait nullement envisager, au moment de sa décision, l'éventualité d'une privation de liberté supplémentaire à titre de sûreté. Elle ne pouvait donc pas adapter le *quantum* des sanctions prononcées à toutes les conséquences qui peuvent désormais en découler, ce qui semble contraire au principe de nécessité de la sanction pénale (article 8 de la DDHC). Certains auteurs vont jusqu'à qualifier cette application rétroactive de « choquante »⁴.

Ce procédé législatif n'est pas sans rappeler la loi précitée du 12 décembre 2005 qui a institué le placement sous surveillance électronique mobile « à titre de mesure de sûreté » (article 131-36-9 CP). Cette mesure, qui ne pouvait pas rétroagir dans le cadre du suivi socio-

¹ V. Lamanda, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, Rapport à M. le Président de la République, La Doc. fr., 30 mai 2008, spéc. p. 46. Comme le souligne un auteur, il s'agit là d'une « mission non seulement inédite mais aussi impossible, dans un État de droit attaché à la légalité criminelle et fondé sur une Constitution dont l'article 62 alinéa 2 proclame que les décisions du Conseil constitutionnel "s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles" » : J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *art. cit.*, p. 209 s.

² De 2011 à 2013, quatre personnes ont été placées en centre socio-médico-judiciaire de sûreté (pour des durées allant de 41 à 88 jours) : v. Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, NOR : CPLX1404120V, *J.O.* 25 févr. 2014, texte 71.

³ En ce sens, v. not., CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., § 90 s. Plus en détail, *infra*, n° 637.

⁴ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, 4^e éd., coll. Dalloz action, Dalloz, 2011, n° 511.35, p. 663.

judiciaire en raison de la qualification de « peine complémentaire » de celui-ci, a reçu une application immédiate par le biais de la surveillance judiciaire.

133. Garanties diminuées pour le justiciable. Outre la rétroactivité qui résulte de ce dispositif pour la rétention de sûreté, on ne manquera de souligner qu'il a permis au législateur d'écarter les conditions de fond applicables en matière de rétention de sûreté *ab initio*, facilitant ainsi considérablement la mise en œuvre de la mesure et privant le justiciable d'autant de garanties¹. Au demeurant, le prononcé de la rétention de sûreté *a posteriori* est d'autant plus aisé que la mesure s'adresse aux personnes ayant violé les obligations d'une autre mesure, en tant que sanction, ce qui risque de conduire à une banalisation de la rétention de sûreté².

134. Finalité de la mesure : permettre sa propre fin. La finalité de la rétention de sûreté est, comme pour toutes les mesures de sûreté, de prévenir la réitération d'infractions à travers le traitement et la neutralisation de l'état dangereux du délinquant. Mais le législateur énonce plus particulièrement que la prise en charge médicale, sociale et psychologique qui compose la rétention de sûreté est « destinée à permettre la fin de cette mesure »³. Cette formule reflète sans doute la volonté de permettre à la personne retenue de retrouver aussi vite que possible la liberté, tout étant mis en œuvre pour favoriser sa resocialisation. Cela peut paraître rassurant pour ceux qui ne voient en cette mesure qu'une élimination à long terme des personnes dangereuses et sans perspective de réinsertion. On peut toutefois également y voir « un aveu surprenant quant à la nocivité de la rétention de sûreté, dès lors que son seul objectif expressément formulé est de faire en sorte qu'il y soit mis fin »⁴. Quoi qu'il en soit, l'accent est mis sur le fait que la mesure n'a pas vocation à devenir perpétuelle, bien que cette possibilité existe.

135. Accueil critique. La rétention de sûreté s'est heurtée en France à des critiques virulentes lors de son adoption, notamment en raison du contexte dans lequel elle a été votée et sans doute également de la manière dont elle a été présentée publiquement par ses promoteurs. Certains auteurs ont ainsi soutenu que « la rétention de sûreté, telle qu'elle est prévue dans la loi émotive adoptée le 8 février 2008, est une sorte de monstre qui inscrirait la

¹ V. plus en détail, *infra*, n° 297.

² *Ibid.*, n° 513.47, p. 685.

³ Art. 706-53-13, al. 4 CPP.

⁴ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 524.15, p. 705.

France dans un modèle de politique criminelle totalitaire rappelant les heures les plus sombres de notre histoire » et reprenant les théories du « mouvement positiviste de la fin du XIX^e siècle, déterministe par essence »¹. De manière comparable, le professeur Pin l'a qualifiée de « mesure monstrueuse » qui serait ni une peine, ni une véritable mesure de sûreté². Aussi a-t-il été question de son abrogation dès le changement de majorité politique de 2012³.

Il est permis de se demander si le dispositif français n'appelle pas les mêmes réserves que le dispositif allemand⁴. Une parlementaire a ainsi déclaré que la philosophie positiviste ayant inspiré le projet de loi français a conduit aux pires débordements de l'Allemagne nazie⁵. De même, le professeur Leblois-Happe a dénoncé le risque d'usage abusif qui pourrait être fait de cette mesure⁶. En effet, le concept de dangerosité est trop imprécis, le pronostic sur les infractions que le condamné est susceptible de commettre repose, en grande partie, sur les épaules des experts, et l'enfermement est ordonné non sur la base d'un fait avéré, mais sur celle d'une potentialité, par définition incertaine⁷. On peut même se demander si, avec la rétention de sûreté, on n'est pas en train de passer d'une responsabilité fondée sur la faute à une « responsabilité » fondée sur le risque⁸.

La Convention européenne des droits de l'homme légitime certaines privations de liberté sans infraction préalable dans son article 5, mais aucun fondement ne repose sur la dangerosité de la personne. Si « l'idée de dangerosité est sous-jacente, [...] elle n'est pas consacrée en tant que telle »⁹. Robert Badinter estime qu'avec les tendances actuelles, « l'on

¹ Lettre ouverte adressée, mercredi 20 février 2008, au Conseil constitutionnel par des personnalités du monde judiciaire pour dénoncer la loi Dati sur la rétention de sûreté (signataires : T. Clay, G. Giudicelli-Delage, J.-P. Jean, Ch. Lazerges, M. Massé, R. Ottenhof, P. Poncela, M. Debacq, J.-P. Dintilhac, R. Finielz, R. Kessous, P. Lyon-Caen, Ph. Texier, H. Leclerc, D. Liger, P. Maisonneuve, J.-P. Mignard, A. Molla, F. Natali), *Le nouvel Observateur*, 23 févr. 2008 ; reproduite par Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731 s.

² X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in : *La cohérence des châtiments*, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 10, Dalloz, 2012, p. 81 s., spéc. p. 92 s.

³ Cette question a été mise de côté lors de la réforme pénale opérée par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, mais continue d'être discutée par la commission de refonte du droit des peines présidée par Bruno Cotte et installée le 31 mars 2014.

⁴ V. *supra*, n° 88 s.

⁵ É. Guigou, le 8 janvier 2008 à l'Assemblée nationale (l'auteur était alors vice-présidente de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale).

⁶ J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *art. cit.*, p. 209 s.

⁷ Sur les difficultés liées à la notion de dangerosité et son évaluation, v. *infra*, n° 679 s.

⁸ J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *art. cit.*, p. 209 s.

⁹ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 29.

verra s'accroître toujours plus le domaine d'une "justice" de sûreté au détriment d'une justice de responsabilité, garante de la liberté individuelle »¹.

La multiplication des mesures de sûreté, et leur forme toujours plus sévère, peut même être perçue comme une rupture par rapport au droit à la sûreté², puisque la rétention de sûreté rend possible un enfermement à durée indéterminée, voire perpétuel. Ainsi, le professeur Delmas-Marty estime que « l'autonomisation de mesures "de police ou de sûreté" à durée indéterminée, semble contraire à l'idéologie libérale qui limite le droit de punir par une stricte légalité » et qu' « en invoquant l'État de droit, tout en adoptant des pratiques de type autoritaire, voire totalitaire, le législateur prend le risque de rendre incompréhensibles ses choix de politique criminelle »³.

Quoi que l'on pense de ces critiques, il ne fait aucun doute que la rétention de sûreté occupe une place particulière parmi les mesures de sûreté.

b. La place particulière de la rétention de sûreté

136. Parallèles franco-allemands. La place particulière de la rétention de sûreté au sein du système de sanctions pénales doit être étudiée à l'aune des observations formulées plus haut à propos de son homologue allemand⁴. Les parallèles qui existent entre ces deux mesures mettent, en effet, en exergue certaines interrogations qui semblent intrinsèques à cette institution. Il convient donc, à ce stade de l'étude, de dresser un certain nombre de remarques sur la mesure⁵, l'expérience allemande apportant « un éclairage propre à nourrir la réflexion »⁶.

137. Proximité avec le fondement de la peine. On observe, tout d'abord, qu'il s'agit d'une mesure accessoire à la peine privative de liberté. Elle suppose donc que la personne soit

¹ R. Badinter, « La prison après la peine », *Le Monde*, 28 nov. 2007. D'autres auteurs estiment, de manière comparable, qu'on assiste à un passage d'une justice de responsabilité à une justice du risque, le législateur étant animé par un principe de précaution visant à protéger les citoyens face à une menace d'infractions : v. J. Danet et C. Saas, « De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse », *Champ pénal*, vol. VII, 2010, mis en ligne le 18 décembre 2010, <http://champpenal.revues.org/7955>.

² M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit., p. 27.

³ *Ibid.*, p. 28.

⁴ V. *supra*, n° 88 s.

⁵ Il ne s'agit ici pas encore d'entrer dans les détails du dispositif, qui seront étudiés ultérieurement : v. *infra*, n° 284 s.

⁶ J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », art. cit., p. 209 s.

pleinement responsable de ses actes, ce qui n'est pas le cas de toutes les mesures de sûreté, notamment celles qui sont applicables aux malades mentaux¹. Il s'agit, de ce fait, d'une mesure particulièrement infamante, laquelle induit un jugement de valeur d'autant plus fort que les individus concernés par elle sont entièrement capables de discernement. Ce n'est plus un acte, mais la personne tout entière qui est ainsi jugée.

Toute mesure de sûreté prend certes, en principe, appui sur une infraction², sans qu'il soit toutefois nécessaire, pour chacune d'entre elles, que l'auteur soit condamné pénalement. Ainsi, les autres mesures privatives de liberté ne voient-elles dans l'infraction commise que l'indice de la maladie et de la dangerosité de la personne. La rétention de sûreté, au contraire, exige la commission d'une infraction intentionnelle d'une certaine gravité, donnant lieu à condamnation³. La culpabilité de la personne joue donc un rôle primordial dans le cadre des conditions objectives de la mesure. On remarque d'ailleurs que le prononcé de la mesure est prévu pour des infractions bien déterminées, par l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale (et par les § 66 et suivants du code pénal allemand). La dangerosité de la personne n'est donc pas prise en compte de manière abstraite, mais en référence à un fait précis et pénalement répréhensible.

La rétention de sûreté se rapproche d'autant plus de la peine classique que la détermination de celle-ci suppose également la prise en compte de la dangerosité de l'auteur des faits⁴. Au demeurant, l'éventualité de la rétention de sûreté est prononcée par la juridiction répressive, même si son application doit être confirmée ultérieurement par la juridiction régionale de la rétention de sûreté⁵. D'autres mesures de sûreté, au contraire, peuvent être décidées par le juge de l'application des peines⁶.

Pour ce qui est des conditions subjectives tenant à la dangerosité et à la probabilité élevée de récidive (en France), ou à la propension criminelle (en Allemagne), le constat de ces éléments est souvent le résultat d'une déduction logique par rapport à la gravité des infractions commises. Or, la mesure est, la plupart du temps⁷, prévue dans le jugement même qui condamne la personne à une peine pour l'infraction en cause. La peine et la mesure tirent

¹ En effet, si certaines mesures de sûreté non privatives de liberté concernent d'ores et déjà des personnes pénalement responsables, les autres mesures privatives de liberté (l'internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication) visent essentiellement les personnes pénalement irresponsables. V. sur ces mesures, *infra*, n° 239 s.

² V. *infra*, n° 761 s.

³ Notons que le droit allemand exige en outre, dans certaines hypothèses, des condamnations antérieures pour des infractions intentionnelles, pour élargir la base du pronostic de la dangerosité : v. *infra*, n° 311 s.

⁴ V. *infra*, n° 545 s.

⁵ V. *infra*, n° 293.

⁶ Comme par exemple la surveillance judiciaire : v. *infra*, n° 373.

⁷ À l'exception de son prononcé *a posteriori*, existant aussi bien en France qu'en Allemagne.

donc, en fin de compte, leur légitimité d'un seul et unique fait qui est ainsi, en quelque sorte, « jugé » deux fois¹. La commission de plusieurs infractions pourra même donner lieu, à la fois, à la rétention de sûreté et à une aggravation de la peine pour cause de récidive. Il n'est pas étonnant, de ce point de vue, de voir de nombreux auteurs critiquer cette mesure en la qualifiant de « peine après la peine »². Dans les faits, elle est étroitement liée à la culpabilité de la personne. On perçoit ici clairement les parallèles qui s'établissent entre des considérations préventives, d'une part, et une réaction punitive à un certain comportement, d'autre part.

Cela se ressent également sur le plan de l'exécution de la mesure.

138. Proximité avec l'exécution de la peine. En ce qui concerne l'exécution de la rétention de sûreté, elle se présente comme une privation de liberté de nature quasi-carcérale, même si la loi prend le soin de préciser qu'elle aura lieu dans un centre socio-médoc-judiciaire – ce dernier pouvant, en pratique, se trouver rattaché à un centre pénitentiaire, comme c'est le cas de celui qui est implanté dans les locaux de l'établissement public national de santé de Fresnes (Val-de-Marne)³. Elle se différencie, par conséquent, des autres mesures en ce qu'elle ressemble fortement à une peine. À titre de comparaison, les personnes « internées » selon le droit allemand se trouvent même dans des prisons ordinaires, comme les détenus, avec peu de privilèges par rapport à ces derniers, surtout depuis que le but principal de l'emprisonnement est devenu la resocialisation⁴. Rappelons, de surcroît, que les traitements proposés en rétention de sûreté le sont également dans les établissements pénitentiaires classiques⁵. Les intéressés éprouvent donc logiquement la mesure comme un prolongement de leur peine⁶. Dans son contenu, elle a ainsi pu être qualifiée de « complément de peine destiné à finir un travail non achevé »⁷. Soulignons, à cet égard, que bien que la loi prenne garde à ne pas qualifier la personne soumise à la mesure de « détenu » ou de « condamné », mais de

¹ Sur la confrontation de la mesure au principe « *ne bis in idem* », v. *infra*, n° 668 s.

² V. not. R. Badinter, « La prison après la peine », *art. cit.* ; Ch. Lazerges, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC*, 2011, p. 725 ; du même auteur, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC*, 2012, p. 274 ; B. Lavielle, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *Gaz. Pal.*, 4 mars 2008, n° 64, p. 2 s. ; E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *JCP G*, n° 37, 12 sept. 2011, doct. 976.

³ V. Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, *préc.*

⁴ Sur les finalités communes des peines et mesures de sûreté, v. *infra*, n° 558.

⁵ Sur la grande place de l'injonction de soins en droit français, v. *infra*, n° 574.

⁶ Bien que cette ressemblance ait été atténuée en droit allemand par les nouvelles modalités d'exécution de l'internement de sûreté fixées par les réformes entrées en vigueur en 2011 et 2013.

⁷ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.52, p. 672.

« personne placée en rétention de sûreté », elle énonce aussi que le régime juridique de cette rétention doit être fixé par un décret en Conseil d'État, auquel elle assigne la détermination de règles à forte connotation carcérale¹, telles que les « visites » et les « permissions de sortie sous escorte »². Un auteur va jusqu'à se demander si la rétention de sûreté ne constitue pas, en elle-même, une modalité d'application des peines³. Enfin, l'effet stigmatisant⁴ que comporte la mesure rend extrêmement difficile la réintégration du « retenu » dans la société après sa libération, ce qui est contraire à son but préventif.

Ces différents constats conduisent logiquement à une autre interrogation, relative à l'appréciation de la rétention de sûreté à l'aune de la jurisprudence européenne.

139. Proximité avec la « peine » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'on se réfère aux critères dégagés par la Cour de Strasbourg pour qualifier une sanction de « peine » – et notamment à l'application de ces critères à l'internement de sûreté allemand qu'elle a en conséquence qualifié comme telle⁵ – on peut observer de nombreux parallèles avec la rétention de sûreté française. Ainsi, cette dernière est-elle prononcée à la suite d'une condamnation pour une infraction et, malgré la prédominance de son but préventif, on peut lui trouver des traits punitifs en raison de sa proximité factuelle avec l'enfermement carcéral. Le prononcé de la mesure émane, en outre, des juridictions pénales et sa gravité n'est plus à démontrer, consistant en une privation de liberté à durée indéterminée. Il y a donc fort à parier que cette dernière tomberait également sous la catégorie de « peine », impliquant alors le respect des principes protecteurs découlant de la Convention européenne.

Notons, toutefois, « qu'il n'est pas gênant que la Cour européenne qualifie peine ce que le droit interne dénomme mesure de sûreté »⁶ puisque la qualification européenne ne remet pas en cause celle qui est adoptée sur le plan interne et ne s'intéresse qu'au respect des garanties fondamentales. La rétention de sûreté peut donc continuer d'exister sous la dénomination de mesure de sûreté en droit interne, une requalification n'étant pas nécessaire⁷. Elle devra cependant être soumise à un régime juridique plus strict et plus respectueux des libertés individuelles. À cet égard, on constate que le Conseil constitutionnel a déjà commencé à

¹ Art. 706-53-22 CPP. V. aussi le décret en cause : D. n° 2008-1129, 4 nov. 2008 ; art. 58-8-66 s. CPP.

² M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 512.52, p. 672.

³ P. Bruston, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », *AJ pénal*, 2008, p. 403.

⁴ V. J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 116.

⁵ V. *infra*, n° 515 s. et 531.

⁶ É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2010, chron. 2.

⁷ V. plus en détail, *infra*, n° 536 s.

tailler à cette mesure un régime adéquat, en interdisant son application rétroactive en raison de sa gravité¹. Malheureusement, cette non-rétroactivité n'est que partielle, puisqu'elle tombe, comme on l'a vu², par le détour de la surveillance de sûreté. Il est donc indispensable d'entourer cette mesure de sûreté de garanties suffisantes pour assurer sa conformité aux normes européennes.

Les particularités évoquées rendent d'autant plus difficile la classification de la rétention de sûreté parmi les sanctions pénales existantes.

140. Difficulté de classification en raison des particularités de la rétention de sûreté.

Dans sa décision rendue à propos de la rétention de sûreté³, le Conseil constitutionnel semble revenir sur sa définition de la mesure de sûreté, en l'élargissant à une nouvelle catégorie : les mesures privatives de liberté. Ceci explique peut-être la contradiction entre sa décision de 2005 sur la surveillance judiciaire⁴ et sa décision sur la rétention de sûreté en ce qui concerne la rétroactivité des mesures de sûreté, pour la première fois refusée en 2008⁵. La Cour constitutionnelle fédérale avait, elle, accepté l'application rétroactive de l'internement de sûreté en 2004⁶, conformément au régime général régissant toutes les mesures de sûreté en Allemagne et sans égard pour sa gravité exceptionnelle. La mesure allemande est pourtant soumise au principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus*, c'est-à-dire l'aggravation de la sentence lors d'une instance supérieure sur le seul appel du condamné⁷, ce qui semble signifier que le législateur a reconnu lui-même son caractère punitif.

Le professeur Kinzig évoquait d'ailleurs, en 2004 déjà, la nécessité d'une loi spécifique concernant l'exécution de l'internement de sûreté (*Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz*)⁸, pour distinguer plus clairement ses modalités d'exécution de celles de la peine privative de liberté, de laquelle cette mesure se rapproche considérablement dans la pratique⁹. Cela lui permettrait également d'échapper aux critiques lui reprochant de n'être, en réalité, qu'une peine privative de liberté indéterminée déguisée. Cette remarque vaut aussi bien pour le droit allemand que français.

¹ V. *infra*, n° 219.

² V. *supra*, n° 131.

³ Cons. const., 21 fév. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

⁴ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.* V. *infra*, n° 216.

⁵ V. plus en détail, *infra*, n° 219.

⁶ V. *infra*, n° 157.

⁷ § 331 StPO.

⁸ Une telle réglementation existe aujourd'hui : v. *infra*, n° 340.

⁹ V. J. Kinzig, « An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG », *art. cit.*, n° 13, p. 911.

Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là. Pour certains auteurs, cette mesure est l'illustration d'un processus d'hybridation de la sanction pénale qui confond justice et thérapie¹. Le professeur Lazerges souligne que « si la rétention de sûreté est une mesure de sûreté, elle est à tout le moins une mesure de sûreté à part, au régime juridique particulier »². S'agissant de la mesure de sûreté la plus sévère existant en droit pénal, il importe d'insister sur son caractère exceptionnel et d'en faire la « réponse ultime »³ en privilégiant toute autre mesure moins contraignante permettant d'atteindre l'objectif de prévention poursuivi.

La rétention de sûreté occupe, par conséquent, une place très particulière, tant parmi les mesures de sûreté – à supposer qu'elle en soit une⁴ – que par rapport aux peines dont elle se rapproche considérablement⁵. Il est donc difficile de la ranger dans le schéma dualiste classique qui distingue peines et mesures de sûreté. En définitive, la qualification de mesure de sûreté s'impose, en raison de son fondement spécifique qu'est la dangerosité et de sa finalité exclusivement préventive⁶.

141. Appréciation critique. Compte tenu des réticences exprimées à son égard⁷ et des particularités qui viennent d'être évoquées, serait-il opportun d'abroger cette mesure en France ? Il convient de souligner qu'outre le droit français ou allemand, près d'une dizaine d'États de l'Europe connaissent une mesure très proche⁸. Or, aucun de ces États ne songe à la supprimer⁹. La Cour européenne des droits de l'homme admet d'ailleurs le principe d'une

¹ En ce sens, X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *art. cit.*, p. 93.

² Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 731 s.

³ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

⁴ En ce sens, J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 669, p. 559 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1098 s. ; H. Matsopoulou, « Rétention de sûreté et surveillance de sûreté », *J.-Cl. Procédure pénale*, Fasc. 20, art. 706-53-13 à 706-53-21, 25 mars 2008, mise à jour : 30 Juin 2012, n° 22 ; J.-Y. Chevallier, « Plaidoyer pour la "rétention de sûreté" », *RPDP*, 2008, p. 1 s. ; G. Roujou de Boubée, « Les rétentions de sûreté », *art. cit.*, p. 464 s. ; C. Sévely-Fournié, « L' "inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 2023 ; Ph. Conte, « Aux fous ? », *Dr. pén.*, 2008, repère 4, n° 21.

⁵ En ce sens, V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », *art. cit.*, n° 13, p. 79 ; A. Cerf, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », in : S. Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, *op. cit.*, p. 127 s. Comme évoqué plus haut, certains auteurs vont même jusqu'à la qualifier de « peine après la peine » ou de « peine infinie » : B. Lavielle, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *art. cit.*, p. 2 s. ; R. Badinter, « La prison après la peine », *art. cit.* ; Ch. Lazerges, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *art. cit.*, p. 725 s. Du même auteur, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *art. cit.*, p. 274 s.

⁶ V. plus en détail, *infra*, n° 287 s.

⁷ V. notamment *supra*, sur le dispositif allemand, n° 88 s.

⁸ V. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 580 s.

⁹ J. Pradel, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule », *art. cit.*, p. 725 s.

telle mesure, en condamnant seulement certains de ses aspects¹. Il semble primordial de refondre le droit des sanctions pénales en France et de le réorganiser en un système dualiste abouti, comprenant peines et mesures de sûreté². Ces dernières nécessitent la consécration d'un véritable régime et une meilleure articulation avec la peine³. Une réorganisation des dispositifs existants devrait permettre une simplification du système de sanctions pénales en vue d'une meilleure lisibilité et accessibilité. Il ne semble toutefois pas opportun de supprimer le dispositif de la rétention de sûreté qui, rappelons-le, n'est applicable qu'aux criminels les plus dangereux.

142. Propos conclusifs. L'instauration progressive d'un système dualiste par le législateur français pourrait bouleverser la conception unitaire en vigueur. Or, en dépit de la place toujours grandissante occupée par les différentes mesures de sûreté en droit pénal, la notion elle-même reste entourée d'importantes zones d'ombre et, partant, la place des mesures de sûreté marquée par l'incertitude.

B. La place incertaine des mesures de sûreté

143. En l'absence d'un régime propre (1), l'existence dissimulée des mesures de sûreté engendre certaines incohérences (2).

1. L'absence de régime propre aux mesures de sûreté

144. Législation dans l'urgence et absence de régime spécifique. L'« obsession de la récidive »⁴ et la réaction du législateur à chaque fait divers marquant⁵ ont conduit à un véritable empilement de textes législatifs successifs sans que soit élaboré un système complet et cohérent de mesures de sûreté. La majorité des dispositifs adoptés l'ont en effet été en procédure accélérée⁶, anciennement appelée procédure d'urgence, ce qui a amené le

¹ V. *supra*, n° 96 et *infra*, n° 531 s.

² V. *infra*, n° 789 s.

³ Pour le régime que nous proposons, v. *infra*, n° 824 s.

⁴ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Coll. Droit fondamental, PUF, 2006, n° 246, p. 450.

⁵ V. *supra*, n° 123 s.

⁶ La Commission nationale consultative des droits de l'homme montre pourtant sa ferme opposition à cette procédure : CNCDH, 25 sept. 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, concernant le projet de loi du 9 juillet 2014. V. déjà CNCDH, 20 déc. 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, en ligne sur : www.cncdh.fr.

professeur Lazerges au constat suivant : « cette politique criminelle est confuse, complexe, brouillonne, et bégayante ; elle est caractérisée par une série de lois déclaratives en réponse à l'émotion causée par des faits divers dramatiques ». L'auteur ajoute que « la frénésie sécuritaire est à l'œuvre sans que cet empilement de textes ne donne lieu à évaluation ni de leur application, ni de leur efficacité »¹. Cette inflation de réformes est-elle un aveu d'impuissance du législateur² ?

Alors qu'il a introduit diverses mesures de sûreté dans le droit positif – appelées tantôt « peines complémentaires », tantôt « modalités d'application des peines », tantôt « mesures de sûreté » – le législateur s'est abstenu d'ériger pour celles-ci un régime spécifique correspondant aux dénominations adoptées. Ainsi certaines (la surveillance judiciaire des personnes dangereuses, la surveillance de sûreté, l'assignation à domicile) ont-elles connu une application rétroactive, que le Conseil constitutionnel a refusé à d'autres (la période de sûreté ultérieurement à sa création, la rétention de sûreté dès son adoption – avec les réserves indiquées ci-dessus³). Notons sur ce point que sans l'intervention du Conseil constitutionnel, le législateur aurait fait rétroagir l'ensemble du dispositif régissant la rétention de sûreté – qui, comme son homologue allemand, aurait sans doute fini par se heurter à l'obstacle européen⁴. Enfin, il existe des mesures qui sont rétroactives dans certaines hypothèses, selon le régime de la mesure dans laquelle elles s'insèrent. Il en va ainsi du placement sous surveillance électronique mobile qui peut rétroagir lorsqu'il est rattaché à la surveillance judiciaire ou à la libération conditionnelle, mais ne le peut pas dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire. Cette dernière mesure, qui est une peine aux yeux du législateur, alors que toutes ses caractéristiques indiquent le contraire, est emblématique de la confusion qui règne en droit positif entre peines et mesures de sûreté.

La personne qui a purgé la peine qui lui a été appliquée en raison de sa faute devrait en principe sortir du champ pénal. Or une seconde sanction, la mesure de sûreté – parfois de même nature – peut venir s'ajouter à la première sur le fondement de sa dangerosité. Si un tel cumul peut se justifier dans un système dualiste, il pose problème dans un système qui se veut unitaire.

¹ Ch. Lazerges, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *art. cit.*, p. 274 s.

² La question se pose d'autant plus que les mauvais résultats dans le domaine de la lutte contre la récidive seraient moins dus à l'insuffisance des textes qu'à leur mise en œuvre insatisfaisante : v. J.-H. Robert, *Rapport de la commission d'analyse et de suivi de la récidive*, Ministère de la Justice, La Doc. fr., juil. 2007.

³ V. *supra*, n° 131 et *infra*, n° 295 s.

⁴ V. *supra*, n° 96 et *infra*, n° 536.

145. Incidences de la confusion entre peines et mesures de sûreté sur les analyses doctrinales. La confusion du droit positif ressort des analyses doctrinales du système. L'étude des mesures de sûreté se trouve majoritairement en France dans des ouvrages intitulés « Droit de la peine »¹ ou « Droit de l'exécution des peines »², voire « Droit pénal général »³, alors qu'il serait exact de parler d'un *droit des sanctions pénales* englobant peines et mesures de sûreté⁴. En Allemagne au contraire existent, conformément au droit positif, des ouvrages consacrés aux « sanctions pénales »⁵ (*strafrechtliche Sanktionen*), dans lesquels sont étudiées tant les peines que les mesures de sûreté. De telles publications existent certes en France, mais elles demeurent marginales⁶. La confusion est telle que des auteurs affirment que « certaines peines sont également des mesures de sûreté »⁷. Ce constat, bien qu'il paraisse absurde, est conforté par la tendance législative actuelle à faire exister certaines réponses pénales sous deux dénominations différentes, en fonction du sujet auquel elles s'appliquent. Selon les circonstances et au gré de la volonté législative, une seule et même mesure change ainsi de casquette pour s'appliquer tantôt aux délinquants responsables, tantôt aux individus irresponsables pénalement⁸.

Cette existence dissimulée des mesures de sûreté engendre inéluctablement des incohérences.

2. Les incohérences engendrées par l'existence dissimulée des mesures de sûreté

146. Incohérences du système pénal français. Le système français qu'illustre la formulation de l'exposé des motifs du Code pénal (les « interdictions [...] qualifiées mesures de sûreté » relèvent tout de même de la catégorie des « peines »)⁹ peut laisser perplexe. Il est permis de se demander s'il est possible d'assimiler de cette manière les mesures de sûreté aux peines, alors qu'ont été instaurées des mesures que le législateur qualifie expressément de

¹ V. p. ex. P. Poncela, *Droit de la peine*, op. cit.; É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit.

² V. p. ex. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit.; B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit.

³ V. p. ex. J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit.; B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit.; X. Pin, *Droit pénal général*, op. cit.

⁴ Un auteur évoque ainsi le déclin du droit de la peine : M. Giacomelli, « Le droit de la peine existe-t-il toujours ? », art. cit., p. 202 s.

⁵ V. p. ex. F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, op. cit.; B.-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, op. cit.

⁶ V. p. ex. A. Beziz-Ayache et D. Boesel, *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, 2^e éd., Lamy, 2012.

⁷ G. Fenech, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Rapport, Ass. Nationale, avril 2005, n° 2.1.1.2.

⁸ Notamment les mesures de sûreté énumérées à l'article 706-136 CPP qui sont identiques à certaines « peines complémentaires » prévues à l'article 131-6 CP. V. *infra*, n° 472 et 509.

⁹ V. Exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal, JO Séant, Doc. parlementaires, 1985-1986, n° 300, p. 7.

mesures de sûreté. À défaut d'une reconnaissance explicite, ces dernières sont par conséquent rangées soit parmi les peines¹, soit dans le droit procédural². Plus encore, elles sont éparpillées de manière totalement incohérente entre le Code pénal, le Code de procédure pénale et les lois annexes, à des endroits qui semblent parfois hasardeux, sans obéir à la moindre logique. Ainsi, le législateur semble user du « pouvoir mystificateur du langage »³ pour tenter de dissimuler les différences indéniables qui existent entre les peines et les mesures de sûreté. Nonobstant l'adoption formelle de certaines mesures de sûreté, le législateur semble se désintéresser de leur statut. Si les mesures de sûreté existent en effet depuis fort longtemps sous des appellations diverses en droit positif, rappelons que depuis 2005, ces mesures « s'affichent ouvertement comme telles dans la loi »⁴, ce qui ne fait qu'accroître l'ambiguïté du système français. Il arrive ainsi que la loi fasse expressément référence à la notion de mesure de sûreté, fût-ce sous des appellations voisines, sans pour autant en définir les contours. On pourrait même distinguer, à la lecture des textes, entre les mesures de sûreté « officielles » et les mesures « officieuses » qui se dissimulent sous l'appellation de peine⁵, ce qui n'est guère satisfaisant du point de vue de la cohérence.

147. Reconnaissance implicite de la spécificité des mesures de sûreté. Sans franchir le pas d'une reconnaissance véritable des mesures de sûreté, le législateur ne semble pas ignorer leur spécificité en les distinguant parfois ouvertement des peines. Pour ne citer qu'un exemple, la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 *portant amnistie* disposait en son article 15 que l'amnistie entraînait « *la remise des peines et des mesures de police et de sûreté* ». Cette même loi précisait ensuite les sanctions qui étaient exclues du bénéfice de l'amnistie sans en préciser la nature. Figuraient parmi elles par exemple l'interdiction de séjour prononcée pour crime ou délit, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prononcée pour crime ou délit, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, l'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation ou encore la confiscation d'une ou de plusieurs armes (article 16 de la loi). Or ces mesures s'apparentent à des mesures de sûreté, et c'est d'ailleurs leur objet préventif qui justifie leur maintien malgré

¹ Comme par exemple le « placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté », qui figure sous le titre du Code pénal consacré aux « peines » (Livre I, Titre III).

² Comme par exemple la rétention et la surveillance de sûreté qui figurent parmi les « procédures particulières » dans le Code de procédure pénale (Livre IV).

³ M. van de Kerchove, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *art. cit.*, p. 245 s. En effet, en rangeant toutes les sanctions pénales parmi les peines, les « mêmes mots » recouvrent cependant « d'autres réalités ».

⁴ X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *art. cit.*, p. 84.

⁵ J. Leblois-Happe, « Y a-t-il encore une fin à la répression ? », *art. cit.*, p. 392.

l'amnistie. Les peines, fondées sur la culpabilité, devaient en effet disparaître avec l'amnistie qui ôte aux faits leur caractère infractionnel. Même si le législateur n'a pas clairement indiqué ce qu'il entendait par les mesures de sûreté concernées par l'amnistie, la simple référence à ces mesures était un aveu de leur existence et de l'impossibilité de les assimiler aux peines.

Enfin, n'est-il pas surprenant que, tout en refusant de consacrer légalement la notion de mesure de sûreté, le gouvernement français en ait donné une définition devant la Cour européenne des droits de l'homme, lors de l'affaire *Bouchacourt*, afin de défendre l'institution de l'inscription au FIJAISV ? Il a ainsi soutenu que cette dernière figurait parmi les mesures de sûreté, qui, visant « à empêcher l'accomplissement d'actes criminels », pouvaient « être définies comme des mesures de protection sociale destinées à prévenir la récidive d'un délinquant ou à neutraliser un état dangereux. Leur fondement ne serait pas la culpabilité du délinquant mais l'état dangereux qu'il représente »¹.

148. Raisons possibles d'une telle incohérence. Se pose alors la question de savoir pourquoi le problème de la définition et du classement des mesures de sûreté, tant discuté en doctrine, tient si peu de place en législation positive². S'agit-il d'un oubli maladroit ou, plus probablement, d'une frilosité du législateur face à la consécration de la notion de mesure de sûreté ? Le législateur évite peut-être volontairement d'ériger les mesures de sûreté en un système bien défini, afin de conserver une marge de manœuvre plus grande pour introduire de nouvelles sanctions en les qualifiant comme bon lui semble, tout en laissant à la jurisprudence le soin de définir le régime applicable. Certes, la qualification de peine emporte en principe un régime protecteur de l'individu, l'ambition du législateur ayant sans doute été d'étendre celui-ci à toutes les sanctions pénales. Or c'est en réalité le juge qui décide du régime applicable à ces mesures à la nature juridique incertaine, les soustrayant fréquemment aux principes les plus fondamentaux du système pénal démocratique, tels que le corollaire du principe de légalité, la non-rétroactivité des peines³. Il serait donc préférable que le législateur lui-même se saisisse de la question de leur régime.

Il semble que la place qui est faite à ces « moyens d'action » résulte avant tout de la volonté de parvenir, grâce à elles, à des fins sociologiques précises⁴, ce qui met en évidence leur utilitarisme. S'il est vrai que les mesures de sûreté tendent à « remédier aux causes

¹ CEDH, *Bouchacourt c. France*, 17 déc. 2009, n° 5335/06, § 35.

² Cette question a déjà été soulevée il y a plus d'un demi siècle par M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 16.

³ V. *infra*, n° 194.

⁴ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 17.

physiques, psychologiques, sociales » de l'inadaptation du délinquant¹, on observe toutefois que les peines, aussi bien que les mesures de sûreté, « se réclament désormais de la même pensée directrice : éviter la récidive, et, pour y parvenir, donnent la prépondérance aux mêmes moyens : la rééducation et la réadaptation sociale »². Serait-ce la raison pour laquelle le législateur évite d'ériger des distinctions jugées trop superficielles ?

Quoiqu'il en soit, dès lors que le législateur a recours aux mesures de sûreté, il serait plus cohérent d'opter ouvertement pour un système à double voie, comme l'a fait l'Allemagne en 1933. En effet, une telle « simplification » – selon les termes de l'exposé des motifs du Code pénal – est-elle souhaitable dans un système pénal aussi complexe, avec des sanctions aux régimes divers ? La réponse semble devoir être négative et, plus encore, la prétendue simplification semble avoir abouti en réalité à une complexification considérable. La nécessité d'une intervention législative réfléchie s'impose avec évidence.

149. Nécessité d'une intervention législative réfléchie. Ce désordre législatif amène au constat que, pas plus qu'un demi-siècle plus tôt, la mesure de sûreté n'a trouvé sa place au sein du droit pénal français. On peut à ce titre reprendre l'observation faite par le magistrat Robert Schmelck en 1965, affirmant que « tout en ne dédaignant pas de s'en servir, le législateur a scrupule à l'appeler de son véritable nom. Elle est "l'enfant naturel" dont on tolère l'existence mais que l'on ne veut pas reconnaître. C'est ainsi que la dénomination est refusée même aux mesures qui, comme celles applicables aux mineurs délinquants, aux probationnaires ou aux libérés conditionnels, viennent non point compléter la peine mais se substituer à elle. Quant aux mesures qui sont ajoutées à la peine dans le seul but de prévenir une infraction future, elles se cachent elles-mêmes sous l'apparence d'une peine et sont généralement appelées "peines complémentaires" »³. Selon Schmelck, il ne s'agit pas d'une simple question de terminologie et le législateur manifeste ainsi l'intention d'insérer ces mesures dans un cadre préconstitué, familier et rassurant.

S'il s'agit sans doute effectivement d'un choix délibéré de la part du législateur, il n'en est pas moins problématique en raison de ses répercussions pratiques. Ces deux formes de sanctions pénales ne peuvent être purement et simplement confondues, malgré les ressemblances qu'elles présentent⁴. Une consécration législative de la notion de mesure de sûreté ne ferait d'ailleurs aucunement obstacle à la possibilité de soumettre celle-ci à un

¹ B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 515, p. 425.

² R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 189.

³ *Ibid.*, p. 184.

⁴ V., sur ce point, *infra*, n° 540 s.

régime respectueux des libertés individuelles. Comme c'est déjà majoritairement le cas, ces mesures relèveraient de l'autorité judiciaire, interviendraient à la suite d'un débat contradictoire garantissant le respect des droits de la défense et seraient conditionnées par la commission préalable d'une infraction¹. Une fois prononcée, la nécessité du maintien de la mesure devrait faire l'objet d'un contrôle régulier. Et rien n'empêcherait de soumettre les plus graves d'entre elles, sinon toutes, aux principes protecteurs fondamentaux², comme la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère³. En tout état de cause, « le régime de ces mesures mériterait de faire l'objet d'une intervention législative »⁴. En effet, « puisque le législateur a été amené à instituer des "mesures de sûreté", il aurait dû prendre soin de fixer leur régime, et de définir clairement les principes régissant leur application dans le temps »⁵.

150. Conclusion de la Section 2. Le législateur français reste attaché à une vision classique du droit pénal ne comprenant qu'une seule catégorie de sanctions pénales : les peines. Malgré une émergence croissante des mesures de sûreté depuis la fin du XIX^e siècle, elles n'ont pas réussi à s'imposer en tant que telles en droit positif, en raison d'une réticence du législateur à renouveler sa conception traditionnelle de la sanction pénale. Si l'adoption du nouveau Code pénal aurait pu être l'occasion d'adopter un système dualiste de sanctions pénales, sous l'influence de la doctrine de la défense sociale nouvelle notamment, les rédacteurs du code ont, pourtant, préféré réaffirmer solennellement leur désaveu des mesures de sûreté en baptisant de « peines » toutes les sanctions existantes – une notion connue et, partant, rassurante. Mais l'évolution récente du droit positif est venue contredire cette conception unitaire par l'instauration puis la multiplication des mesures de sûreté, même parfois expressément dénommées comme telles. Or, leur apparition par réformes successives s'est faite par une introduction éparses desdites mesures à divers endroits du Code pénal ou du Code de procédure pénale, voire dans des lois pénales non codifiées, conduisant à une incohérence critiquable du droit pénal dans son ensemble. Si l'expression « mesure de sûreté » a en effet réussi à sortir de l'ombre pour s'imposer en droit positif, le législateur demeure frileux à l'idée d'en livrer une définition légale, de lui fixer un régime propre complet, et surtout de lui faire une place véritablement autonome aux côtés de la peine, au

¹ V. *infra*, n° 761 s.

² V. *infra*, n° 587 s.

³ Nous verrons cependant qu'il est préférable d'établir un régime progressif, prévoyant des règles proportionnelles à la gravité des différentes mesures existantes : v. *infra*, n° 824 s.

⁴ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁵ H. Matsopoulou, « L'application non rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés », *art. cit.*, p. 1111 s.

sein du Code pénal. La place occupée par les mesures de sûreté est donc, *de facto*, considérable, mais demeure, *de jure*, très limitée.

Conclusion du Chapitre I

151. L'émergence des mesures de sûreté que l'on peut observer aussi bien en Allemagne, où ces mesures ont été consacrées expressément, qu'en France, où le législateur leur dénie une existence autonome, est la marque d'une mutation du droit des sanctions pénales. D'apparition encore relativement récente, ces mesures occupent une place toujours grandissante et accèdent progressivement à davantage d'indépendance. Elles ont connu un véritable renouveau à la fin des années 1990 et sont aujourd'hui soumises à l'influence grandissante du droit européen des droits de l'homme. Cette dernière s'est traduite par d'importantes réformes du droit allemand, intervenues à la suite d'une série de condamnations par la Cour de Strasbourg. En droit français, l'émergence des mesures de sûreté est aussi fortement imprégnée de droit comparé, d'où l'intérêt d'une étude comparative des droits français et allemand.

Le fait pour le Code pénal français d'avoir tenté de procéder à une unification des différentes sanctions pénales en supprimant purement et simplement la notion de mesure de sûreté a mené à une incohérence conceptuelle évidente. L'instauration implicite, puis explicite, des mesures de sûreté en marge du système unitaire de sanctions pénales témoigne de ce que le législateur pénal intègre progressivement l'idée d'une évolution éventuelle de celui-ci. Cela étant, la notion de mesure de sûreté souffre encore de l'ambiguïté liée à l'absence de consécration explicite, avec un régime y afférent. L'incertitude qui marque son statut se reflète dans les nombreuses controverses dont elle fait l'objet. Mais l'orientation actuelle du droit pénal français s'éloigne incontestablement de sa conception unitaire originelle, pour se rapprocher de la conception dualiste adoptée par le droit allemand.

L'activité législative récente témoigne en définitive de ce que, contrairement à l'intention première des rédacteurs du Code pénal français, les mesures de sûreté n'ont pas vocation à disparaître, mais au contraire à se développer pour accéder à terme à une existence assumée. Leur essor est également dû en grande partie à la jurisprudence dont le rôle en tant que source mérite assurément d'être étudié.

Chapitre II :

Les sources jurisprudentielles des mesures de sûreté

152. Compte tenu des divergences substantielles qui opposent les droits français et allemand en matière de mesures de sûreté, le rôle assigné au juge est, lui aussi, fondamentalement différent. En effet, si le juge allemand se contente d'appliquer et d'interpréter le droit régissant les mesures de sûreté, il n'en va pas de même du juge français. Certes, il ne saurait créer de nouvelles sanctions non prévues par la loi, ce qui serait contraire au principe de légalité. Toutefois, face à l'attitude réservée du législateur français, c'est souvent à la jurisprudence qu'il revient de déceler en telle ou telle sanction pénale une mesure de sûreté qui n'en porte pas le nom. C'est également souvent au juge que revient la tâche, après avoir identifié et qualifié les mesures existantes, de leur attribuer un régime. Il convient donc de déterminer dans quelle mesure on peut découvrir dans la jurisprudence française un dualisme des sanctions pénales que le législateur refuse de consacrer. La jurisprudence allemande, elle, joue un rôle tout aussi important, en contribuant à dessiner les contours des mesures existantes tout en leur conférant un rayonnement large. Elle s'inscrit dans la même orientation que le législateur, se montrant attachée à la distinction traditionnelle entre peines et mesures de sûreté et attribuant à ces dernières un régime dérogatoire, parfois discutable.

Si le juge allemand se livre globalement à une application large des mesures de sûreté (Section 1), celles-ci sont partiellement reconnues par le juge français (Section 2).

Section 1 :

L'application large des mesures de sûreté par le juge allemand

153. L'étude de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle et judiciaire permet de mieux comprendre son impact sur le système de sanctions pénales. Dans son travail d'interprétation de la loi, la jurisprudence allemande joue un rôle essentiel en matière de mesures de sûreté, en donnant un contenu aux notions abstraites et souvent vagues qui en constituent les fondements¹. Les développements sur les sources jurisprudentielles des mesures de sûreté, qui ne sauraient prétendre à l'exhaustivité, porteront essentiellement sur

¹ V. pour les conditions d'application des différentes mesures existantes, *infra*, n° 234 s.

l'internement de sûreté car ils ont une portée générale¹, reflétant l'orientation sécuritaire de la jurisprudence. Face aux extensions successives du domaine de cette mesure pendant les dernières décennies, les juges n'ont posé que peu de limites, en approuvant dans une large mesure les choix législatifs opérés. La jurisprudence antérieure à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme (§ 1), marquée par des préoccupations sécuritaires évidentes, a été contrainte d'évoluer après les condamnations prononcées par celle-ci (§ 2).

§ 1 : La jurisprudence antérieure à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme

154. Devant la mise en balance entre les intérêts de la société et les droits individuels des délinquants, la jurisprudence fait preuve d'une certaine tendance sécuritaire. Elle se fonde sur la distinction légale entre peines et mesures de sûreté pour soustraire ces dernières à un certain nombre de garanties fondamentales. De cette manière, elle confère une place considérable à l'emblème du système dualiste, l'internement de sûreté. Si ce constat se vérifie essentiellement à l'aune de l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle relative à cette mesure (A), celle-ci est suivie par la jurisprudence judiciaire (B).

A. La jurisprudence constitutionnelle relative à l'internement de sûreté

155. Propos préalables : le recours constitutionnel individuel. La Cour constitutionnelle fédérale allemande peut être saisie au moyen de recours individuels directs (*Verfassungsbeschwerden*) pouvant être formés par quiconque s'estime lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale². Cela permet un contrôle constitutionnel concret et *a posteriori* de la norme législative, contrôle qui n'existe pas en France³. De plus, le recours en Allemagne n'est pas soumis à un filtre

¹ La jurisprudence rendue à propos des autres mesures de sûreté sera évoquée au fur et à mesure de leur étude. V. *infra*, n° 234 s.

² Art. 93, al. 1, n° 4a Loi fondamentale. Le recours constitutionnel a été introduit par la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG), § 90 s.) du 12 mars 1951 au niveau législatif, donc en dehors de la Loi fondamentale. C'est la loi modificative de la Loi fondamentale du 29 janv. 1969 (*Neunzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, BGBl, I, 1969, n° 11, 1^{er} févr. 1969, p. 97) qui l'a inscrit dans la Loi fondamentale.

³ Si la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République a institué la question prioritaire de constitutionnalité, ce contrôle *a posteriori* demeure très abstrait, les circonstances de l'espèce y tenant peu de place.

juridictionnel préalable, qui aboutit en France à ériger les juridictions judiciaires et administratives en véritables juges de la constitutionnalité des lois. En Allemagne, la recevabilité et le bien-fondé des recours constitutionnels sont examinés par une chambre de la Cour constitutionnelle (composée de trois juges), ou par l'un des deux sénats (composés de huit juges). À l'issue de la procédure d'admission préalable, la requête est rejetée si elle est irrecevable ou manifestement infondée, la décision prise à l'unanimité n'étant ni motivée ni susceptible de recours. La Cour fédérale a donc le monopole de l'appréciation définitive de la constitutionnalité des lois, ce qui fait d'elle la gardienne des droits fondamentaux.

156. Validation constitutionnelle de l'internement de sûreté. Si la Cour constitutionnelle fédérale s'est régulièrement prononcée depuis 1953¹ sur l'internement de sûreté, ce n'est qu'en 1995² qu'elle a expressément déclaré cette mesure conforme aux principes inscrits dans la Loi fondamentale. Dans la même décision, elle a d'ailleurs déclaré, de manière globale, le système dualiste de sanctions pénales conforme à celle-ci.

La juridiction constitutionnelle a établi un parallèle avec les décisions majeures qu'elle a rendues en matière de peine privative de liberté perpétuelle³, d'internement en hôpital psychiatrique (§ 63 du code pénal)⁴ et de traitement des dépendances en établissement de désintoxication (§ 64 du même code)⁵.

¹ A. Dessecker, « Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *art. cit.*, p. 706 s. La Cour avait notamment approuvé, comme n'étant pas contraires à l'article 104, alinéa 1 (régissant les garanties relatives aux privations de liberté), les modalités d'exécution de la mesure qui ressemblaient alors fortement à celles d'une peine de réclusion : BVerfG, 30 janv. 1953, 1 BvR 377/51, BVerfGE 2, 118 (119 s.). Aussi avait-elle autorisé, comme non contraire au droit fondamental à la liberté, une mise à exécution de la mesure alors que la décision de la chambre de l'exécution des peines relative à la nécessité de la mesure, qui doit en principe intervenir avant la fin de l'exécution de la peine (v. § 67c, al. 1 StGB), n'était pas intervenue à temps : BVerfG, 9 mars 1976, 2 BvR 618/75, BVerfGE 42, 1 (9 s.), avec l'opinion dissidente du juge Hirsch (11 s.). On peut enfin citer un arrêt ayant rejeté une demande d'examen de constitutionnalité d'une norme, posée par un tribunal d'exécution des peines, visant le dispositif du § 67a, al. 1 du code pénal qui ne prévoit pas la possibilité d'un transfert de l'internement en hôpital psychiatrique vers un internement de sûreté : BVerfG, 17 mai 1994, 2 BvL 12/94, *NJW*, 1995, p. 772. Les décisions rendues au sujet de la nécessité ou non d'avoir recours à une expertise sur la dangerosité de l'intéressé avant la mise à exécution de la mesure consécutivement à une peine – question aujourd'hui réglée par le législateur ayant introduit une obligation d'expertise (§ 463, al. 3, phrase 3 et § 454, al. 2 StPO) – étaient divergentes : pour l'exigence d'une expertise : BVerfG, 7 juin 1993, 2 BvR 1907/91, *NJW*, 1994, p. 510 ; contre : BVerfG, 15 mars 1993, 2 BvR 2062/92, *juris*.

² BVerfG, 27 sept. 1995, 2 BvR 1734/90, *NStZ-RR*, 1996, p. 122.

³ V. BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (228 s. et 245) ; v. not. E. Schmidhäuser, « Verfassungswidrigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord und Verfassungswidrigkeit der BGH-Rechtsprechung zur Heimtücke als Mordmerkmal », *JR*, 1978, p. 265 s. ; H. Woesner, « Moralisierende Mordmerkmale », *NJW*, 1978, p. 1025 s.

⁴ V. BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80 ; 2 BvR 1504/82, BVerfGE 70, 297 (307 s.), *préc.*

⁵ V. BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 4/91 et 2 BvR 1537/88, 400/90, 349/91, 387/92, BVerfGE 91, 1 (28 s.).

Régulièrement saisie de demandes de remise en liberté, la Cour a fait prévaloir les intérêts collectifs sur le droit individuel à la liberté. Tout en reconnaissant qu'une violation de ce droit n'était pas à exclure en cas de prolongation de la mesure au-delà de sa durée initiale de dix ans (en application de la loi de 1998 ayant rétroactivement supprimé toute limitation de durée), la Cour faisait ensuite valoir qu'une mise en danger des intérêts collectifs par une libération du délinquant dangereux ne saurait être tolérée¹. Deux grandes décisions rendues par la Haute instance constitutionnelle en février 2004 méritent une attention particulière.

157. Décision du 5 février 2004 : approbation du régime dérogatoire de l'internement de sûreté. Dans sa décision du 5 février 2004², la Cour a expressément validé le dispositif en s'appuyant sur le fait que l'internement était qualifié de mesure de sûreté par la loi. Partant, cette mesure ne devait pas être soumise aux principes régissant le droit de la peine, notamment le principe de non-rétroactivité³. En application du principe du respect de la dignité humaine, la Cour a précisé que l'exécution de la mesure devait, tout comme l'exécution d'une peine perpétuelle, favoriser la resocialisation. Aussi, a-t-elle évoqué le principe de la « distance obligatoire » (*Abstandsgebot*), impliquant des modalités d'internement plus favorables par rapport à la peine privative de liberté. À cet égard, elle a conclu que les § 129 et suivants de la loi sur l'exécution des peines, de même que la pratique, satisfaisaient à cette exigence en ce qu'ils accordaient, dans la mesure du possible, de plus grandes libertés aux internés par rapport aux détenus ordinaires⁴, leur laissant ainsi une réelle chance de recouvrer la liberté.

La Cour n'a cependant pas saisi cette occasion pour demander au législateur d'élaborer une loi relative à l'exécution de l'internement de sûreté qui aurait permis de marquer une véritable différence entre peine et mesure de sûreté⁵. Les juges constitutionnels ont donc laissé le soin aux établissements pénitentiaires de concevoir les modalités d'exécution de ces

¹ V. p. ex., BVerfG, 3 déc. 1998, 2 BvR 2033/98 ; BVerfG, 28 mai 2003, 2 BvR 765/03.

² BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* V. aussi BVerfG, 22 mars 2004, 2 BvR 664/02 ; BVerfG, 22 janv. 2007, 2 BvR 1942/06 ; BVerfG, 26 avr. 2007, 2 BvR 157/07 ; BVerfG, 11 juin 2010, 2 BvQ 34/10.

³ Cette solution a fait l'objet de vives critiques : v. p. ex. T. Mushoff, « Sicherungsverwahrung und Rückwirkungsverbot - Gesetzesdefinitorische oder wirkungsorientierte Betrachtung? - Plädoyer für eine wirkungsorientierte Interpretation grundrechtsgleicher Rechte im Bereich des Strafrechts », *art. cit.*, p. 137 s.

⁴ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* (150, 154 s.). V. aussi J. Kinzig, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, p. 40 s.

⁵ Une telle loi aurait pu, en effet, mettre fin aux critiques opposées à la mesure qui évoquent une « duperie des étiquettes » (*Etikettenschwindel*), selon lesquels derrière l'étiquette de la mesure se cacherait en réalité une peine à durée indéterminée : v. J. Kinzig, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, p. 44.

différentes sanctions¹ qui devraient, en principe, prendre en compte le caractère exclusivement préventif de l'internement de sûreté.

Ils ont de même fait valoir que la prolongation de l'internement au-delà de dix ans devait rester exceptionnelle – tout en concédant toutefois qu'en ce qui concerne les délinquants particulièrement dangereux et incorrigibles, la mesure pouvait revêtir une durée indéterminée, bien que la perspective de resocialisation se trouve alors fortement compromise². De surcroît, il a été jugé que l'internement de sûreté ne contrevenait pas au droit fondamental à la liberté (posé à l'article 2, alinéa 2 de la Loi fondamentale), malgré le manque de fiabilité – reconnu par la Cour – des pronostics de dangerosité dans certains cas.

La Cour a affirmé, dans cette même décision, que le principe de non-rétroactivité (inscrit à l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale) et l'interdiction de punir deux fois un même fait (inscrit à l'article 103, alinéa 3) ne s'appliquaient qu'aux sanctions étatiques représentant une réaction rétributive à un acte contraire à la loi qui entraîne la responsabilité pénale de son auteur, destinée à compenser le mal causé par le délinquant ; en d'autres termes une peine. L'internement de sûreté étant, au contraire, considéré comme une mesure préventive visant à protéger la collectivité, ne serait donc pas soumis à ces principes.

Le principe plus global de la protection de la confiance légitime (*Vertrauensschutzgebot*, découlant de l'article 2, alinéa 2, combiné à l'article 20, alinéa 3 de la Loi fondamentale), lui, signifie qu'aucune nouvelle réglementation défavorable aux individus ne saurait avoir pour effet de modifier rétroactivement les conséquences juridiques d'une situation révolue. Les juges constitutionnels ont, par conséquent, conclu que ce principe n'était pas méconnu par l'internement de sûreté qui ne constitue, selon eux, pas une remise en cause des situations juridiques révolues, mais prend seulement appui sur les faits passés³. Selon le raisonnement de la Cour, la protection effective de la collectivité contre certains délinquants d'une extrême dangerosité constituait un but d'intérêt général, devant lequel les droits individuels des délinquants visés devaient céder.

Ce faisant, la Cour semble avoir justifié le régime dérogatoire de la mesure par sa seule étiquette juridique sans s'intéresser de plus près à son contenu. Une telle argumentation est évidemment critiquable, car selon la conception formaliste adoptée, chaque sanction pénale se justifierait par sa propre appellation et serait ainsi hermétique à tout grief d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité. Or, il convient de rappeler que la qualification

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* (167).

² *Ibid.*, (156).

³ *Ibid.*, (167 s., 182 s., 186 s.).

de la mesure est loin d'être évidente¹, les finalités préventives poursuivies par la politique criminelle pouvant être atteintes par des moyens différents, comme celles d'une peine indéterminée, d'une aggravation de la peine en cas de récidive ou d'une mesure de sûreté². La position de la Cour paraît en outre très opportuniste, animée par un souci sécuritaire au détriment des droits fondamentaux.

158. Décision du 10 février 2004 : maintien de l'internement de sûreté *a posteriori* malgré la méconnaissance de la compétence exclusive du législateur fédéral. La tendance sécuritaire de la jurisprudence constitutionnelle allemande ressort également de la décision du 10 février 2004³, par laquelle la Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer sur la compétence législative en matière d'internement de sûreté – qui dépend de la question de savoir si cette mesure ressortit au droit pénal au sens de la Loi fondamentale⁴.

Certains *Länder*, on l'a vu⁵, avaient adopté des lois instaurant un internement *a posteriori* aux fins de sûreté afin de combler les « lacunes sécuritaires » résultant des hypothèses où un condamné s'avérait dangereux pendant l'exécution de sa peine. Les juges constitutionnels ont toutefois censuré les dispositifs adoptés au niveau régional, en rappelant que les mesures de sûreté relevaient du droit pénal et, partant, de la compétence exclusive du législateur fédéral⁶. Ils ont précisé, à cet effet, qu'au sens de l'article 74, alinéa 1, n° 1 de la Loi fondamentale (définissant le domaine de la compétence législative fédérale), le droit pénal comprenait la réglementation de toute mesure étatique intervenant en réaction à une infraction dont elle tire son fondement objectif et qui s'applique exclusivement aux délinquants. Or les mesures

¹ V. *supra*, n° 140. V. également *infra*, n° 281 s.

² J. Kinzig, *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, p. 46.

³ BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02 et 2 BvR 1588/02, BVerfGE 109, 190. Pour un commentaire de cette décision, v. not. J. Kinzig, « An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG », *art. cit.*, p. 911 s.; T. Lieber, « Kompetenzüberschreitung in Karlsruhe - Das Bundesverfassungsgericht und der Rechtsstaat », *art. cit.*, p. 20 s.; F. K. Gärditz, « Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht? », *art. cit.*, p. 693 s.; H. Baier, « Grenzenlose Sicherheit? Die Unterbringung gefährlicher Straftäter zwischen Bundes- und Landesrecht », *art. cit.*, p. 552 s.; Ch. Pestalozza, « Die wider Willen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 605 s.; H. Merk, « Ländergesetze zur nachträglichen Sicherungsverwahrung - Beispiel für verfassungswidrigen symbolischen Aktionismus », *art. cit.*, p. 150 s.; M. Krüger, « Nachträgliche Sicherungsverwahrung - Nachruf und Ausblick », *art. cit.*, p. 295 s.;

⁴ L'art. 74, al. 1, n° 1 de la Loi fondamentale donne compétence au législateur fédéral en matière de droit pénal.

⁵ V. *supra*, n° 86.

⁶ En l'espèce, il s'agissait des lois de la Bavière et de la Saxe-Anhalt relatives à l'internement des délinquants : *Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG)* du 24 déc. 2001, *Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt*, p. 978; *Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG)* du 6 mars 2002, *Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt*, p. 80.

d'internement instaurées au niveau des *Länder* ressemblaient fortement à l'internement de sûreté et étaient, en tout état de cause, liées à l'infraction commise, même si les législateurs régionaux ont tenté de dissimuler ce lien par un « *artifice raté* » (*misslungener Kunstgriff*) – selon les termes de la Cour constitutionnelle – en rattachant le pronostic de dangerosité à d'autres critères. Sans se prononcer sur sa nature, la Cour a donc déclaré que l'internement de sûreté faisait partie du système pénal à double voie, comme toutes les mesures préventives prises à la suite d'une infraction. Les *Länder* n'ayant pas de compétence législative en ce domaine, les lois ont été par conséquent déclarées inconstitutionnelles.

Toutefois, la mesure d'internement n'a pas été déclarée inconstitutionnelle dans son principe et la Cour a même décidé de laisser les dispositions litigieuses en vigueur jusqu'au 30 septembre 2004¹, incitant par cette voie le législateur fédéral à se saisir de la question, tout en lui laissant une marge d'appréciation. Elle a en outre réaffirmé la primauté de la sécurité collective sur les droits individuels du détenu. Cette décision peut paraître contestable dans la mesure où les privations de liberté reposant sur les dispositions litigieuses, ayant été déclarées expressément contraires aux normes constitutionnelles, ont été maintenues dans le seul objectif d'assurer la protection de la société par la neutralisation des délinquants. Qui plus est, la Cour n'a pas échappé à toute contradiction en invoquant, d'une part, que le législateur fédéral s'était volontairement abstenu de légiférer en la matière, ce à quoi le législateur du *Land* ne pouvait pallier, tout en forçant, d'autre part, la main au législateur pour combler cette lacune sécuritaire et le vide juridique créé *de facto*².

Ce faisant, la Cour a posé quelques lignes directrices pour l'internement de sûreté *a posteriori*. Certains auteurs, ainsi que les juges ayant formulé l'opinion dissidente, ont pu critiquer cette démarche comme portant atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et comme permettant finalement aux *Länder* d'adopter des règles dans des domaines ne ressortant pas à leur compétence³.

159. Jurisprudence sécuritaire constante : approbation de la rétroactivité et de l'application *a posteriori*. Les deux décisions rendues en février 2004 à quelques jours d'intervalle ont fait l'objet de vives critiques par une partie de la doctrine qui a reproché à la

¹ Cette décision a été fortement critiquée : F. K. Gärditz, « Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht? », *art. cit.*, p. 693 s.; H. Baier, « Grenzenlose Sicherheit? Die Unterbringung gefährlicher Straftäter zwischen Bundes- und Landesrecht », *art. cit.*, p. 552 s.

² Sur l'introduction de l'internement de sûreté *a posteriori* au niveau fédéral, v. *supra*, n° 86.

³ V. J. Kinzig, *Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, p. 48.

Cour constitutionnelle de faire prévaloir le besoin de sécurité de la communauté sur la préservation des libertés¹.

En dépit de ces critiques, les juges de Karlsruhe, dans une jurisprudence constante, ont maintenu leur argumentation fondée sur une stricte séparation, opérée par le droit allemand, entre peines et mesures de sûreté. Partant, la suppression avec effet rétroactif de la limitation de durée de dix ans de l'internement primaire a continué de recevoir l'approbation constitutionnelle ; de même que, par la suite, l'application de l'internement *a posteriori* sur le fondement de faits apparus postérieurement au jugement de condamnation, ainsi que l'application rétroactive de cette mesure à des personnes ayant commis les faits antérieurement à sa création². Selon la Cour, la « *stricte limitation du domaine d'application* » de la mesure permettrait d'assurer qu'elle ne soit « *envisageable que dans des cas particuliers exceptionnels* » et qu'elle reste « *limitée à quelques rares condamnés* »³. La Cour constitutionnelle a ainsi approuvé la norme instaurée dans son principe⁴, de la même manière que ses applications ultérieures sous toutes ses variantes⁵.

Sans grande surprise, le raisonnement des juges constitutionnels n'a pas reçu l'approbation de la part des juges européens.

160. Confrontation entre jurisprudence constitutionnelle et jurisprudence européenne. Un grand nombre des affaires jugées par la Cour de Karlsruhe ont été portées

¹ V. not. J. Kinzig, « An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG », *art. cit.*, p. 911 s.; K. Laubenthal, « Die Renaissance der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 703 s.

² BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, BVerfGK 9, 108. Pour un commentaire de cette décision, v. not. O. Milde, « Zwischen Klarheit und Verwirrung - Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur nachträglichen Sicherungsverwahrung », *HRRS*, 2006, p. 380 s.; I. Rau et F. Zschieschack, « Nova im Sinne des § 66b StGB in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts », *JR*, 2006, p. 477 s.; H. Rosenau et M. Peters, « Zur Verfassungsmäßigkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherheitsverwahrung », *JZ*, 2007, p. 584 s. (les auteurs de ce commentaire font remarquer que la Cour constitutionnelle n'a pas pris en compte les normes conventionnelles); T. Ullenbruch, « Nachträgliche Sicherungsverwahrung - ein legislativer Spuk im judikativen Fegefeuer? - Zugleich Besprechung der Entscheidung des BVerfG vom 23.8.2006 (2 BvR 226/06) und der jüngsten Rechtsprechung des BGH », *NStZ*, 2007, p. 62 s. V. aussi BVerfG, 14 sept. 2005, 2 BvR 882/05 ; BVerfG, 22 oct. 2008, 2 BvR 749/08, *NJW*, 2009, p. 981; BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, BVerfGK 16, 98; *NJW*, 2009, p. 980 ; *NStZ*, 2010, p. 265.

³ BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *préc.*, n° 18.

⁴ BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190, *préc.*

⁵ BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *préc.*; BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, *préc.* Même l'application rétroactive de la mesure sans l'apparition de faits nouveaux, uniquement parce qu'elle ne pouvait auparavant être ordonnée pour des raisons de droit, a été approuvée par la Cour constitutionnelle : BVerfG, 22 oct. 2008, 2 BvR 749/08, *préc.* Selon la Cour, l'internement de sûreté ordonné *a posteriori* n'entraînait qu'une « fausse » rétroactivité (« *unechte* » *Rückwirkung*) car, bien que prenant appui sur des actes passés, il n'en modifierait pas rétroactivement les effets. La jurisprudence a également approuvé l'internement de sûreté prenant le relais d'un internement en hôpital psychiatrique, en précisant que quand bien même certains inconvénients pourraient-ils naître d'un tel passage, les raisons impérieuses d'intérêt général devaient l'emporter.

devant la Cour de Strasbourg et ont abouti à une condamnation par celle-ci de l'Allemagne. C'est ainsi que sa décision emblématique du 5 février 2004¹ qui avait approuvé la prolongation rétroactive de l'internement de sûreté au-delà de dix ans (en se fondant sur l'existence de la double voie des sanctions pénales), a donné lieu à l'arrêt *M. c. Allemagne* du 17 décembre 2009², constatant une violation des articles 5 § 1 et 7 § 1 de la Convention. Le même constat de violation de la Convention résulte des arrêts *Jendrowiak* du 14 avril 2011³ (intervenu à la suite de sa décision du 22 mars 2004⁴), *Kallweit* du 13 janvier 2011⁵ (faisant suite à la décision constitutionnelle du 22 janvier 2007⁶) et *O.H. c. Allemagne* du 24 novembre 2011⁷ (intervenu après la décision du 23 juillet 2007⁸). Il en va de même de l'arrêt *Schummer* du 13 janvier 2011⁹ qui est intervenu dans une affaire ayant donné lieu à plusieurs rejets des requêtes introduites devant la Cour constitutionnelle¹⁰. La décision du 21 septembre 2006¹¹ a abouti à une condamnation dans l'affaire *Schönbrod* (arrêt du 24 novembre 2011¹²), pour violation de l'article 5 § 1 en raison d'un réexamen tardif de la régularité du maintien de la mesure. On peut encore citer l'arrêt *B.* du 19 avril 2012¹³, rendu consécutivement à la décision du 13 mai 2009¹⁴, et constatant une violation de l'article 5 § 1 en raison d'un internement prononcé *a posteriori*. Enfin, la décision constitutionnelle du 5 août 2009¹⁵ a abouti à une nouvelle condamnation dans l'arrêt *K. c. Allemagne*¹⁶.

Ces nombreuses condamnations ont obligé la Cour de Karlsruhe à faire évoluer sa position¹⁷, laquelle était similaire à celle de la jurisprudence judiciaire.

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

² CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*

³ CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04.

⁴ BVerfG, 22 mars 2004, 2 BvR 2027/02.

⁵ CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.

⁶ BVerfG, 22 janv. 2007, 2 BvR 1942/06.

⁷ CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08.

⁸ BVerfG, 23 juil. 2007, 2 BvR 241/07.

⁹ CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.

¹⁰ BVerfG, 22 mars 2004, 2 BvR 664/02 ; BVerfG, 26 avr. 2007, 2 BvR 157/07 ; BVerfG, 11 juin 2010, 2 BvQ 34/10.

¹¹ BVerfG, 21 sept. 2006, 2 BvR 1614/06.

¹² CEDH, *Schönbrod c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 48038/06.

¹³ CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.

¹⁴ BVerfG, 13 mai 2009, 2 BvR 957/09 ; cette décision est intervenue après celles de la Cour fédérale de justice : BGH, 28 juin 2000, 1 StR 246/00 ; BGH, 17 mars 2009, 1 StR 34/09.

¹⁵ BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, 2 BvR 2633/08, *préc.*

¹⁶ CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09.

¹⁷ *V. infra*, n° 174 s.

B. La jurisprudence judiciaire relative à l'internement de sûreté

161. Application large du dispositif légal sur l'internement de sûreté. La Cour fédérale de justice, s'appuyant en partie sur la jurisprudence constitutionnelle, a approuvé à plusieurs reprises l'application rétroactive de l'internement de sûreté *a posteriori* instauré en 2004¹ – qui, rappelons-le, est considérée comme la mesure la plus grave du système de sanctions pénales². Elle s'est fondé sur le caractère préventif de la mesure qui est, de ce fait, exclue du champ d'application du principe de non-rétroactivité prévu à l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale, ainsi que du principe *ne bis in idem* découlant de l'article 103, alinéa 3³. Elle s'est notamment appuyée sur le terme « punir » – employé aussi bien dans l'énoncé du principe de légalité que dans celui de l'interdiction d'une double punition – qui ne saurait concerner que l'infliction d'une peine. De plus, selon la Cour, les droits individuels de l'intéressé devaient reculer devant des considérations liées à l'intérêt général, en l'occurrence la protection de la société contre les condamnés particulièrement dangereux.

L'application rétroactive de l'internement a même été approuvée dans l'hypothèse où la mesure prend le relais d'un internement en hôpital psychiatrique lequel ne constitue, selon les juges fédéraux, pas une moindre atteinte (*Übel*) que l'internement de sûreté mais une atteinte de nature différente aux droits de l'intéressé⁴. Or ce cas de figure semble constituer une atteinte à l'autorité de la chose jugée⁵ et permettre *in fine* de réparer des erreurs judiciaires.

Notons également que l'internement *a posteriori* (avant son abrogation) supposait, en principe, l'apparition de faits nouveaux pendant la détention (indiquant une plus grande dangerosité de la personne qu'au moment de la condamnation)⁶. Or la Cour a souligné à cet

¹ Sa première décision au sujet de l'internement *a posteriori* date du 11 mai 2005 : BGH, 11 mai 2005, 1 StR 37/05, BGHSt 50, 121, NStZ, 2005, p. 561 ; NJW, 2005, p. 2022. V. aussi, BGH, 1^{er} juil. 2005, 2 StR 9/05, BGHSt 50, 180, NJW, 2005, 3078 ; BGH, 15 avr. 2008, 5 StR 431/07, BGHSt 52, 205, (209 s.) ; NJW, 2008, p. 1682.

² BGH, 22 févr. 2006, 5 StR 585/05, préc. V. *supra*, n° 87.

³ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, préc. ; BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, BVerfGK 9, 108 ; NStZ, 2007, p. 87 ; BGH, 15 avr. 2008, 5 StR 431/07, BGHSt 52, 205, préc. *Contra* : BGH, 19 oct. 2007, 3 StR 378/07. Concernant la surveillance de conduite, la Cour de justice renvoie à la jurisprudence constitutionnelle : BVerfG, 15 août 1980, 2 BvR 495/80.

⁴ BGH, 7 oct. 2008, GSSt 1/08, NStZ, 2009, p. 141 (143) ; note critique par Ullenbruch, NStZ, 2009, p. 143 (144). V. aussi BGH, 11 févr. 1954, 4 StR 755/53, BGHSt 5, 312 (314) ; BGH, 25 juil. 1981, 4 StR 313/81, NStZ, 1981, p. 390 ; BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *juris*, n° 21 ; BGH, 20 févr. 2002, 2 StR 486/01, *juris*, n° 14. La Cour avance notamment que l'internement en hôpital psychiatrique ne suppose pas nécessairement que le traitement ait des perspectives de succès et constitue, comme l'internement de sûreté, une privation de liberté illimitée (BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *juris*, n° 24). V. également la position similaire de la Cour constitutionnelle fédérale : *infra*, n° 309.

⁵ V. aussi, *infra*, n° 307.

⁶ BGH, 22 févr. 2006, 5 StR 585/05, BGHSt 50, 373 (380) ; BGH, 15 avr. 2008, 5 StR 635/07. Sur l'exigence de « faits nouveaux », v. *supra*, n° 86.

égard que le législateur avait expressément instauré¹, par dérogation à la règle, la possibilité d'appliquer la mesure en l'absence d'apparition de faits nouveaux, si la condamnation était intervenue avant l'instauration de la mesure².

Les préoccupations sécuritaires ressortent enfin de manière flagrante des arrêts par lesquels la Cour fédérale de justice a validé un internement de sûreté *a posteriori* ordonné avec effet rétroactif à l'encontre d'un primo-délinquant³, puis d'un jeune délinquant⁴. Selon le droit applicable (antérieurement à la récente réforme) aux mineurs et jeunes adultes⁵, la mesure pouvait être prononcée de manière rétroactive sans l'apparition de faits nouveaux pendant la détention, sans la démonstration d'une propension à commettre des infractions, et en présence d'une seule condamnation.

162. Limite: l'exigence d'une interprétation stricte de la loi. La Cour fédérale de justice a cependant toujours veillé à ce que les conditions légales soient interprétées strictement⁶, afin de réserver la mesure aux cas les plus graves. En ce qui concerne notamment l'internement *a posteriori*, elle a ainsi affirmé, en se référant aux travaux préparatoires de la loi⁷ et à la jurisprudence constitutionnelle⁸, que cette mesure n'était envisageable que dans certains cas exceptionnels de délinquants extrêmement dangereux. Elle ne saurait, par conséquent, être appliquée de manière prophylactique en cas de menace floue, pas plus que pour contourner les limites du § 63 relatif à l'internement en hôpital

¹ Par la loi précitée du 13 avril 2007 (*Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung*). V. *supra*, n° 86.

² BGH, 15 avr. 2008, 5 StR 431/07, BGHSt 52, 205, *préc.* Cela revient donc à faire rétroagir l'élargissement des conditions objectives de la mesure (par exemple lorsque l'infraction reprochée ne faisait pas partie de celles qui autorisaient le recours à une telle mesure au moment du jugement). De plus, cette dérogation a vocation à s'appliquer aux criminels jugés sur le territoire de l'ancienne RDA : l'internement de sûreté n'ayant pu s'appliquer avant 1995 sur ce territoire, les personnes condamnées entre 1990 et 1995 y ont échappé. L'intervention du législateur est dès lors destinée à permettre leur internement *a posteriori* dans un souci de protection sociale.

³ BGH, 25 nov. 2005, 2 StR 272/05, BGHSt 50, 248 ; *NJW*, 2006, p. 531.

⁴ BGH, 9 mars 2010, 1 StR 554/09, *NJW*, 2010, p. 1539 s. Pour un commentaire de cette décision, v. not. J. Kinzig, « Zur Frage der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung - Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 09.03.2010 - 1 StR 554/09 », *JZ*, 2010, p. 689 s. ; A. Kreuzer, « Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht angesichts divergierender Urteile des BGH und EGMR - Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 9.3.2010 - 1 StR 554/09 », *NStZ*, 2010, p. 473 s. ; T. Bartsch, « Zur nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung nach der Verurteilung zu einer Jugendstrafe », *StV*, 2010, p. 521 s. ; J. Renzikowski, « Zur Verfassungsmäßigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht », *NStZ*, 2010, p. 506 s. ; U. Eisenberg, « "Feindliche Übernahme" im Jugendstrafrecht? - Zur Situation eines politisch aufgeladenen Rechtsgebiets », *NJW*, 2010, p. 1507 s.

⁵ § 106, al. 3, 5 et 6 ; § 7, al. 2 JGG, ancienne version.

⁶ La Cour veillait notamment à l'appréciation stricte de l'exigence de l'apparition de faits nouveaux après la condamnation : BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *préc.*

⁷ BT-Drs. 15/2887, p. 10.

⁸ BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190, *préc.*

psychiatrique¹. De la même manière, la mesure ne saurait servir à corriger des erreurs de droit², comme par exemple l'omission de prononcer l'internement *ab initio* alors que toutes les conditions étaient réunies au moment du jugement de condamnation³.

163. Absence de contrôle de conventionnalité par les juges allemands. Avant l'intervention de la Cour de Strasbourg, aucune juridiction interne ne s'était posé la question de la conformité du droit allemand aux articles 5 et 7 de la CESDH. Les griefs tirés de l'inconventionnalité étaient, au mieux, écartés par l'affirmation selon laquelle il n'existait aucun doute à l'égard du droit conventionnel⁴.

C'est ainsi que le tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*)⁵ de Francfort a refusé de mettre un terme à l'internement de sûreté de Monsieur *M.*⁶, qui avait atteint la durée maximale de dix ans prévue par la loi en vigueur au moment du jugement le condamnant et ordonnant la mesure. La loi du 26 janvier 1998⁷, qui a supprimé toute limitation de durée de la mesure, a donc fait l'objet d'une application rétroactive. L'affaire a conduit, on l'a vu, à la première condamnation de l'Allemagne par la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *M. c. Allemagne*)⁸, qui a désapprouvé la prolongation de l'internement de sûreté en vertu d'une loi nouvelle plus sévère. De la même manière, le tribunal régional supérieur de Karlsruhe a refusé de mettre fin à l'internement de sûreté de Monsieur *Schummer*⁹, l'affaire ayant débouché sur l'arrêt *Schummer c. Allemagne*¹⁰.

D'autres affaires jugées par la Cour de justice fédérale ont, elles aussi, abouti à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, comme celle qui a été prononcée dans l'arrêt *H. c. Allemagne* du 13 janvier 2011¹¹ désapprouvant le prononcé rétroactif de l'internement *a posteriori*.

¹ BGH, 1^{er} déc. 2006, 2 StR 475/06, 2 StR 475/06, *StV*, 2007, p. 240. BGH, 22 févr. 2006, 5 StR 585/05, BGHSt 50, 373, *préc.*

² BGH, 11 mai 2005, 1 StR 37/05, BGHSt 50, 121, *préc.*; BGH, 3 févr. 2006, 2 StR 598/05. V. aussi OLG Francfort, 4 janv. 2005, 3 Ws 1278/04, *StV*, 2005, p. 142; OLG Rostock, 18 janv. 2005, I Ws 560/04, *StV*, 2005, p. 279.

³ OLG Brandebourg, 8 avr. 2005, 1 Ws 13/05; OLG Francfort, 6 janv. 2005, 3 Ws 1280/04.

⁴ BGH, 22 févr. 2006, 5 StR 585/05, BGHSt 50, 373, *préc.*

⁵ Le tribunal régional supérieur est l'équivalent de la Cour d'appel en France ; il est compétent en matière pénale, civile et commerciale, formant la Juridiction Ordinaire ou de droit commun.

⁶ OLG Francfort/ *M.*, 26 oct. 2001, 3 Ws 543/01, 3 Ws 544/01. Le requérant a également intenté un recours devant la Cour constitutionnelle qui a approuvé l'application rétroactive de la mesure : BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* V. *supra*, n° 157.

⁷ V. *supra*, n° 85.

⁸ CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.* V. *supra*, n° 96.

⁹ OLG Karlsruhe, 31 août 2009, 2 Ws 309/09.

¹⁰ CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.

¹¹ CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04. Cet arrêt fait suite aux décisions : BGH, 12 janv. 2006, 1 StR 476/05 ; BGH, 23 mars 2006, 1 StR 476/05.

164. Propos conclusifs. L'orientation sécuritaire de la jurisprudence a fini par se heurter à l'obstacle européen. La Cour de Strasbourg a analysé les situations évoquées ci-dessus comme correspondant à l'application rétroactive d'une peine supplémentaire, ce qui est contraire au principe de légalité (article 7 § 1 de la Convention), et comme une détention arbitraire (article 5 § 1 de la Convention)¹. Les considérations liées à la sauvegarde de l'ordre public ne permettant pas de neutraliser les exigences conventionnelles, la jurisprudence interne a été contrainte d'évoluer.

§ 2 : La jurisprudence postérieure aux condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme

165. Après les condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence tant judiciaire (A) que constitutionnelle (B), dans un premier temps favorable à une politique pénale protectrice de la société, a fini par incliner sa position.

A. La position des juridictions judiciaires

166. Pour plus de clarté, l'analyse de la jurisprudence des juridictions du fond (1) sera distinguée de celle de la juridiction de cassation, la Cour fédérale de justice² (2).

1. La jurisprudence des juridictions du fond

167. Confrontation des dispositions internes aux normes européennes. La confrontation de l'internement de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme soulève le problème de l'effet obligatoire des décisions de la Cour européenne³. Il convient de préciser, à cet égard, que la Convention n'a pas, en droit allemand, de rang supra-législatif,

¹ V. *supra*, n° 96 et *infra*, n° 533 et 534.

² *Bundesgerichtshof* : Cette Haute juridiction est l'équivalent en Allemagne de la Cour de cassation pour la matière pénale, civile, et commerciale. Il existe cinq ordres de juridictions, avec une Haute juridiction fédérale pour chacun d'entre eux. Ainsi, à côté de la Cour fédérale de justice (compétente pour la Juridiction ordinaire ou de droit commun), existe la Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht*), la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht*), la Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*), et la Cour fédérale du contentieux social (*Bundessozialgericht*).

³ Sur ce problème, v. Ch. Grabenwarter, « Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland », *JZ*, 2010, p. 857 s.

mais simplement valeur légale¹. Les juridictions internes sont ainsi liées, d'une part, par les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale² qui avaient déclaré conformes à la Loi fondamentale les durcissements rétroactifs du droit de l'internement de sûreté, et, d'autre part, par les dispositions légales³. Or ces dernières comprennent tant la loi au sens strict, qui autorise notamment l'application rétroactive des mesures de sûreté⁴, que les dispositions conventionnelles et l'interprétation qu'en fait la Cour de Strasbourg⁵. En cas de conflit entre ces normes, les juges allemands semblent accorder une primauté aux normes internes.

S'est dès lors posée la question de savoir si la jurisprudence issue de la décision *M. c. Allemagne* et des autres décisions qui l'ont suivie devait être transposée à tous les cas similaires (*Parallelfälle*). Les juridictions internes étaient-elles liées par la jurisprudence européenne (ce qui les obligeait à mettre fin aux internements en cours dans le cadre du contrôle périodique prévu au § 67e du code pénal), ou pouvaient-elles prendre en compte les impératifs sécuritaires étatiques, mis en avant par la jurisprudence constitutionnelle, pour s'en écarter⁶ ?

A priori, la décision européenne devrait s'imposer à toutes les autorités et juridictions allemandes, lesquelles doivent se livrer à une interprétation conforme du code pénal, quand bien même la conséquence serait de mettre fin à un grand nombre d'internements de sûreté en cours⁷. Pourtant, les réactions des juges du fond à la suite de la décision *M. c. Allemagne* ont été partagées⁸.

168. Résistance d'une partie de la jurisprudence allemande à la jurisprudence européenne. Certaines juridictions ont refusé d'ordonner la libération de personnes dont

¹ Elle n'est toutefois pas réellement considérée comme une loi ordinaire, dans la mesure où la Cour constitutionnelle fédérale écarte en sa faveur la règle de la *lex posterior*, si bien qu'une loi fédérale postérieure ne saurait y contrevenir. De plus, en vertu d'une jurisprudence désormais bien assise de la Cour constitutionnelle, les droits fondamentaux et les principes constitutionnels de l'État de droit doivent faire l'objet d'une interprétation conforme aux dispositions de la Convention de sauvegarde et de la jurisprudence de la Cour européenne. Cela résulte notamment de l'affaire *Görgülü* du 14 octobre 2004 (BVerfG, 14 oct. 2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, *NJW*, 2004, p. 3407), à l'occasion de laquelle la Cour constitutionnelle a étendu cet effet liant indirect à tous les organes étatiques. V. J. Leblois-Happe *et al.*, « Chronique de Droit pénal allemand », *RIDP*, 2011/1, Vol. 82, p. 191 s.

² § 31, al. 1 BVerfGG.

³ Art. 59, al. 2 GG.

⁴ § 2, al. 6 StGB.

⁵ En ce sens, v. BVerfG, 14 oct. 2004, 2 BvR 1481/04, *préc.*

⁶ R. Rissing-van Saan, « Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR », *art. cit.*, p. 1179.

⁷ Ch. Grabenwarter, « Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland », *art. cit.*, p. 857 s.

⁸ Sur l'évolution de la jurisprudence, v. R. Esser, « Sicherungsverwahrung », *JA*, 2011, p. 727 s.

l'internement contrevenait pourtant aux normes européennes¹. Elles se sont référées, pour cela, à l'arrêt *Görgülü* de la Cour constitutionnelle fédérale² qui avait décidé que l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour européenne se limitait au cas d'espèce concerné. Selon la Cour de Karlsruhe, les juridictions internes devaient certes tenir compte de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour, mais uniquement dans la limite d'une « *interprétation méthodiquement soutenable de la loi* » (« *methodisch vertretbare Gesetzesauslegung* ») – en d'autres termes dans les limites des dispositions légales. Aussi, les juridictions du fond se sont-elles référées à la décision de la Cour constitutionnelle du 5 février 2004 qui avait déclaré l'internement de sûreté et son application ou prolongation rétroactives conformes à la Constitution³.

Invoquant la nécessité de mettre en balance les différents droits fondamentaux en conflit, les juridictions internes ont fait prévaloir ceux des victimes potentielles et les intérêts collectifs sur le droit à la liberté des personnes internées⁴. Elles ont estimé que la transposition de la jurisprudence de la Cour européenne conduirait à violer les droits fondamentaux des concitoyens des requérants. Les juges se sont référés, pour asseoir leur position, à la jurisprudence de la Cour européenne mettant à la charge des États une obligation positive de défendre la société contre des atteintes potentielles à la vie⁵. Une telle obligation de protection des droits des victimes potentielles découle d'ailleurs des normes constitutionnelles, comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle fédérale dans un arrêt du 4 février 2010⁶.

Finalement, les tribunaux régionaux supérieurs se sont fondés exclusivement sur le § 2, alinéa 6 du code pénal selon lequel les mesures de sûreté obéissent au droit en vigueur au

¹ OLG Celle, 25 mai 2010, 2 Ws 169/10, 2 Ws 170/10, *NStZ-RR*, 2010, p. 322 ; OLG Stuttgart, 1^{er} juin 2010, 1 Ws 57/10, *Justiz* 2010, 346 s.; OLG Nuremberg, 24 juin 2010, 1 Ws 315/10 ; OLG Nuremberg, 7 juil. 2010, 1 Ws 342/10; OLG Nuremberg, 4 août 2010, 1 Ws 404/10 ; OLG Coblenze, 30 mars 2010, 1 Ws 116/10 ; OLG Coblenze, 7 juin 2010, 1 Ws 108/10, *RuP*, 2010, 154 s.; OLG Coblenze, 22 juin 2010, 1 Ws 240/10 ; OLG Coblenze, 1^{er} juil. 2010, 1 Ws 249/10 ; OLG Cologne, 14 juil. 2010, 2 Ws 431/10.

² BVerfG, 14 oct. 2004, 2 BvR 1481/04, *préc.*

³ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* V. *supra*, n° 157.

⁴ V. les arrêts des tribunaux régionaux supérieurs (OLG) précités.

⁵ V. CEDH, *Mastromatteo c. Italie*, 24 oct. 2002, n° 37703/97 : CEDH 2002-VIII ; *JCP G*, 2003, I, p. 109, obs. F. Sudre ; *JDI* 2003, p. 544, obs. Tavernier et Decaux ; *Europe* 2003, p. 24, note Deffains. Sur les obligations positives, v. plus en détail, *infra*, n° 603.

⁶ BVerfG, 4 févr. 2010, 2 BvR 2307/06, n° 19. V. déjà BVerfG, 30 juil. 2008, 1 BvR 402/08, 1 BvR 3262/07, 1 BvR 906/08 ; BVerfG, 16 oct. 1977, 1 BvQ 5/77 ; BVerfG, 25 févr. 1975, Az. 1 BvF 1/74.

moment où la juridiction se prononce¹ en estimant qu'il appartenait au législateur de transposer en droit interne les exigences conventionnelles².

169. Décisions conformes à la jurisprudence européenne. D'autres juridictions, au contraire, ont appliqué la jurisprudence européenne relative aux articles 5 et 7 de la Convention et rendu des décisions favorables aux requérants. Monsieur *M.* qui avait obtenu gain de cause devant la Cour européenne des droits de l'homme a obtenu du tribunal régional supérieur de Francfort sa remise en liberté³. Plusieurs tribunaux se sont prononcés dans le même sens dans des cas similaires en ordonnant la libération des personnes dont l'internement n'était plus, eu égard à la jurisprudence européenne, régulier⁴.

Bien que les décisions rendues par la Cour de Strasbourg ne lient dans leurs conséquences directes que les parties (en vertu de l'article 46 de la Convention), les normes conventionnelles doivent être respectées et appliquées par les juridictions internes, et le droit interne être interprété à la lumière du droit européen. Les juridictions ont considéré que si une interprétation de la loi conforme au droit conventionnel n'était pas possible, le législateur devait intervenir pour résoudre le conflit⁵.

En ce qui concerne le principe d'application immédiate des mesures de sûreté en droit allemand (prévu par le § 2, alinéa 6 du code pénal), les juges ont pris le soin de rappeler qu'il ne s'appliquait que faute de règle contraire. La Convention européenne ayant valeur légale en

¹ Le tribunal régional supérieur de Cologne a ainsi refusé de remettre en liberté deux personnes (Messieurs *Kallweit* et *Mautés*) qui se trouvaient dans une situation similaire à celle de Monsieur *M.* : OLG Cologne, 30 juil. 2010, 2 Ws 459/10. Cette position a conduit à de nouvelles condamnations (CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07 ; *Mautés c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07).

² V. O. Bachelet, « Conventiounnalité de la détention de sûreté allemande – Cour européenne des droits de l'homme 13 janvier 2011 », *D.*, 2011, p. 379.

³ OLG Francfort, 24 juin 2010, 3 Ws 485/10, *NStZ*, 2010, p. 573 s.

⁴ Le tribunal régional supérieur de Karlsruhe a ainsi accordé la libération de Monsieur *Schummer* (OLG Karlsruhe, 31 août 2009, 2 Ws 309/09) qui a par la suite obtenu la condamnation de l'Allemagne par la Cour européenne des droits de l'homme pour la période d'internement ayant excédé le délai de dix ans : l'arrêt *Schummer c. Allemagne* de la CEDH (n° 27360/04 et 42225/07) du 13 janv. 2011 a constaté la violation des articles 5 § 1 et 7 § 1.

V. aussi OLG Hamm, 12 mai 2010, 4 Ws 114/10, *RuP* 2010, p. 162 s.; OLG Hamm, 6 juil. 2010, III-4 Ws 157/10 ; OLG Hamm, 22 juil 2010, III-4 Ws 180/10 ; OLG Hamm, 29 juil. 2010, III-4 Ws 193/10 ; OLG Francfort, 24 juin 2010, 3 Ws 485/10, *préc.* ; OLG Francfort, 1^{er} juil. 2010, 3 Ws 539/10 et 3 Ws 418/10, *NStZ-RR*, 2010, p. 321 ; OLG Francfort, 13, 15 et 20 juil. 2010, 3 Ws 598/10, 608/10, 619-620/10 et 638-639/10 ; OLG Karlsruhe, 15 juil. 2010, 2 Ws 458/09, 2 Ws 44/10, *NStZ-RR*, 2010, p. 322 s.; OLG Karlsruhe, 4 août 2010, 2 Ws 227/10 ; OLG Karlsruhe, 28 sept. 2010, 2 Ws 334/10 ; OLG Schleswig, 15 juil. 2010, 1 OJs 3/10, 1 Ws 268/10, *SchlHA* 2010, p. 296 s. ; OLG Schleswig, 15 juil. 2010, 1 Ws 267/10.

⁵ V. les décisions précitées.

droit allemand, elle peut fonder une exception en allant au-delà des garanties constitutionnelles¹.

En définitive, le principe de non-rétroactivité du droit pénal plus sévère prévu à l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ayant valeur absolue, aucune dérogation ne saurait y être apportée sur le fondement de la protection de la collectivité². Par conséquent, les dispositions plus sévères adoptées en matière d'internement de sûreté ne pouvaient rétroagir³, seul le droit en vigueur au moment de la commission des faits devant s'appliquer⁴.

La jurisprudence de la Cour fédérale de justice était, elle aussi, nuancée.

2. La jurisprudence de la Cour fédérale de justice

170. Position partagée de la Cour fédérale de justice. Les différentes chambres criminelles de la Cour fédérale de justice ont également longtemps eu une position divergente. Les Hauts magistrats se sont, dans un premier temps, montrés réticents à prononcer la libération des personnes dont l'internement était contraire à la Convention européenne, en se prévalant de leur dangerosité. Dans une décision du 9 mars 2010⁵, la première chambre

¹ OLG Karlsruhe, 15 juil. 2010, 2 Ws 458/09, *préc.* De surcroît, à supposer que l'on retienne, à l'instar de la Cour de Strasbourg, la qualification de « peine » pour désigner l'internement de sûreté en droit interne, cela écarterait, *ipso facto*, la disposition propre aux mesures de sûreté (§ 2, al. 6) et impliquerait de se référer directement au principe de non-rétroactivité des peines (§ 2, al. 1 du code pénal). *Contra* : OLG Coblenz, 7 juin 2010, 1 Ws 108/10, *préc.*; OLG Cologne, 14 juil. 2010, 2 Ws 431/10.

² OLG Francfort, 24 juin 2010, 3 Ws 485/10, *NStZ*, 2010, p. 573 s.; OLG Karlsruhe, 15 juil. 2010, 2 Ws 458/09, 2 Ws 44/10, *préc.*

³ OLG Rostock, 20 janv. 2011, 1 Ws 6/11. Par cette décision, la Cour a refusé d'ouvrir la procédure aux fins d'un prononcé rétroactif d'un internement *a posteriori*. Elle a précisé que les dispositions transitoires (Art. 316e, al. 1, phrase 2 EGStGB) issues de la réforme intervenue en décembre 2010 (v. *supra*, n° 97) perpétuait une violation des articles 5 § 1 et 7 § 1 de la Convention.

⁴ Les autres mesures de sûreté au contraire, ne tombant pas sous le coup de la qualification de peine au sens de l'article 7 § 1 de la Convention, continuent d'être régies par le principe d'application immédiate prévu au § 2, alinéa 6 du code pénal.

⁵ BGH, 9 mars 2010, 1 StR 554/09, *préc.* Cette décision n'a pas manqué de soulever des critiques, tenant notamment à son incompatibilité avec le droit conventionnel : v. not. J. Kinzig, « Zur Frage der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung - Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 09.03.2010 - 1 StR 554/09 », *art. cit.*, p. 89 s.; U. Eisenberg, « Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09.03.2010 (1 StR 554/09, JR 2010, 307) - nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG », *JR*, 2010, p. 14 s.; U. Eisenberg, « "Feindliche Übernahme" im Jugendstrafrecht? - Zur Situation eines politisch aufgeladenen Rechtsgebiets », *art. cit.*, p. 1507 s.; A. Kreuzer, « Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht angesichts divergierender Urteile des BGH und EGMR - Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 9.3.2010 - 1 StR 554/09 », *art. cit.*, p. 473 s.; J. Renzikowski, « Zur Verfassungsmäßigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht », *art. cit.*, p. 506 s.; T. Bartsch, « Zur nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung nach der Verurteilung zu einer Jugendstrafe », *art. cit.*, p. 521 s. V. aussi A. Greger, « Herausforderung Sicherungsverwahrung - Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. gegen Deutschland) umgehen kann », *NStZ*, 2010, p. 676 s.

criminelle de la Cour fédérale de justice a affirmé que les décisions de la CEDH ne s'imposaient pas dans d'autres cas d'espèce, concluant que le droit à la liberté du condamné devait céder devant la nécessaire protection des victimes potentielles.

S'opposant à la première chambre, la quatrième¹, puis la troisième² chambre criminelle ont décidé que l'article 7 § 1 de la Convention européenne, allant au-delà de la protection offerte par les normes constitutionnelles, fondait une exception au principe d'application immédiate des mesures de sûreté prévu par le droit pénal allemand³, empêchant de ce fait l'internement de sûreté de rétroagir. Ainsi, l'affaire *M. c. Allemagne* devait être étendue à tous les cas similaires, ce qui devait aboutir à la libération de toutes les personnes détenues en vertu d'un internement de sûreté appliqué ou prolongé de manière rétroactive.

La cinquième chambre criminelle⁴, suivie par la deuxième chambre⁵, est venue nuancer cette position, soutenant que l'article 7 § 1 ne constituait pas une dérogation générale au droit interne, et qu'il convenait de procéder dans chaque cas à une mise en balance des intérêts en cause (le droit fondamental à la liberté de l'individu dangereux et le droit collectif à la sécurité). Saisie par plusieurs tribunaux régionaux supérieurs⁶ dans le cadre d'un renvoi préjudiciel (*Vorlageverfahren*) imposé par la loi⁷, la cinquième chambre⁸ a solennellement

¹ BGH, 12 mai 2010, 4 StR 577/09, *NStZ*, 2010, p. 567 s. Pour un commentaire de cette décision, v. not. J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.; H. Pollähne, « Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? - Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 255 s.; A. Windoffer, « Die Maßregel der Sicherungsverwahrung im Spannungsfeld von Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz », *DÖV*, 2011, p. 590 s.; A. Ahmed, « Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 12.05.2010 (4 StR 577/09) - Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung », *StV*, 2010, p. 574 s.; K. Gaede, « Rückwirkende Sicherungsverwahrung - Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK als andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB », *HRRS*, 2010, p. 329 s. Ultérieurement, la quatrième chambre a expressément réaffirmé qu'elle maintenait sa position : BGH, 18 janv. 2011, 4 ARs 27/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 139. La Cour a alors évoqué, à l'appui de sa décision, un autre arrêt de la Cour européenne qui est intervenu entre-temps et qui a affirmé la nécessité de transposer sa jurisprudence à des cas similaires : CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07, § 78 - 83.

² BGH, 17 févr. 2011, 3 ARs 35/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 139.

³ § 2, al. 6 StGB.

⁴ BGH, 21 juil. 2010, 5 StR 60/10, *NStZ*, 2010, p. 565 s. Pour un commentaire de cette décision, v. not. A. Windoffer, « Die Maßregel der Sicherungsverwahrung im Spannungsfeld von Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz », *art. cit.*, p. 590 s.

⁵ BGH, 12 mai 2010, 2 StR 171/10.

⁶ Entre autres OLG Stuttgart, 19 août 2010, 1 Ws 57/10 ; OLG Coblenz, 30 sept. 2010, 1 Ws 108/10.

⁷ Depuis une loi du 24 juillet 2010, les tribunaux régionaux supérieurs qui voudraient s'écarter de la solution retenue par un autre tribunal régional supérieur (au sujet du maintien ou de la cessation d'un internement de sûreté ou en hôpital psychiatrique) après le 1^{er} janvier 2010, doivent transmettre l'affaire par un renvoi préjudiciel à la Cour fédérale de justice (§ 121, al. 2, n° 3 GVG). V. *Viertes Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes*, 24 juil. 2010, *BGBI. I*, p. 976, entrée en vigueur le 30 juil. 2010. Un certain nombre de tribunaux régionaux supérieurs ont ainsi renvoyé la question à la Cour fédérale de justice : v. p. ex. OLG Celle, 3 août 2010, 2 Ws 264/10 ; OLG Coblenz, 1^{er} sept. 2010, 2 Ws 370/10.

⁸ Suivie par la première et la deuxième chambre : BGH, 15 déc. 2010, 1 ARs 22/10 ; BGH, 22 déc. 2010, 2 ARs 456/10.

réaffirmé sa position dans une décision du 9 novembre 2010¹, en précisant qu'en cas de contradiction entre le droit conventionnel et la loi, c'était au législateur qu'il appartenait d'intervenir pour y remédier, les juges ne pouvant déroger de leur propre initiative à la volonté législative². Elle a toutefois enjoint aux juges du fond de procéder à un nouvel examen de la nécessité des mesures en cours, en se livrant à un contrôle de proportionnalité plus strict.

La Cour a également suggéré au législateur d'instaurer une différenciation entre les modalités d'exécution de la peine et celles de l'internement de sûreté, avec une orientation thérapeutique et des mesures d'allègement renforcées dans le cadre de celui-ci. Elle a enfin estimé que la Cour constitutionnelle fédérale était liée par la jurisprudence européenne, en anticipant dans sa décision sur les critères que cette Cour allait par la suite reprendre à son compte pour fixer un cadre à la mesure³.

171. Évolutions récentes. En application de la décision, très attendue, rendue par la Cour constitutionnelle le 4 mai 2011⁴, la cinquième chambre a maintenu sa position en se référant aux critères fixés par celle-ci, permettant dans une large mesure de maintenir les mesures en cours⁵.

¹ BGH, 9 nov. 2010, 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, BGHSt 56, 73, *NJW*, 2011, p. 240. Pour un commentaire de cette décision, v. not. J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.; M. Bachmann et F. Goeck, « Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9.11.2010, 5 StR 394/10, 440/10 et 474/10, *NJ 2011, 128* », *NJ*, 2011, p. 129 s.

² En ce sens, v. aussi R. Rissing-van Saan, « Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR », *art. cit.*, p. 1180. La CJCE avait également décidé que « le principe d'interprétation conforme ne peut servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national » : CJCE, *Pupino*, 16 juin 2005, C-105/03, *Rec.* 2005 I-05285, § 47.

³ V. *infra*, n° 175 : BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

Du fait du conflit persistant entre les différentes chambres criminelles de la Cour fédérale de justice, les juridictions du fond saisies de la question ont sursis à statuer ou opéré un renvoi préjudiciel, en attendant que la question soit tranchée soit par la grande chambre, soit par la Cour constitutionnelle : v. p. ex. KG, 3 mars 2011, 2 Ws 642/10, 2 Ws 642/10, 1 AR 1075/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 174 ; OLG Hambourg, 24 janv. 2011, 3 Ws 8/11. V. également BGH, 10 nov. 2010, 5 StR 369/10.

⁴ V. *infra*, n° 175.

⁵ BGH, 23 mai 2011, 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10 (OLG Stuttgart, OLG Celle, OLG Coblenze), BGHSt 56, 248; *NJW*, 2011, p. 1981. V. J. Peglau, « Erhöhte Anforderungen bei der Anwendung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in Altfällen », *jurisPR-StrafR*, 14/2011, Anm. 2.

Les juges du fond se sont par conséquent référés, en application de la décision constitutionnelle, au critère du « trouble psychique » (au sens de la loi sur l'internement thérapeutique adoptée en décembre 2010), ainsi qu'au risque élevé d'infractions particulièrement graves de nature sexuelle ou violente, pour décider du maintien en internement des personnes concernées : Pour une décision prononçant le maintien de la mesure sur ces critères, v. p. ex. : OLG Stuttgart, 27 juin 2011, 8 W 150/11. Pour le prononcé d'une cessation de la mesure, v. : KG, 27 sept. 2011, 2 Ws 642/10, 2 Ws 642/10, 1 AR 1075/10 ; OLG Celle, 19 juil. 2011, 2 Ws 380/10, *NStZ*, 2011, p. 703.

S'agissant des cas « anciens », la Cour fédérale de justice a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises la nécessité d'un contrôle strict de proportionnalité¹. Elle a précisé, à cette occasion, que l'appréciation de la dangerosité de l'individu devait reposer à la fois sur l'importance des infractions redoutées – un risque d'infractions particulièrement graves de nature sexuelle ou violente², qui pouvait être déduit de circonstances concrètes tenant à la personne ou au comportement de l'auteur³ – et sur le degré de probabilité d'un passage à l'acte. La Cour a également souligné le caractère exceptionnel de la mesure, notamment lorsqu'elle était applicable aux délinquants condamnés pour la première fois, les juges devant renoncer à prononcer la mesure lorsque la peine à elle seule permettrait d'atteindre le but poursuivi⁴.

Toutefois, elle a précisé que le pronostic de dangerosité relevant nécessairement de l'ordre de la probabilité, il ne saurait être exigé qu'il existe une certitude quant à la réalisation des événements ou états futurs, car un critère aussi élevé aboutirait à devoir refuser la mesure de manière systématique⁵.

¹ BGH, 25 mai 2011, 4 StR 164/11, *HRRS*, 2011, n° 939 ; BGH, 7 juil. 2011, 5 StR 192/11, *BeckRS*, 2011, 19468 ; BGH, 2 août 2011, 3 StR 208/11 ; BGH, 4 août 2011, 3 StR 175/11, *BeckRS*, 2011, 21575 ; BGH, 30 août 2011, 5 StR 235/11, *BeckRS*, 2011, 22978 ; BGH, 13 sept. 2011, 5 StR 189/11, *BeckRS*, 2011, 23470 ; BGH, 26 oct. 2011, 5 StR 267/11, *NStZ-RR*, 2012, p. 9 ; BGH, 24 janv. 2012, 5 StR 535/11, *BeckRS* 2012, 04459 ; BGH, 18 juil. 2012, 2 StR 605/11, *NStZ-RR*, 2013, p. 54 ; BGH, 24 juil. 2012, 1 StR 57/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 43 ; BGH, 10 janv. 2013, 1 StR 93/11, *NStZ*, 2013, p. 277 ; BGH, 19 févr. 2013, 5 StR 620/12 ; BGH, 10 avr. 2013, 2 StR 1/13 ; BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610/12, *NStZ*, 2013, p. 522 ; BGH, 24 avr. 2013, 5 StR 593/12, *BeckRS*, 2013, 09606 ; BGH, 12 juin 2013, 5 StR 129/13, *NStZ*, 2013, p. 524. Elle a cependant précisé qu'il ne lui appartenait pas de trancher la question de savoir si le principe de proportionnalité devait, à l'avenir, continuer à s'appliquer selon des critères plus stricts qu'auparavant, en ce qui concerne les cas nouveaux soumis au régime réformé de la mesure : BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610/12, *préc.* Les dispositions légales transitoires permettant de continuer d'appliquer le droit déclaré inconstitutionnel sur le fondement du critère d'un trouble psychique (v. *supra*, n° 100) ont été approuvées par la Cour de justice comme étant conformes à la Constitution ainsi qu'à la Convention européenne : BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610 et 617/12 ; BGH, 24 avr. 2013, 5 StR 593/12, *préc.* ; BGH, 12 juin 2013, 1 StR 48/13, *NStZ*, 2013, p. 661. V. aussi pour une application de ces dispositions : BGH, 7 août 2013, 1 StR 246/13, *NStZ*, 2014, p. 209 ; BGH, 11 mars 2014, 5 StR 563/13, *NStZ*, 2014, p. 263.

² Selon la Cour, cette condition était à interpréter de manière plus restrictive que la référence faite par le texte légal aux « *infractions graves causant aux victimes un préjudice corporel ou moral important* » : BGH, 4 août 2011, 3 StR 175/11, *préc.* ; BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 617/12, *NStZ-RR*, 2014, p. 43. Parmi ces infractions, figurent entre autres le viol, l'abus sexuel grave sur enfant (BGH, 26 oct 2011, 5 StR 267/11, *NStZ-RR*, 2012, p. 9 ; BGH, 2 août 2011, 3 StR 208/11 ; BGH, 11 août 2011, 3 StR 221/11), le vol à main armée avec une fausse arme (BGH, 11 déc. 2012, 5 StR 431/12, *BGHSt* 58, 62 s.) et le meurtre (BGH, 24 janv. 2012, 5 StR 535/11, *préc.*). Pour l'atteinte sexuelle commise sur une personne se trouvant sous l'autorité de l'auteur, la Cour a jugé qu'il fallait procéder à une appréciation au cas par cas selon les circonstances concrètes (BGH, 24 avr. 2013, 5 StR 593/12, *préc.* Sur la notion d'infraction sexuelle grave, v. aussi BGH, 19 févr. 2013, 1 StR 465/12 ; BGH, 13 mars 2013, 2 StR 392/12 ; BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610/12, *préc.*).

³ La Cour mettait en avant la différence existant par rapport au critère ordinaire de « *l'appréciation globale de l'auteur et de ses actes* » : BGH, 4 août 2011, 3 StR 175/11, *préc.*, n° 21.

⁴ BGH, 4 août 2011, 3 StR 175/11, *préc.*, n° 23.

⁵ BGH, 25 sept. 2012, 1 StR 160/12, *NStZ*, 2013, p. 225. Cette position s'est inscrite dans une jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle le pronostic sur la dangerosité devait être fondé sur des éléments connus au moment de la décision sur le prononcé de la mesure, la simple perspective hypothétique d'une évolution

172. Propos conclusifs. Pour conclure, la série de décisions qui s'est conformée à la jurisprudence européenne mérite l'approbation car elle résout la difficile question de la confrontation des intérêts individuels et collectifs – en optant pour une interprétation favorable aux droits fondamentaux conventionnellement garantis. Alors que la jurisprudence allemande avait pendant longtemps majoritairement tendance à faire prévaloir les intérêts sécuritaires collectifs sur les libertés et droits fondamentaux¹ – en s'appuyant sur les décisions constitutionnelles ayant approuvé la mesure –, il ressort de ce courant jurisprudentiel récent que l'État ne saurait se prévaloir de la protection d'un impératif conventionnel au profit de victimes purement hypothétiques (la nécessaire protection de l'ordre public) pour justifier la négation d'un droit individuel également garanti par la Convention.

La position de la Cour constitutionnelle a, elle aussi, évolué en ce sens.

B. La position de la Cour constitutionnelle fédérale

173. Si la jurisprudence constitutionnelle s'est partiellement soumise à la jurisprudence européenne (1), elle continue toutefois d'y opposer certaines résistances (2).

1. La soumission partielle de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence européenne

174. Premières réactions réservées à la condamnation européenne. La Cour constitutionnelle fédérale a, dans un premier temps, ordonné à plusieurs reprises le maintien de la mesure malgré les condamnations par la Cour de Strasbourg. Elle a ainsi refusé d'ordonner, à titre de mesure provisoire², la libération de personnes se trouvant dans une situation similaire à celle de Monsieur *M.* et qui se référaient pourtant expressément à l'arrêt rendu en faveur de celui-ci³. Pour étayer leur décision, les juges constitutionnels ont affirmé, selon une formule classique, que le besoin de sécurité de la collectivité primait sur le droit

favorable de l'individu durant son incarcération n'étant pas suffisante pour renoncer à prononcer la mesure : BGH, 22 oct. 2004, 1 StR 140/04, *NStZ*, 2005, p. 211 ; BGH, 25 nov. 2010, 3 StR 382/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 78 ; BGH, 3 févr. 2011, 3 StR 466/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 172 ; BGH, 11 juil. 2013, 3 StR 148/13, *NStZ*, 2013, p. 707.

¹ V. *supra*, n° 161 s.

² L'article 32 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) du 11 août 1993 habilite la Cour constitutionnelle fédérale à ordonner des mesures provisoires si une raison particulière le commande pour le bien-être général.

³ V. not. BVerfG, 22 déc. 2009, 2 BvR 2365/09 ; BVerfG, 26 févr. 2010, 2 BvR 769/10 ; BVerfG, 19 mai 2010, 2 BvR 769/10, *NJW*, 2010, p. 2501 ; BVerfG, 13 sept. 2010, 2 BvR 1940/10 ; BVerfG, 30 juin 2010, 2 BvR 571/10.

individuel à la liberté, dès lors qu'il existait un risque d'infractions futures. Une libération provisoire ne saurait, dans le doute sur l'issue définitive de l'affaire, être accordée au détriment des intérêts de la société.

Les décisions en ce sens ont concerné aussi bien des hypothèses de prolongation rétroactive de la mesure au-delà de sa limite initiale¹, que le prononcé rétroactif de l'internement *a posteriori*². La Cour de Karlsruhe a donc maintenu sa position sécuritaire en invoquant la nécessaire protection de la société contre des infractions potentielles, tout en se référant à la décision européenne.

Si une partie de ses décisions a donné lieu à de nouvelles condamnations par la Cour européenne, comme par exemple dans l'arrêt *Mautes c. Allemagne* du 13 janvier 2011³ (faisant suite à la décision constitutionnelle du 13 septembre 2010⁴), constatant une violation des articles 5 § 1 et 7 § 1 par la prolongation rétroactive au-delà de dix ans, la Cour constitutionnelle a fini par s'incliner sur le fond du litige en déclarant le maintien de la mesure inconstitutionnel⁵.

175. Revirement de jurisprudence inspiré par la jurisprudence européenne : censure du dispositif de l'internement de sûreté. Ce n'est que par sa décision du 4 mai 2011⁶ que la Cour constitutionnelle est revenue sur sa position des 5 et 10 février 2004⁷. Elle a, en effet, tiré les conséquences de la jurisprudence européenne, en déclarant l'internement de sûreté en tant que tel inconstitutionnel et en ordonnant une refonte complète du dispositif. La décision du 4 mai 2011 constitue une réaction directe aux arrêts de la Cour européenne⁸ auxquels elle fait expressément référence. Quelques mois après la réforme législative de l'internement de sûreté⁹, la Cour constitutionnelle allemande a ainsi déclaré l'intégralité du dispositif contraire à la Loi fondamentale.

¹ BVerfG, 22 déc. 2009, 2 BvR 2365/09; BVerfG, 26 févr. 2010, 2 BvR 769/10 ; BVerfG, 19 mai 2010, 2 BvR 769/10, *préc.* ; BVerfG, 13 sept. 2010, 2 BvR 1940/10.

² BVerfG, 30 juin 2010, 2 BvR 571/10.

³ CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07.

⁴ BVerfG, 13 sept. 2010, 2 BvR 1940/10.

⁵ BVerfG, 16 avr. 2012, 2 BvR 1940/10.

⁶ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.* V. également sur cette décision, C. Saas, « Avis d'orage sur l'internement à durée illimitée des délinquants », *AJ pénal*, 2011, p. 462 s.

⁷ V. *supra*, n° 157 et 158.

⁸ Il s'agit plus particulièrement de l'arrêt *M. c. Allemagne* du 17 déc. 2009 (n° 19359/04), ainsi que des arrêts *Kallweit c. Allemagne* (n° 17792/07), *Mautes c. Allemagne* (n° 20008/07) et *Schummer c. Allemagne* (n° 27360/04 et 42225/07) du 13 janv. 2011.

⁹ Sur la réforme intervenue en décembre 2010, v. *supra*, n° 97.

Bien que cette décision ait pu, de prime abord, sembler prometteuse pour les personnes internées et paraître radicale à une partie de la doctrine¹, il s'agissait en réalité d'un compromis, la Cour autorisant l'application transitoire du dispositif inconstitutionnel jusqu'à une réforme complète du système qui devait intervenir au plus tard en mai 2013². Cette réforme devait, selon la Cour, prendre plus nettement en compte la position des juges européens, ainsi que le principe, résultant du droit allemand, qui impose une « distance obligatoire » (*Abstandsgebot*) entre le régime d'exécution des peines et celui des mesures de sûreté, en assurant aux personnes internées une situation plus favorable par rapport aux personnes incarcérées³. La nouvelle réglementation devait, dès lors, revêtir une orientation thérapeutique favorisant le retour à la liberté des délinquants souffrant de troubles psychiques⁴.

Les juges de Karlsruhe ont affirmé dans la décision du 4 mai 2011, à rebours de leur position classique, que la prolongation rétroactive de la durée de l'internement de sûreté au-delà de la limite initiale de dix ans portait une atteinte injustifiée au droit fondamental à la liberté (consacré par l'article 2, alinéa 2, phrase 2, combiné à l'article 104, alinéa 1 de la Loi fondamentale). La Cour en outre jugé que la prorogation rétroactive de la durée de la mesure et son application *a posteriori* constituaient une violation du principe de protection de la confiance légitime (*Vertrauensschutzgebot*, résultant de l'article 2, alinéa 2, phrase 2, combiné à l'article 20, alinéa 3 de la Loi fondamentale).

176. Instauration d'un régime transitoire. Pour la période transitoire, la Cour a fixé des conditions renforcées applicables aux internements en cours et aux internements prononcés sur la base des règles déclarées inconstitutionnelles. Dans leurs modalités d'exécution, ces cas « anciens » devaient respecter la « distance obligatoire » (dans un sens plus favorable) par rapport au régime carcéral⁵ ; un danger élevé d'infractions graves de nature violente ou sexuelle devait résulter des circonstances concrètes tenant à la personne ou au comportement

¹ En ce sens, T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 488 s.

² Sur la réforme intervenue en décembre 2012, v. *supra*, n° 99.

³ V. aussi *supra*, n° 99.

⁴ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 129 s.

⁵ Ce principe avait déjà été évoqué par la Cour constitutionnelle en 2004 (BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*). Il n'avait pour autant pas conduit à la censure du dispositif, ce qui illustre l'évolution de la position de la Cour. En 2011, celle-ci a repris le principe en l'approfondissant. Ce critère correspond, entre autres, à des « avantages supplémentaires » concédés aux personnes internées et à « un minimum de qualité de vie ». V. T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *art. cit.*, p. 164 s.

de l'auteur¹ qui devait, de surcroît, présenter un trouble psychique² ; ce qui devait rendre l'internement nécessaire pour la protection de la collectivité. Les mesures devaient être soumises à un contrôle de proportionnalité plus strict, reposant notamment sur un danger très élevé d'infractions particulièrement graves de nature violente ou sexuelle. Celui-ci pouvait, dès lors, justifier que les droits individuels cédassent devant les intérêts collectifs³ – la priorité étant, dès lors, toujours accordée aux préoccupations sécuritaires.

La Cour a enjoint aux juridictions chargées de l'application des peines d'examiner sans délai la situation des personnes dont l'internement avait été ordonné ou prolongé rétroactivement et d'ordonner, le cas échéant, leur remise en liberté le 31 décembre 2011 au plus tard⁴.

177. Appréciation critique. Le critère du trouble psychique, tel que l'entend la Cour constitutionnelle, renvoie à la définition posée par la loi sur l'internement thérapeutique⁵ qui inclut à la fois les maladies mentales et les simples troubles de la personnalité, voire d'autres formes de troubles non pathologiques⁶. Cette conception large du trouble psychique permet d'englober une grande partie des délinquants sexuels et violents⁷ et ne sert donc pas réellement de critère restrictif à l'application de la mesure. Un auteur a alors très justement fait remarquer que le concept classique de la « *propension* » à commettre des infractions

¹ La Cour constitutionnelle a, pour l'essentiel, repris la formulation qu'avait adoptée la cinquième chambre criminelle de la Cour fédérale de justice dans sa décision du 9 novembre 2011 : BGH, 9 nov. 2010, 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, BGHSt 56, 73, *préc.* V. *supra* (n° 70). Or, il ne ressort pas clairement de la décision constitutionnelle en quoi consiste la différence entre ce pronostic de dangerosité renforcé et les dispositions légales en vigueur jusque là, puisque ces dernières exigeaient déjà un danger de commission d'infractions causant aux victimes un préjudice physique ou moral important. Pour la détermination des « *circonstances concrètes* » indiquant une « *dangerosité élevée* », on peut renvoyer à la décision de la Cour fédérale de justice qui se référait au comportement de la personne pendant sa détention, à la quantité des infractions antérieures et la fréquence de leur répétition, au fait de planifier d'autres infractions pendant la détention ainsi qu'à l'absence d'indices en faveur d'une dangerosité réduite depuis lors.

² Sur le critère du trouble psychique, v. *supra*, n° 100 et 103.

³ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 107.

⁴ La Cour constitutionnelle a, par la suite, décidé dans une décision du 8 juin 2011 (BVerfG, 8 juin 2011, 2 BvR 2846/09, *EuGRZ*, 2011, p. 413 (415 s.)) que même les jugements intervenus avant sa décision du 4 mai 2011, qui n'avaient pas pu prendre en considération les nouveaux critères, devaient être déclarés objectivement contraires à la Loi fondamentale s'ils avaient abouti à une solution non conforme à ceux-ci. Elle a par conséquent déclaré inconstitutionnelles certaines décisions intervenues sur le fondement de l'ancien dispositif, et ordonné un nouvel examen de l'affaire sur la base du régime transitoire (p. ex. BVerfG, 16 avr. 2012, 2 BvR 1396/10 qui a déclaré inconstitutionnelle la décision de l'OLG Celle, 25 mai 2010, 2 Ws 169/10, 2 Ws 170/10). Aussi, a-t-elle invalidé les décisions intervenues par la suite qui ne satisfaisaient pas aux critères renforcés (BVerfG, 29 oct. 2013, 2 BvR 1119/12 (invalidant OLG Cologne, 18 avr. 2012 - 2 Ws 295/12)).

⁵ V. *supra*, n° 102 et 103.

⁶ La Cour a indiqué qu'il s'agissait d'une « *notion juridique indéterminée [...] ne coïncid[ant] pas avec les classifications obsolètes de la psychiatrie* » : BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, *StV*, 2012, p. 25, *BeckRS* 2011, 54839, note critique par Krehl, *StV*, 2012, p. 27.

⁷ En ce sens, T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 488 s.

semblait en réalité resurgir sous une nouvelle apparence¹. Or selon la Cour européenne, la maladie mentale doit atteindre un certain degré de gravité pour pouvoir fonder une privation de liberté² ; la seule propension criminelle d'un auteur ne permettant pas de conclure à sa maladie mentale³. Il paraît, de ce fait, difficile de concevoir comment, en l'absence d'un constat médico-psychiatrique, il peut être satisfait au motif de privation de liberté de l'article 5 § 1, e) de la Convention⁴.

178. Fixation des lignes directrices pour la réforme législative. Dans la décision du 4 mai 2011, la Cour de Karlsruhe a posé le postulat général d'un « *internement axé sur la thérapie et orienté vers la liberté* » (*freiheitsorientiertes und therapiegerichtetes Gesamtkonzept*)⁵. Il en découle plusieurs lignes directrices que la réglementation fédérale de l'internement de sûreté devra respecter, et que la Cour a exprimées sous la forme de sept principes.

Le premier est le principe de l'*ultima ratio* (*Ultima-ratio-Prinzip*) signifiant que l'internement de sûreté doit être ordonné en dernier recours et que toutes les mesures nécessaires doivent être prises dès l'exécution de la peine afin de réduire la dangerosité de la personne⁶. Il faut en outre assurer à la personne internée une thérapie individualisée (*Individualisierungs- und Intensivierungsgebot*)⁷ et des offres de traitement et de suivi, lui ouvrant une réelle perspective de regagner sa liberté, tout en l'incitant à s'impliquer activement (*Motivierungsgebot*)⁸. Une distance perceptible doit exister par rapport au cadre d'exécution de la peine, de manière à permettre aux personnes internées un meilleur contact avec le monde extérieur, ainsi que des offres de travail et de loisirs adaptées. À cette fin, les personnes internées doivent se trouver dans des lieux distincts des personnes incarcérées, ce qui n'implique pas pour autant une séparation complète des établissements

¹ J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 1638 s.

² CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.

³ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, Série A, n° 39, *NJW*, 1984, p. 544 ; CEDH, *Trajče Stojanovski c. Macédoine*, 22 oct. 2009, n° 1431/03, § 33–37.

⁴ En ce sens, v. J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 1638 s.; Ch. Morgenstern, « Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? », *art. cit.*, p. 974; K. Höffler, C. Stadtland, « Mad or bad ? - Der Begriff "psychische Störung" des ThUG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR », *art. cit.*, p. 239. V. aussi OLG Hamm, 9 juin 2011, 4 Ws 207/10, *StV*, 2011, p. 681, *BeckRS*, 2011, 23839; *NStZ-RR*, 2012, p. 188, *StV*, 2012, p. 231.

⁵ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 115.

⁶ *Ibid.*, § 112.

⁷ *Ibid.*, § 113.

⁸ *Ibid.*, § 114.

(*Trennungsgebot*)¹. Aussi, l'individu doit-il avoir la possibilité de se voir octroyer des sorties surveillées afin de préparer la fin de l'internement (*Minimierungsgebot*)². Ses droits doivent être garantis et il doit bénéficier du soutien nécessaire à la mise en œuvre des mesures visant à réduire sa dangerosité (*Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot*)³. Enfin, un contrôle régulier doit être exercé par la juridiction en vue de vérifier la nécessité du maintien de la mesure, ce contrôle devant s'intensifier avec l'augmentation du temps passé en internement (*Kontrollgebot*)⁴.

Le législateur fédéral devait également fixer le délai du réexamen judiciaire périodique du maintien de la mesure (le délai ancien de deux ans ayant été jugé trop long), ainsi que les règles procédurales applicables. Il devait ensuite revenir aux législateurs régionaux de régler les questions précises relatives à l'exécution de la mesure, en respectant la distance obligatoire par rapport à l'exécution de la peine.

179. Appréciation critique. Certains auteurs ont fait remarquer, à juste titre, que les obligations ainsi posées, qui se rapportent à l'objectif de resocialisation de la personne, se retrouvaient également au sein des objectifs assignés à la peine, ce qui rend plus difficile une différenciation effective des modalités d'exécution de ces deux types de sanctions pénales⁵. Toutefois, cette différenciation ne devrait en aucun cas être obtenue au moyen d'une dégradation des modalités de l'incarcération. L'exigence posée par la Cour constitutionnelle signifie en réalité qu'une importance particulière doit désormais être accordée, dans le cadre de l'exécution de l'internement de sûreté, aux mesures de resocialisation. Le fondement de la mesure de sûreté, reposant sur la protection des intérêts collectifs, diffère en effet de celui de la peine, reposant sur une faute commise par l'individu. La Cour a, par conséquent, affirmé que la perspective d'un retour à la liberté devait clairement caractériser la pratique de l'internement⁶.

La motivation de la décision constitutionnelle a été critiquée car la Cour a déclaré le dispositif entier inconstitutionnel, alors que ce n'est pas tant le fond de la mesure qui a été

¹ *Ibid.*, § 115.

² *Ibid.*, § 116.

³ *Ibid.*, § 117.

⁴ *Ibid.*, § 118.

⁵ T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *art. cit.*, p. 164 s. La Cour elle-même reconnaît d'ailleurs ce problème: BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 108.

⁶ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 108.

remis en cause que sa mise en œuvre¹. De plus, un auteur a estimé que la Cour contrevenait à la Loi fondamentale en obligeant le législateur fédéral à fixer les lignes directrices au régime d'exécution de la mesure, alors que ce domaine relève en principe de la compétence des *Länder*².

180. Continuité du dispositif inconstitutionnel dans un souci de sécurité juridique. La décision de maintenir provisoirement le dispositif inconstitutionnel³ – et inconstitutionnel⁴ – en vigueur, en attendant que le législateur élabore une nouvelle réglementation, peut sembler critiquable. En effet, pour régulariser la situation des personnes concernées par le dispositif non conforme, celui-ci aurait pu faire l'objet d'une abrogation avec effet rétroactif, ou au moins immédiat.

Toutefois, la décision constitutionnelle s'explique par le souci d'opérer « une conciliation entre, d'une part, la nécessité de faire disparaître les dispositions contraires à la Convention et, d'autre part, l'impératif de sécurité juridique voire d'ordre public qui exige, lui, d'éviter les dangers d'un vide juridique total né de la disparition rétroactive du dispositif litigieux »⁵. En ordonnant le maintien provisoire du dispositif, la Cour a évité de priver les mesures d'internement en cours de base légale, et, par là même, les a fait échapper à la censure européenne⁶. Elle a à cet égard souligné les difficultés qui auraient résulté d'une remise en cause immédiate du dispositif, perturbant non seulement le fonctionnement du système de la double voie des sanctions pénales, mais obligeant également à remettre en liberté toutes les personnes internées, ce qui aurait posé des problèmes presque insolubles aux juridictions, à l'administration ainsi qu'à la police⁷.

¹ V. entre autres, J. Peglau, « Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung - Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung », *art. cit.*, p. 1924 s.

² T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 488 s. Pour rappel, le législateur fédéral a compétence exclusive en matière de droit pénal (§ 74, al. 1, n° 1 GG) et les législateurs des *Länder* en matière d'exécution des peines (§ 70, al. 1 GG).

³ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

⁴ V. *supra*, n° 160.

⁵ N. Hervieu, « Un retentissant satisfecit strasbourgeois à destination de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la rétention de sûreté », in : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 10 juin 2011 : <http://revdh.org/2011/06/10/droit-a-la-liberte-et-a-la-surete-art-3-cedh-un-retentissant-satisfecit-strasbourgeois-a-destination-de-la-jurisprudence-constitutionnelle-allemande-sur-la-retention-de-surete/> [dernière consultation le 17 août 2015].

⁶ Il découle en effet de l'article 5 de la CESDH qu'une privation de liberté, pour être conforme à la Convention, ne doit pas seulement entrer dans les prévisions des a) à f) du § 1 du texte, mais il faut encore qu'elle intervienne selon les « voies légales », c'est-à-dire qu'elle résulte de la mise en œuvre d'une « loi ». Une abrogation rétroactive du dispositif aurait donc privé de base légale les internements intervenus et conduit, inéluctablement, à des condamnations par la Cour de Strasbourg.

⁷ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, § 169.

En outre, il importe de rappeler que la Cour constitutionnelle ne s'est pas contentée de faire survivre le dispositif législatif en l'état, mais a, au contraire, élaboré des exigences transitoires¹, permettant de prendre en compte les critiques de la Cour européenne des droits de l'homme. On constate donc que « le régime transitoire a été organisé de façon à ce que le venin inconstitutionnel et inconventionnel de ladite législation soit immédiatement retiré par une interprétation neutralisante, ceci dans l'attente d'une solution définitive *via* un nouveau régime législatif »².

Cette solution est à rapprocher de la décision de la Cour constitutionnelle du 10 février 2004³ par laquelle elle avait laissé subsister de manière temporaire des lois relatives à l'internement *a posteriori* des délinquants dangereux adoptées au niveau des *Länder* au mépris de la compétence exclusive du législateur fédéral en matière pénale.

Si la préservation de la sécurité juridique a occupé une place prépondérante dans le raisonnement de la Cour, on ne saurait ignorer sa volonté d'incorporer les normes conventionnelles.

181. Incorporation des normes conventionnelles dans la jurisprudence constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a tiré certaines conséquences majeures des condamnations européennes. Elle s'est notamment appuyé, dans sa décision du 4 mai 2011, sur l'argumentation de la Cour de Strasbourg au regard des articles 5 § 1 et 7 § 1 de la Convention. La Cour de Karlsruhe a ainsi estimé que le fait que la Convention européenne des droits de l'homme ait simple valeur législative en droit interne et soit, de ce fait, placée en-dessous de la Loi fondamentale dans la hiérarchie des normes, n'était pas un obstacle à un dialogue international et européen entre les Cours. Au contraire, cette Convention doit, selon elle, servir de base normative à la Loi fondamentale qui doit être interprétée à la lumière du droit international public, de manière à assurer l'effectivité des droits fondamentaux (*völkerrechtsfreundliche Auslegung*)⁴. En d'autres termes, l'interprétation de la Loi fondamentale doit favoriser le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

¹ V. *supra*, n° 176.

² N. Hervieu, « Un retentissant satisfecit strasbourgeois à destination de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la rétention de sûreté », *art. cit.*

³ BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02 et 2 BvR 1588/02, *préc. V. supra*, n° 158.

⁴ V. BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 86 s. ; CEDH, 9 juin 2011, arrêts *Schmitz c. Allemagne*, n° 30493/04, § 28 ; et *Mork c. Allemagne*, n° 31047/04 et 43386/08, § 31.

Par cet arrêt, la Cour a apporté des précisions sur la manière dont le droit conventionnel influe sur la détermination du contenu et de la portée des droits et principes fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale allemande¹. Elle a rappelé que selon sa jurisprudence constante, les dispositions constitutionnelles devaient être appréhendées de manière favorable aux dispositions de la Convention européenne telles qu'elles étaient interprétées par la Cour européenne. Le contenu de la Loi fondamentale est, en effet, orienté vers les droits de l'homme et l'appréciation du droit conventionnel a une influence majeure sur l'interprétation du droit constitutionnel.

Cela n'implique toutefois pas nécessairement que les dispositions de ces différentes normes soient formulées de manière identique. La méthode d'interprétation à la lumière du droit international n'est d'ailleurs pas absolue et ne doit en aucun cas aboutir à limiter ou porter atteinte aux droits fondamentaux découlant du droit interne². Elle ne trouve, par conséquent, pas à s'appliquer lorsqu'elle se heurte à l'interprétation en vigueur des dispositions internes. Enfin, la prise en compte de la jurisprudence européenne comme critère d'interprétation doit permettre d'intégrer celle-ci dans le système juridique national de manière cohérente et différenciée. Ainsi, lorsqu'une garantie semblable aboutit à une interprétation autonome par la Cour européenne qui diffère du terme employé par la Loi fondamentale, le contrôle de proportionnalité peut permettre de pallier les différences qui en découlent³.

182. Appréciation critique. On remarque que les juges de Karlsruhe ont tempéré leur position antérieure, car s'ils affirmaient auparavant que le droit individuel à la liberté devait céder devant les intérêts collectifs, ils évoquent désormais une mise en balance entre les intérêts en conflit⁴. Un auteur a fait observer qu'ils s'étaient ici implicitement pliés à l'arrêt *Jendrowiak c. Allemagne*⁵ dans lequel la Cour européenne a refusé une prolongation rétroactive de l'internement fondée sur l'obligation étatique d'assurer la protection contre les infractions⁶. Le président de la Cour constitutionnelle fédérale a lui-même souligné l'ouverture aux droits de l'homme dont a fait preuve la Haute juridiction. D'une part, elle a « opté pour une application souple des règles nationales de procédure pour empêcher la

¹ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 86.

² *Ibid.*, § 93. Cela découle également de l'art. 53 CESDH.

³ *Ibid.*, § 94.

⁴ *Ibid.*, § 98.

⁵ CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, 30060/04, § 36 s.

⁶ V. A. Dessecker, « Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *art. cit.*, p. 708.

réitération de violations de la Convention »¹. En effet, alors que les décisions antérieures ayant déclaré constitutionnel le dispositif constituent normalement un obstacle à l'ouverture d'une nouvelle procédure, elle a accepté d'examiner de nouveaux recours en s'appuyant sur l'arrêt *M. c. Allemagne*. D'autre part, elle a souligné que la Convention européenne constituait un outil d'interprétation précieux pour préciser le contenu ainsi que la portée des droits fondamentaux et des garanties constitutionnelles reconnus par la Loi fondamentale².

Mais le président de la juridiction a également précisé que la Loi fondamentale comportait « un certain nombre de limites en matière d'interprétation à la lumière du droit international »³. En premier lieu, l'interprétation comparative doit être justifiée du point de vue méthodologique et compatible avec les valeurs cardinales de la Loi fondamentale (article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale). En second lieu, elle ne saurait conduire à un affaiblissement de la protection des droits fondamentaux garantie par la Loi fondamentale, dans l'hypothèse où celle-ci offrirait une protection plus étendue que celle qui est garantie par la Convention⁴.

Certains auteurs regrettent que la Cour constitutionnelle renonce à soumettre la jurisprudence européenne à une analyse plus critique⁵. Ils estiment en effet que le raisonnement de la Cour européenne est peu convaincant et entaché d'incohérences lorsqu'il exclut du champ d'application de l'article 5 § 1, a) – qui exige un lien de causalité suffisant entre la privation de liberté et un jugement de condamnation par un tribunal compétent – les décisions des tribunaux d'exécution. Selon ces auteurs, une interprétation plus large de ce motif de privation de liberté serait envisageable, notamment eu égard au fait que l'article 5 § 1, e) CESDH permet la détention des vagabonds, alcooliques ou toxicomanes, le cas échéant même sans décision de justice, alors que la privation de liberté des personnes dont émane un danger d'infractions violentes et sexuelles graves ne relève jusqu'à présent d'aucun des cas énumérés à l'article 5 CESDH⁶. Le fait que la Cour constitutionnelle fédérale exige, au titre de l'alinéa e) du texte, un trouble psychique (au sens du § 1, alinéa 1, n° 1 de la loi sur l'internement thérapeutique) est critiqué par les auteurs qui estiment qu'un tel trouble

¹ A. Voßkuhle, « Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte », *art. cit.*

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ I. Appel, « Sicherungsverwahrung und Sicherheitsrecht, zur Sicherungsverwahrung im Schnittfeld von einfachem Recht und Verfassungsrecht », in: J. Masing et O. Jouanjan (dir.), *Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, p. 87 s., not. p. 103 ; T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 488 s.

⁶ V. aussi T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 491.

psychique peut être un indice, mais non une condition suffisante pour démontrer l'existence d'un danger, et que l'alinéa a) serait un fondement plus adéquat à la privation de liberté liée à l'internement de sûreté¹. L'un d'entre eux déplore même que la Cour constitutionnelle utilise ce critère du trouble psychique pour se soumettre, au moins en partie, à la jurisprudence européenne en dépit de la « qualité misérable » de celle-ci².

183. Approbation de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne a, pour sa part, constaté les efforts entrepris par la Cour constitutionnelle en se félicitant de la démarche consistant à interpréter la Loi fondamentale à la lumière de la Convention³, démarche qui témoigne du dialogue assidu pratiqué par les Hautes juridictions concernées⁴. Cela n'empêche pas la Cour de Strasbourg de continuer à condamner l'Allemagne pour les mesures exécutées antérieurement à la réforme, notamment en ce qui concerne l'absence de différence substantielle entre l'internement de sûreté et le régime carcéral⁵. Il convient d'attendre les décisions futures des juges européens pour savoir si la réforme intervenue⁶ et ses répercussions sur la pratique seront jugées suffisantes. Compte tenu des résistances opposées par les juges constitutionnels, rien n'est cependant moins sûr.

2. Les résistances de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence européenne

184. Maintien du système dualiste de sanctions pénales. La décision du 4 mai 2011 ne peut, malgré les infléchissements qu'elle contient, être considérée comme constituant une rupture avec la jurisprudence constitutionnelle antérieure ni même comme instaurant un véritable consensus avec la jurisprudence européenne. Les juges constitutionnels se sont en effet référés à leur décision du 5 février 2004 pour rappeler les critères fondant la distinction conceptuelle entre peines et mesures de sûreté. Malgré la prise en compte de la jurisprudence européenne qui considère l'internement de sûreté comme une peine, la Cour allemande a

¹ I. Appel, « Sicherungsverwahrung und Sicherheitsrecht, zur Sicherungsverwahrung im Schnittpunkt von einfachem Recht und Verfassungsrecht », *art. cit.*, p. 104; T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 488 s.

² T. Hörnle, « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 488 s.

³ CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, § 117 s.; CEDH, *Kronfeldner c. Allemagne*, 19 janv. 2012, n° 21906/09, § 101 s.; CEDH, arrêts *Schmitz c. Allemagne*, n° 30493/04, et *Mork c. Allemagne*, n° 31047/04 et 43386/08, du 9 juin 2011. V., plus en détail, *infra*, n° 531 s.

⁴ A. Voßkuhle, « Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte », *art. cit.*

⁵ CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12.

⁶ Sur la réforme, v. *supra*, n° 99 s.

maintenu la distinction, fondamentale à ses yeux, entre ces deux voies de réponses pénales. Ainsi, a-t-elle à nouveau souligné que ce n'était pas la culpabilité, mais la dangerosité révélée par l'infraction qui déterminait le prononcé, la durée et surtout l'organisation de la mesure¹. Selon la Cour, l'acte commis constitue le point de départ de la détermination de la dangerosité de l'agent mais non sa cause. La privation de liberté engendrée par l'internement ne vise donc pas à rétribuer l'atteinte portée à un bien juridiquement protégé mais à empêcher des infractions futures dont la réalisation est probable sans être certaine.

Les Hauts magistrats ont poursuivi en constatant que la peine privative de liberté et l'internement de sûreté se distinguaient fondamentalement dans leur légitimation constitutionnelle². En effet, le droit de l'État d'appliquer et de faire exécuter des peines privatives de liberté repose sur la commission d'une infraction imputable à son auteur. La mise en œuvre de mesures de sûreté privatives de liberté découle, en revanche, du besoin de sécurité de la collectivité. Pour que la privation de liberté soit légitime, ce besoin doit donc prendre le pas sur le droit à la liberté de l'individu³. La peine constitue, par conséquent, essentiellement une réaction répressive à un acte coupable dont l'objectif consiste à rétablir l'équilibre en infligeant un mal, bien que la Loi fondamentale n'exclue pas qu'elle poursuive également d'autres finalités. L'objectif de la mesure de sûreté, au contraire, est uniquement la protection future de la société contre certains auteurs présumés particulièrement dangereux en raison du comportement qu'ils ont adopté par le passé⁴.

Aussi, la Cour constitutionnelle a-t-elle fondé sa décision d'invalidation du dispositif non pas sur le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, comme l'a fait la Cour européenne, mais sur le droit fondamental à la liberté (article 2, alinéa 2, phrase 2 de la Loi fondamentale), le principe de protection de la confiance légitime (article 20, alinéa 3 de la Loi fondamentale), et le principe de proportionnalité⁵. La Cour allemande ne considère ainsi pas que l'article 7 § 1 de la Convention constitue une exception au § 2, alinéa 6 du code pénal, qui ferait obstacle, de manière générale, à une application rétroactive de l'internement de sûreté⁶. Si la Cour européenne analyse l'internement de sûreté en une peine, surtout en raison de son

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* (174) ; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 101.

² BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

³ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* ; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 104.

⁴ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* (173) ; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 105.

⁵ V. BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

⁶ Il est à noter que la Cour européenne n'exige à ce titre pas un parallèle schématique entre la notion de « peine » telle qu'elle est comprise par la Constitution et par la Convention, tant que les standards minimum de la Convention sont respectés. V. CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12, § 124.

fond et de ses répercussions pratiques, la Cour constitutionnelle, elle, reste attachée à une analyse plus formaliste et théorique. Elle a ainsi maintenu son interprétation téléologique du principe de légalité des peines (posé par l'article 103 de la Loi fondamentale). Pour la Cour, le but du principe est d'empêcher qu'une réaction étatique désapprobatrice reposant sur le principe de culpabilité puisse rétroagir. Il ne concerne donc aucunement les mesures de sûreté.

C'est finalement principalement au niveau des modalités d'exécution de l'internement de sûreté que la Cour a tiré les conséquences de la jurisprudence strasbourgeoise, sans pour autant aller jusqu'à s'aligner sur la qualification juridique de « peine » que la Cour européenne a adopté pour désigner l'internement de sûreté¹. Tout en posant les critères permettant d'assurer la « distance obligatoire » entre les régimes d'exécution des peines et des mesures de sûreté, la Cour de Karlsruhe a également rappelé les limites de la réalisation de celle-ci. L'impératif de resocialisation de la personne découlant de la Loi fondamentale constitue en effet une finalité commune aux deux types de sanctions². Le système de l'internement de sûreté doit donc être conçu de manière à offrir à la personne concernée une perspective réaliste de recouvrer la liberté, conformément aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme³.

185. Continuité de la tendance sécuritaire de la jurisprudence constitutionnelle. On constate qu'en dépit du revirement partiel opéré par la décision du 4 mai 2011⁴, la Cour constitutionnelle fédérale a continué d'ordonner le maintien de la mesure, dès lors que les critères transitoires étaient respectés⁵.

Ainsi, faisant explicitement référence à l'arrêt *B. c. Allemagne*⁶, la Cour a-t-elle décidé le 20 juin 2012⁷ que l'internement de sûreté sous réserve n'était pas contraire à la Loi fondamentale pour d'autres raisons que celles mentionnées dans sa décision du 4 mai 2011 tenant essentiellement à ses modalités d'exécution. Cette analyse a été approuvée par la Cour de Strasbourg qui a validé la mesure dans son principe dans l'arrêt *Müller c. Allemagne*⁸.

¹ V. CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.* Pour une analyse approfondie de cet arrêt, v. *infra*, n° 531.

² BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* (151) ; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 108.

³ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*, § 109 ; CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*, § 129.

⁴ V. *supra*, n° 175.

⁵ V. p. ex. BVerfG, 4 oct. 2011, 2 BvR 2054/10.

⁶ CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09, § 75.

⁷ BVerfG, 20 juin 2012, 2 BvR 1048/11, § 107.

⁸ CEDH, *Müller c. Allemagne*, 10 févr. 2015, n° 264/13.

La Cour constitutionnelle a toutefois réaffirmé la nécessité, pour les affaires jugées avant sa décision du 4 mai 2011, de procéder à un nouvel examen de proportionnalité, en application des critères plus stricts posés par elle¹. De la même manière, en se référant aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme, les juges constitutionnels ont réaffirmé qu'un internement de sûreté prononcé *a posteriori* (de manière rétroactive ou non) ne saurait se fonder sur l'article 5 § 1, a) de la Convention européenne, faute de lien de causalité avec une condamnation pénale². Dans pareille hypothèse, le droit fondamental de la personne à la protection de sa confiance légitime doit, par conséquent, l'emporter sur la protection de la collectivité. Cependant, la Cour a estimé que la mesure pouvait correspondre au motif de privation de liberté prévu par l'article 5 § 1, e) de la Convention, à condition d'être considérée comme proportionnée selon les critères renforcés, tenant à la fois à l'existence d'un danger élevé d'infractions graves de nature violente ou sexuelle et à la présence d'un trouble psychique³.

Or ce critère du trouble psychique constitue, on l'a vu, un rempart plutôt faible contre une application extensive de la mesure⁴. Il ne ressort, en effet, pas clairement de la loi sur l'internement thérapeutique ce qu'il faut entendre par un tel trouble, si ce n'est une souffrance de la personne et un lien symptomatique avec sa dangerosité. Les motifs de la proposition de loi présentée par les partis politiques CDU/CSU et FDP⁵ ont, sur ce plan, renvoyé à la jurisprudence européenne peu développée au sujet de l'art 5 § 1, e)⁶, ainsi qu'aux systèmes de classification introduits en psychiatrie (qui désignent par exemple les troubles dyssociaux de la personnalité et les troubles des préférences sexuelles comme la pédophilie ou le sadomasochisme)⁷. Les troubles entraînant une atténuation ou une abolition du discernement et, partant, de la responsabilité pénale semblent toutefois devoir être exclus, au vu des conditions d'application de l'internement de sûreté et de l'existence d'autres mesures de

¹ Elle a également eu l'occasion de préciser que l'internement de sûreté *a posteriori*, prenant le relais d'un internement en hôpital psychiatrique dans les cas « anciens », ne pouvait être maintenu qu'à la condition qu'un contrôle strict de proportionnalité soit opéré : BVerfG, 6 févr. 2013, 2 BvR 2122/11. L'internement de sûreté constituant une mesure distincte de l'internement en hôpital psychiatrique, il ne peut pas venir prolonger celui-ci par un simple « passage » d'une mesure à l'autre. La Cour a ajouté que la personne pouvait légitimement s'attendre, dans ce cas de figure, à ce que l'internement de sûreté ne soit pas prononcé ultérieurement, d'autant que la base légale pour un prononcé *a posteriori* (créé en 2004) n'existait pas en l'espèce au moment de la condamnation.

² BVerfG, 11 mars 2013, 2 BvR 2000/12, *StraFo*, 2013, p. 213.

³ *Ibid.*

⁴ V. *supra*, n° 100 et 103.

⁵ Projet de loi des partis CDU/CSU et FDP: *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*, BT-Drs. 17/3403, 26 oct. 2010, p. 85 s.

⁶ V. *infra*, n° 617.

⁷ V. A. Dessecker, « Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *art. cit.*, p. 711.

sûreté réservés spécifiquement à ce cas de figure¹. Le trouble psychique visé par la loi ne semble pas correspondre à la maladie mentale visée par la Convention européenne, contrairement à ce qu'affirme la Cour constitutionnelle.

186. Une position sécuritaire réaffirmée : validation de l'internement thérapeutique.

En ce qui concerne, enfin, la mesure d'internement thérapeutique créée en parallèle à la réforme de l'internement de sûreté, pour combler les « lacunes sécuritaires » engendrées par les condamnations européennes², elle a été approuvée par la Cour constitutionnelle dans une décision remarquable du 11 juillet 2013³. Elle a estimé que la notion de trouble psychique, dont elle avait reconnu dans un arrêt antérieur le caractère vague⁴, était un fondement suffisamment précis de la privation de liberté et ne contrevenait pas à la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour, l'internement thérapeutique entre dans les prévisions de l'article 5 § 1, e) et constitue une troisième voie indépendante de la responsabilité pénale de l'individu, à côté de l'internement de sûreté et de l'internement en hôpital psychiatrique.

Les juges constitutionnels ont néanmoins exigé une application stricte du principe de proportionnalité, en référence aux critères transitoires posés pour l'application de l'internement de sûreté, en raison des parallèles existant entre les deux mesures. La Cour a même admis qu'il s'agissait là de l'une des atteintes les plus graves au droit fondamental à la liberté (garanti par l'article 2, alinéa 2, phrase 2 de la Loi fondamentale et par l'article 5 de la Convention européenne), la mesure étant privative de liberté et d'une durée potentiellement illimitée. L'interprétation restrictive du principe de proportionnalité suppose par conséquent de démontrer l'existence d'un risque, dérivant de la personne elle-même ou de son

¹ L'internement en hôpital psychiatrique (§ 63 StGB) ou en établissement de désintoxication (§ 64 StGB).

² V. *supra*, n° 102 s.

³ BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11; 2 BvR 1279/12. Il est à noter qu'avant de rendre cette décision, la Cour a déjà été saisie à plusieurs reprises par le même requérant dont l'internement thérapeutique appliqué de manière rétroactive, à défaut d'avoir au préalable fait l'objet d'un internement de sûreté, semblait dépourvu de fondement légal. Un auteur retrace alors les différentes étapes qui se sont succédées dans cette affaire et qui ont vraisemblablement amené la Cour à repousser la question jusqu'à ce qu'une modification législative (la loi du 22 décembre 2012) vienne rétroactivement conférer une base légale à la privation de liberté du requérant, ce qui est fortement critiquable : v. T. Ullenbruch, « Walter H. in den (soeben noch erweiterten) Rückfängen des ThUG - nach wie vor aktueller Spaltpilz zwischen EGMR und BVerfG? - Teil II – zugleich eine erste Besprechung von § 316e Abs. 4 EGStGB i.d. Neufassung v. 20.12.2012 ("Lex Walter H.") », *art. cit.*, p. 268 s. ; T. Ullenbruch, « Walter H. ist frei, das ThUG ist tot - raffinierte Entsorgung eines europa-völkerrechtlichen Spaltpilzes in letzter Sekunde? - Teil III - zugleich Nekrolog auf den jüngsten historischen Irrläufer zur deutschen Sicherungsverwahrung und Appell an die Gesetzgeber der Gegenwart und Zukunft », *art. cit.*, p. 174 s.

⁴ BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, § 39.

comportement, particulièrement élevé de commission d'infractions graves de nature violente ou sexuelle, qui rend celle-ci dangereuse pour la collectivité et justifie son enfermement¹.

L'internement thérapeutique doit en outre, selon la Cour, se différencier des modalités d'exécution de la peine privative de liberté, comme elle l'exige également à propos de l'internement de sûreté². Cette décision constitue, de toute évidence, un aveu des similitudes existant entre l'internement de sûreté et l'internement thérapeutique, la Cour affirmant même expressément que la seconde est destinée à combler les lacunes sécuritaires résultant des décisions de la Cour européenne relatives à la première³. Les juges de Karlsruhe ont notamment précisé que la finalité de la mesure était, comme dans l'internement de sûreté, de protéger la société contre des délinquants dangereux ayant purgé leur peine, en les enfermant de manière sûre. Elle a d'ailleurs validé la compétence du législateur fédéral en la matière en s'appuyant sur la nature pénale de cette mesure de prévention spéciale (qui, rappelons-le, est pourtant prononcée par la juridiction civile⁴), sans pour autant en conclure que la mesure devait être soumise au principe de non-rétroactivité des normes pénales plus sévères découlant de l'article 7 § 1 CESDH. S'agissant d'une privation de liberté applicable aux aliénés et non d'une peine, elle ne se fonde pas sur des faits passés mais sur un trouble psychique présent, étant, avant tout, d'orientation thérapeutique⁵.

187. Critiques et conséquences de la validation constitutionnelle. Ce dernier argument paraît toutefois peu convaincant pour deux raisons. D'une part, la peine privative de liberté et l'internement de sûreté doivent, eux aussi, comporter un aspect thérapeutique visant à favoriser la réinsertion de l'individu. D'autre part, le projet de loi lui-même a rangé l'internement thérapeutique dans le domaine du droit pénal, malgré sa finalité préventive, parce qu'il prend appui sur la perpétration d'une infraction⁶. La Cour a en outre précisé que l'internement thérapeutique n'était qu'une mesure subsidiaire à l'internement de sûreté, applicable au cercle restreint de personnes qui ne pouvaient plus faire l'objet d'un internement

¹ BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, *préc.*

² Depuis le 1^{er} juin 2013, la « distance obligatoire » avec la peine résulte du § 2, alinéa 1, n° 3 de la loi sur l'internement thérapeutique.

³ BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, *préc.*

⁴ V. *supra*, n° 102.

⁵ À ce titre, elle a évoqué le projet de loi qui avait précisé que la mesure se distinguait fondamentalement de la peine, mais aussi de l'internement de sûreté : *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* (projet de loi pour une nouvelle réglementation du droit de l'internement de sûreté), *préc.*, p. 20 s.

⁶ *Ibid.*

de sûreté en raison de la jurisprudence européenne¹. Qui plus est, il s'agit, selon ses dires, d'une mesure transitoire, applicable jusqu'à la nouvelle réglementation de l'internement de sûreté². On voit ainsi clairement que le critère du trouble psychique, tendant à faire accepter la mesure par la Cour européenne, n'est en réalité qu'un critère secondaire. La décision des juges constitutionnels semble, de ce fait, contradictoire et quelque peu opportuniste, la finalité affichée de la mesure étant la sûreté publique.

Aussi, il convient de rappeler que l'utilité pratique de la mesure a été quasiment réduite à néant par la décision précitée du 11 juillet 2013³. En effet, le contrôle de proportionnalité strict imposé par la Cour, supposant de démontrer un risque élevé d'infractions graves de nature violente ou sexuelle, a pour effet de réduire le domaine d'application de la mesure⁴. C'est ainsi que la Cour a été amenée à censurer plusieurs décisions de placement en internement thérapeutique⁵, soit en raison d'une mauvaise application de sa jurisprudence, soit en raison du fait qu'elles étaient intervenues avant celle-ci⁶.

La Cour s'est cependant gardée de répondre aux arguments invoqués par les requérants qui critiquaient le dispositif en lui-même en faisant valoir que la mesure serait la copie conforme, sous une appellation différente, de l'internement de sûreté, les conditions d'application de celui-ci ayant été contournées par un simple « changement d'étiquette » (« *Etikettentausch* »)⁷. Un des requérants invoquait également la violation du principe de non-rétroactivité et de précision de la loi pénale, et, partant, de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸ ; un autre critiquait l'imprécision du critère du trouble psychique au regard de l'article 5 § 1, e) de la Convention⁹. Les requérants faisaient enfin valoir que la loi sur l'internement thérapeutique était une loi régissant certains cas particuliers,

¹ BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, *préc.*

² Elle peut d'ailleurs être effectuée dans les mêmes locaux que l'internement de sûreté. V. *supra*, n° 105.

³ V. *supra*, n° 105.

⁴ V. J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 1638 s.

⁵ BVerfG, 22 janv. 2014, 2 BvR 1100/12 ; BVerfG, 23 janv. 2014, 2 BvR 119/12 ; 2 BvR 565/12 ; 2 BvR 923/12 ; 2 BvR 1020/12 ; 2 BvR 1239/12 ; BVerfG, 5 févr. 2014, 2 BvR 953/12. V. aussi BVerfG, 13 nov. 2013, 2 BvR 1797/13 (invalidant OLG Nuremberg, 13 juin 2013, 15 W 1078/13 Th).

⁶ Certaines juridictions du fond avaient en effet autorisé le recours à l'internement thérapeutique dans l'hypothèse où l'internement de sûreté devait prendre fin en raison, précisément, de l'absence d'un risque d'infractions violentes et sexuelles particulièrement graves : v. OLG Nuremberg, 21 juil. 2011, 15 W 1400/11, StV, 2011, p. 686; BeckRS 2011, 19213, note Kinzig; StV, 2011, p. 689.

⁷ L'un des intéressés avait en effet été placé en internement thérapeutique par le juge civil après avoir été libéré de l'internement de sûreté par le juge pénal, les deux mesures ayant pourtant le même fondement et les circonstances factuelles n'ayant pas changé entretemps : BVerfG, 23 janv. 2014, 2 BvR 119/12.

⁸ BVerfG, 23 janv. 2014, 2 BvR 565/12. On peut encore mentionner une affaire dans laquelle était alléguée une violation de la confiance légitime du justiciable, la mesure n'ayant pas existé au moment de la condamnation pénale : BVerfG, 23 janv. 2014, 2 BvR 1020/12.

⁹ BVerfG, 22 janv. 2014, 2 BvR 1100/12.

contraire au principe d'égalité devant la loi, et que la mesure en elle-même était contraire à l'exigence de proportionnalité¹.

Insensible à ces griefs, la Cour s'est contentée de conclure à une violation du droit à la liberté (résultant de l'article 2, alinéa 2, phrase 2 de la Loi fondamentale, combiné à l'article 20, alinéa 3²), en renvoyant, en guise de réponse aux autres arguments, à sa décision du 11 juillet 2013. Ce faisant, elle a également rappelé que les critères d'application renforcés, posés dans celle-ci, étaient identiques pour cette mesure et pour l'internement de sûreté³, ce qui laisse, en définitive, douter de l'intérêt de la loi sur l'internement thérapeutique⁴.

188. Conclusion de la Section 1. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence allemande, tant judiciaire que constitutionnelle, que celle-ci donne un rayonnement large aux mesures de sûreté en adoptant une orientation parfois sécuritaire. Ce constat n'a pas été remis en cause par le fléchissement de sa position traditionnelle, qui était devenu incontournable avec la multiplication des condamnations de l'Allemagne par la Cour européenne des droits de l'homme, mais qui est demeuré partiel. Les juges rappellent en effet régulièrement les fondements du système dualiste de sanctions pénales, afin de justifier l'atteinte que portent les mesures de sûreté aux droits individuels par la nécessité de protéger la société. Couplée à la législation qu'elle vient en grande partie conforter, la jurisprudence confère aux mesures de sûreté une place considérable et pérenne. En donnant d'importantes impulsions (voire en forçant le pas) au législateur afin que celui-ci fasse évoluer le droit des mesures de sûreté – pour compléter ou pour modifier les dispositifs existants – la jurisprudence est même à l'origine de nombreuses règles régissant cette deuxième voie des sanctions pénales. Elle manifeste de la sorte sa participation indirecte à l'élaboration du système dualiste.

Si le rôle joué par le juge français en matière de mesures de sûreté est tout autre, il n'en est pas moins important. En l'absence de reconnaissance législative de ces mesures, c'est lui qui les a, en grande partie, consacrées.

¹ BVerfG, 23 janv. 2014, 2 BvR 1239/12.

² Cet article dispose : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

³ V. les décisions précitées de janvier et février 2014.

⁴ En ce sens, T. Ullenbruch, « Walter H. ist frei, das ThUG ist tot - raffinierte Entsorgung eines europavölkerrechtlichen Spaltpilzes in letzter Sekunde? - Teil III - Zugleich Nekrolog auf den jüngsten historischen Irrläufer zur deutschen Sicherungsverwahrung und Appell an die Gesetzgeber der Gegenwart und Zukunft », *art. cit.*, p. 174 s.

Section 2 :

La reconnaissance partielle des mesures de sûreté par le juge français

189. La pertinence de la conception unitaire de la sanction pénale adoptée par le législateur français¹ est démentie par la jurisprudence qui opère une distinction entre la peine et la mesure de sûreté. En se détachant des qualifications légales, elle remet en cause l'assimilation pure et simple entre ces deux types de sanctions pénales. L'analyse de la jurisprudence française révèle ainsi la présence d'une conception dualiste, dans le sens où le concept de mesure de sûreté est opposé à celui de peine. Le vocabulaire employé pour désigner les mesures de sûreté est toutefois varié et n'entraîne pas toujours les mêmes conséquences. Il importe dès lors de recenser, dans un premier temps, quelles sont, parmi les sanctions pénales existantes, celles qui sont considérées par la jurisprudence comme des mesures de sûreté. Dans un second temps, il conviendra de s'intéresser aux conséquences que les juges attachent à la qualification de mesure de sûreté et aux éventuelles constantes qui s'en dégagent. Ce travail est d'autant moins aisé que la séparation établie entre peines et mesures de sûreté ne semble pas obéir à une théorie générale et relève davantage de la casuistique. En effet, si les juges pallient certaines insuffisances de la loi, ils semblent souvent guidés par des considérations d'opportunité car ils choisissent la qualification en fonction des conséquences juridiques qu'ils souhaitent y attacher. En reconnaissant l'existence des mesures de sûreté, la jurisprudence du juge judiciaire (§ 1) comme celle du Conseil constitutionnel (§ 2) consacre partiellement le dualisme des sanctions pénales.

§ 1 : Le dualisme des sanctions pénales dans la jurisprudence judiciaire

190. Avant comme après l'adoption du nouveau Code pénal, la jurisprudence a toujours fait une place aux mesures de sûreté, de manière plus ou moins explicite. La notion de mesure de sûreté doit ainsi largement son existence en droit pénal français à la chambre criminelle de la Cour de cassation. Si, en effet, le recours au concept de mesure de sûreté a pendant longtemps été implicite, par l'utilisation de notions comme celle de « mesure de police et de sécurité », la Cour de cassation n'hésite plus aujourd'hui à employer, de manière explicite, l'expression de « mesure de sûreté », afin de contourner le régime applicable aux peines. La

¹ V. *supra*, n° 108 s.

qualification retenue pour chaque mesure dépend donc, semble-t-il, du régime juridique que la Cour souhaite lui appliquer, le recours au concept de mesure de sûreté étant opportuniste (A). La consécration du dualisme des sanctions pénales reste cependant limitée, en l'absence d'élaboration, par la jurisprudence judiciaire, d'une théorie générale sur les mesures de sûreté (B).

A. Le recours opportuniste au concept de mesure de sûreté

191. Inconstance de la jurisprudence. Le concept de mesure de sûreté est, depuis longtemps, présent dans la jurisprudence de la Cour de cassation et peut généralement être associé à l'application d'un régime dérogatoire. Or la Cour se montre souvent hésitante, tant sur la terminologie employée que sur le régime retenu, de sorte que sa jurisprudence relative aux mesures de sûreté semble relever de la casuistique. Afin de cerner la place qu'occupent les mesures de sûreté dans la jurisprudence judiciaire, il est nécessaire de se livrer à un large travail de recensement des décisions. Les solutions retenues ne présentant souvent pas de lien logique entre elles, une analyse successive s'impose. Celle-ci sera ordonnée autour de l'application du principe de légalité aux mesures de sûreté (1), de la soustraction des mesures de sûreté au régime de la peine (2) et de la soumission nuancée des mesures de sûreté à celui-ci (3).

1. L'application du principe de légalité aux mesures de sûreté

192. Application stricte du principe de légalité *stricto sensu* aux mesures de sûreté. Les juges de cassation appliquent strictement aux mesures de sûreté le principe de légalité dans son acception première qui est l'exigence d'un texte prévoyant la sanction applicable¹. La Cour a ainsi eu l'occasion de rappeler, conformément à une position ancienne², que « *la confiscation spéciale*³ ne [pouvait] être prononcée qu'autant que la loi l'ordonne par une prescription formelle »⁴, ce qui empêche donc de l'étendre à des objets non prévus par la loi.

¹ V. p. ex. Cass. crim., 6 déc. 1961, *D.*, 1962, 83, note J.M.R., *JCP*, 1963, II, p. 12532.

² Cass. crim., 3 févr. 1887, *DP*, 1887, I, p. 462; Cass. crim., 2 janv. 1925, *S.* 1926, I, p. 189; Cass. crim., 30 nov. 1950, *Bull. crim.*, n° 275.

³ La confiscation spéciale est généralement considérée comme une mesure de sûreté : v. *infra*, n° 482.

⁴ Cass. crim., 14 oct. 1958, *D.*, 1958, p. 765 ; Cass. crim., 10 juin 1970, n° 70-90143, *Bull. crim.*, n° 194, p. 463 ; Cass. crim., 17 oct. 1979, n° 78-93823, *Bull. crim.*, n° 287, p. 782, *Gaz. Pal.*, 1980, II, somm. 378 ; Cass. crim., 27 janv. 1987, n° 86-96150 ; Cass. crim., 10 janv. 1994, n° 93-82789, *Bull. crim.*, 1994, n° 11, p. 20 ; Cass. crim., 9 juil. 1996, n° 95-82386. V. aussi Cass. crim., 12 mars 1990, n° 89-82674, *Bull. crim.*, n° 115.

Ainsi, par exemple, les pièces à conviction ne peuvent être confisquées, hors les cas pour lesquels cette mesure a été spécialement édictée¹.

En matière de sursis avec mise à l'épreuve, la Cour a précisé que les juridictions de jugement ne pouvaient soumettre le probationnaire qu'aux obligations ou interdictions définies par le Code de procédure pénale. Elles ne sauraient ainsi, en l'absence de texte, imposer au condamné de « *ne plus importuner les tiers par ses écrits* »² ou de « *remettre en état des installations défectueuses* »³, quel que soit l'intérêt social de ces mesures⁴.

Néanmoins, les mesures de sûreté semblent être soustraites au principe de légalité de l'application des peines selon lequel chaque peine doit être expressément prononcée par la juridiction (article 132-17 CP), interdisant les peines automatiques et accessoires. En effet, la chambre criminelle a décidé, à propos de la peine complémentaire obligatoire de la fermeture définitive d'un débit de boissons illégalement exploité (prévue à l'ancien article L. 57 du Code des débits de boissons), que « *l'incapacité attachée à certaines condamnations ne constitu[ait] pas une peine complémentaire, mais une mesure de police et de sécurité publique qui ne relève pas des [articles 132-17 du Code pénal et 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme]* »⁵.

193. Position nuancée de la jurisprudence en matière d'application des mesures de sûreté dans le temps. La Cour de cassation se montre moins catégorique en ce qui concerne le corollaire du principe de légalité qu'est la prohibition de la rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Si elle fait rétroagir certaines mesures de sûreté, il en va différemment pour d'autres, les solutions étant donc nuancées. La doctrine a pu affirmer au sujet des mesures de sûreté que « pour ces mesures, où il s'agit de faire face à un état dangereux présent et susceptible d'évoluer, on admet en général que le juge peut utiliser toute mesure de sûreté applicable à cet état dangereux le jour où la décision intervient, la loi applicable étant toujours celle du moment de l'exécution »⁶.

Dans son arrêt *Merbouche* du 11 juin 1953, la Chambre criminelle a jugé que les mesures prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 applicables aux mineurs reconnus coupables d'infractions à la loi pénale pouvaient être appliquées à des faits antérieurs à la promulgation

¹ Cass. crim., 6 févr. 1896, *D.*, 1897, I, 206 ; Cass. crim., 14 janv. 1949, *Bull. crim.*, n° 12.

² Cass. crim., 14 mars 1963, n° 62-91877, *Bull. crim.*, 1963, n° 124, *D.*, 1963, Jur. p. 506, note Schewin.

³ Cass. crim., 2 avril 1963, *D.*, 1963, p. 507, note Schewin.

⁴ V. R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 192.

⁵ Cass. crim., 23 janv. 2001, n° 00-83268, *JurisData* 2001-008740.

⁶ B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 169, p. 162.

du texte. Selon elle, ces mesures d'éducation surveillée, n'étant pas des peines et introduisant un système plus favorable à l'égard des mineurs délinquants, ont pour seul but leur protection et leur rééducation¹. Si le professeur Bouloc a pu en déduire l'instauration par la Cour de cassation d'un régime dérogatoire aux règles classiques de conflit de lois dans le temps en matière de mesures de sûreté², il semble que ce constat doive être nuancé. En effet, le caractère plus doux de ces mesures – toutes les mesures éducatives étant considérées comme prises dans l'intérêt du mineur³ – a joué un rôle primordial dans la décision qui a été adoptée, de sorte que l'on ne peut affirmer de manière générale que la Cour a instauré un régime de rétroactivité pour toutes les mesures de sûreté. Il s'agirait au contraire, en l'espèce, d'une simple application du principe de la rétroactivité *in mitius*⁴.

194. Application rétroactive de certaines mesures de sûreté. La Cour de cassation a toutefois qualifié plusieurs mesures expressément de « mesure de sûreté », afin de permettre leur application à des faits commis antérieurement à leur existence, qu'il s'agisse de mesures plus sévères ou plus douces. Selon un arrêt remarqué du 26 novembre 1997, l'incapacité d'exercer la profession d'agent immobilier édictée par la loi du 2 janvier 1970 régissant les conditions d'accès à cette profession ne constitue pas une peine complémentaire mais une mesure de sûreté qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne condamnée pour diverses infractions prévues par elle⁵. Pour les professeurs Pradel et Senon, « la notion de mesure de sûreté a été admise de façon éclatante » par cet arrêt⁶. Le professeur Rebut estime, dans le même sens, que la notion de mesure de sûreté a été ainsi « ressuscitée »⁷. La motivation de l'arrêt a toutefois été considérée comme ambiguë car elle repose sur le constat que l'interdiction professionnelle en question trouve son fondement dans

¹ Cass. crim., 11 juin 1953, *Bull.* 1953, n° 202, *JCP G*, 1953, II, 7708, note Brouhot ; *RSC*, 1954, p. 117, obs. Légal.

² En ce sens, B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 169, p. 163.

³ V. J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 169.

⁴ V. sur ce point, J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 10, p. 156 s. (not. p. 160). Contre cette explication : B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 169, p. 163.

⁵ Cass. crim., 26 nov. 1997, n° 96-83792, *Bull. crim.*, 1997, n° 404, p. 1339 ; *D.*, 1998, Jur. 495, note D. Rebut ; *RSC*, 1998, p. 539, obs. B. Bouloc (à propos de l'interdiction d'exercer la profession d'agent immobilier et d'administrateur de biens en cas de condamnation pour diverses infractions en application de dispositions issues de la loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat modifiant la loi du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations sur les immeubles et les fonds de commerce).

⁶ J. Pradel et J.-L. Senon, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », *Commentaire de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998*, *RPDP*, 1998, n° 3-4, p. 208 s.

⁷ D. Rebut, « Le retour des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 495 s.

un texte extérieur au Code pénal, ce qui semble limiter la portée de la solution¹. On ne saurait donc en conclure que la Cour entend remettre en cause, de manière générale, la qualification légale de toutes les interdictions, incapacités ou déchéances. Le même auteur affirme même que « le refus de considérer les interdictions comme des peines ne peut donc concerner que celles qui sont extérieures au code pénal »². On peut encore faire observer que « cette jurisprudence ne s'applique que si l'interdiction professionnelle résulte automatiquement d'une condamnation »³.

Bien avant cet arrêt, on trouve des décisions s'appuyant sur le particularisme des mesures de sûreté pour s'affranchir du principe de non-rétroactivité *in pejus*. Il en va ainsi des arrêts qui ont fait une application immédiate des incapacités commerciales instaurées par les lois du 19 juin 1930 et du 30 août 1947⁴, et de ceux qui ont fait rétroagir l'interdiction de la profession de banquier⁵ et l'interdiction de diriger une société⁶. Il convient toutefois de préciser qu'à plusieurs reprises, la Cour a justifié cette solution non par la nature intrinsèque des mesures en cause, mais par le fait que la loi les instaurant ne contenait aucune disposition sur leur application dans le temps. La Cour a ainsi décidé que « *l'expulsion d'un étranger n'a[vait] pas le caractère d'une sanction mais d'une mesure de police à objet préventif, exclusivement destinée à protéger l'ordre et la sécurité publics et [pouvait] donc se référer à des condamnations antérieures à la promulgation de la loi sur laquelle elle se fond[ait]* »⁷.

Plus récemment, la jurisprudence a considéré que l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes⁸, ne constituait pas une peine au sens de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais « *une mesure ayant pour seul objet de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles et de faciliter l'identification de leurs auteurs* »⁹. Se ralliant à l'approche retenue par le Conseil

¹ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », Art. 3 - Distinction des peines et des mesures de sûreté, *Rép. pén. Dalloz*, janv. 2008, mise à jour : oct. 2014, n° 44.

² D. Rebut, « Le retour des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 495 s.

³ X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 327, p. 303. V. pour la solution inverse, *infra*, n° 195.

⁴ Cass. crim., 18 janv. 1950, *Bull. crim.*, n° 20; S. 1950, I, p. 124; *JCP G*, 1950, II, p. 5383; *D.*, 1950, p. 213 (à propos de l'interdiction d'entreprendre une profession commerciale ou industrielle prévue à l'article 1^{er} de la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles en cas de condamnation pour diverses infractions); Cass. crim., 3 oct. 1950; *D.*, 1950, p. 721; Cass. crim., 29 févr. 1956, *Bull. crim.*, n° 211; Cass. crim., 3 oct. 1956, *Bull. crim.*, n° 594; *D.*, 1956, Jur. 721.

⁵ T. corr. Seine, 6 nov. et 21 déc. 1931, S. 1932, II, p. 17; *Gaz. Pal.*, 1932, I, p. 225.

⁶ Cass. crim., 25 juin 1940, *Gaz. Pal.*, 1940, II, p. 31; *JCP*, 1940, II, n° 1541, note J. L.

⁷ Cass. crim., 1^{er} févr. 1995, n° 94-81098, *JCP*, 1995, II, 22463, note Guimezanes; *D.*, 1995, IR, p. 106.

⁸ Art. 706-53-1 CPP.

⁹ Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.*, n° 267; *Dr. pén.*, 2007, com. n° 15, obs. M. Véron; *D.*, 2006, IR. 2945. V. aussi à propos du fichier national automatisé des empreintes génétiques : Cass. crim., 28 sept. 2005 (ayant considéré que l'art. 706-56 CPP était immédiatement applicable), *Bull. crim.*, n° 245; *D.*, 2006, Pan. 1204, obs. J.-C. Galloux; *AJ pénal*, 2005, p. 457, obs. C. Saas.

constitutionnel¹, elle a, par conséquent, approuvé l'inscription au fichier d'une condamnation pour des agressions sexuelles aggravées commises antérieurement à la publication de la loi du 9 mars 2004, faisant ainsi échapper la mesure au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère². Il semble donc que, sans avoir formellement employé le terme de mesure de sûreté, la Cour de cassation l'ait néanmoins considérée comme telle³. Cette analyse a d'ailleurs été approuvée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Gardel c. France* du 17 décembre 2009⁴.

La même solution a enfin été retenue à l'égard de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses, qui, qualifiée de mesure de sûreté par le législateur⁵, est d'application rétroactive. Appliquant purement et simplement les dispositions transitoires de la loi précitée du 12 décembre 2005 qui a instauré cette mesure, la Cour de cassation a approuvé son application rétroactive en s'appuyant sur sa nature juridique⁶. Dans une formule maladroite, elle a cependant assimilé les mesures de sûreté aux mesures d'exécution de la peine, en affirmant que les dispositions relatives à la surveillance judiciaire étaient « compatibles avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que cette mesure de sûreté, limitée à la durée des réductions de la peine, constitu[ait] une modalité d'exécution de celle-ci »⁷. La Cour « ne fait [ici] que reprendre l'expression développée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 décembre 2005 qui dénie à la surveillance judiciaire d'être une peine ou une sanction ayant le caractère d'une punition »⁸ et la qualifie également de « modalité d'exécution de la peine »⁹.

L'instauration d'un tel régime d'exception pour les mesures de sûreté est critiquée par une partie de la doctrine qui estime qu'il faudrait distinguer entre les mesures n'ayant aucun caractère afflictif, comme les mesures à prédominance rééducative, et celles qui s'apparentent

¹ V. *infra*, n° 215.

² Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.* n° 267, p. 981; Cass. crim., 30 janv. 2008, n° 07-82645, *D.*, 2008, Pan 242, obs. M. Herzog-Evans; Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *Bull. crim.* n° 193; *JurisData* n° 2014-021045 ; *Dalloz actu.*, 14 oct. 2014, note S. Anane.

³ En ce sens, v. H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁴ CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *D.*, 2010, AJ 93, obs. Gachi. V. *infra*, n° 367.

⁵ V. *infra*, n° 418.

⁶ Cass. crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84367, *JurisData* n° 2009-048065 ; *AJ pénal*, 2009, p. 321 ; *Dr. pén.*, 2009, p. 103, obs. A. Maron et M. Haas ; *Dr. pén.*, 2010, chron. 2, n° 57, obs. Peltier. V. aussi Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *Bull. crim.*, n° 23, *AJ pénal*, 2009, p. 124, étude M. Herzog-Evans ; *D.*, 2009, p. 1326, obs. M. Léna, note G. Roujou de Boubée ; *RPDP*, 2009, p. 149, obs. X. Pin ; Cass. crim., 29 avr. 2009, n° 08-86690, *JurisData* n° 2009-048277, *RSC*, 2010, p. 127, obs. É. Fortis.

⁷ Cass. crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84367, *préc.*

⁸ É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*, n° 57.

⁹ V. *infra*, n° 216.

par leurs conséquences à de véritables peines et pour lesquelles la non-rétroactivité devrait jouer¹.

195. Soumission de certaines mesures au principe de non-rétroactivité de droit commun. Certaines sanctions qui s'apparentent quant à leurs objectifs à des mesures de sûreté ont, au contraire, été qualifiées de « peines » par la Cour, et, partant, soumises aux principes de droit commun de non-rétroactivité *in pejus* et de rétroactivité *in mitius*. La loi du 3 juillet 1954 supprimant le caractère obligatoire de la relégation a ainsi été appliquée aux instances en cours², la relégation étant traitée comme une peine, en dépit de son caractère essentiellement préventif³. Il en a été de même de l'interdiction de séjour⁴. Pareille solution a été retenue pour l'ordonnance du 25 février 1960 qui a substitué, en matière de proxénétisme, la fermeture d'établissement temporaire à la fermeture définitive⁵. La Cour a également fait rétroagir une loi nouvelle plus douce en matière d'interdiction d'exercer une profession commerciale, les dispositions de l'article 131-27 du Code pénal de 1994 ayant été jugées moins sévères que celles de l'article 4 de la loi du 30 août 1947⁶.

À l'inverse, des textes plus sévères n'ont pas été appliqués immédiatement, comme la loi du 17 juin 1998 ayant institué l'interdiction d'exercer toute activité en lien avec les mineurs⁷, que les Hauts magistrats ont qualifiée de peine complémentaire et donc soumis au régime applicable à celles-ci⁸. La chambre criminelle a aussi appliqué le principe de non-rétroactivité à la suspension du permis de conduire et à certaines interdictions professionnelles qualifiées par la loi de « *peines complémentaires* »⁹. Dans ces décisions, les juges s'en sont tenus à la

¹ V. J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., n° 10, p. 162 (citant en ce sens P. Conte et P. Maistre du Chambon, n° 139 ; R. Merle et A. Vitu, t. I, n° 270 ; A. Légal, *RSC*, 1961, p. 340 ; M. Puech, n° 33, p. 136).

² Cass. crim., 26 avr. 1955, *Bull. crim.*, 1955, n° 205, p. 368. Sur la relégation, v. *supra*, n° 111.

³ Cass. crim., 6 déc. 1961, *préc.*

⁴ Cass. crim., 28 mars 1950, *RPDP*, 1951, p. 550.

⁵ Cass. crim., 29 janv. 1963, n° 61-94089, *Bull. crim.*, n° 54 ; *JCP*, 1963, II, 13215, note J.-P. Le Gall ; *RSC*, 1964, p. 131, obs. A. Légal. Sur la nature juridique de la fermeture d'établissement, v. *infra*, n° 484.

⁶ Cass., Ass. plén., 22 nov. 2002, n° 92-82460, *Bull. crim.*, A. P., n° 2, p. 9 ; *JurisData* : 2002-016547 ; *RSC*, 2003, p. 325, obs. Bouloc ; *JCP G*, 2003, II, 10042, note Jeandidier. Sur la nature juridique de l'interdiction professionnelle, v. *infra*, n° 465.

⁷ Art. 222-45, 3° CP.

⁸ Cass. crim., 23 mai 2012, n° 11-85768, *Bull. crim.*, 2012, n° 132.

⁹ V. not. Cass. crim., 20 juil. 1960, *Bull. crim.*, n° 385 (à propos de la peine complémentaire de suspension du permis de conduire) ; Cass. crim., 16 févr. 1987, *Bull. crim.*, n° 72, *RSC*, 1988, p. 313 (à propos de la peine complémentaire d'interdiction de diriger, gérer ou contrôler directement ou indirectement une entreprise commerciale ou artisanale pouvant être prononcée en cas de condamnation pour banqueroute) ; Cass. crim., 30 nov. 1987, *Bull. crim.*, n° 435 ; Cass. crim., 1^{er} févr. 1988, *Bull. crim.*, n° 47 ; Cass. crim., 26 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 133 ; *D.*, 1990, *IR*, p. 129. La même solution a été retenue pour la peine complémentaire de

qualification légale de « peine complémentaire ou accessoire », sans s'attacher à l'objet de ces mesures qui n'est pourtant pas répressif. L'atteinte que ces mesures portent aux droits individuels semble donc l'emporter et amène la Cour à leur appliquer le régime protecteur de la peine. S'agissant du suivi socio-judiciaire, la Cour de cassation s'est alignée, là encore, sur la qualification législative de peine complémentaire, emportant soumission au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère¹. La position de la jurisprudence n'est cependant pas toujours aussi tranchée.

196. Hésitation sur les mesures applicables aux personnes irresponsables pour cause de trouble mental. Il arrive que la Cour hésite et revienne sur la qualification précédemment choisie, comme cela a été le cas pour les mesures applicables aux personnes faisant l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, instaurées par la loi du 25 février 2008. La Cour les a, dans un premier temps, qualifiées de peines, en décidant que « *le principe de la légalité des peines visé à l'article 112-1, alinéa 2, du code pénal [faisait] 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* »².

La solution était contestable, dans la mesure où « le juge pénal ne saurait faire œuvre constitutive et réécrire les textes, fussent-ils déplaisants »³. De plus, la loi sur laquelle il lui était demandé de se prononcer est une loi procédurale, en principe d'application immédiate. La Cour a pourtant préféré recourir aux principes gouvernant l'application dans le temps des lois pénales de fond pour justifier sa solution, en s'attachant aux effets que cette nouvelle procédure était susceptible d'entraîner⁴. Le fondement juridique choisi s'explique par le fait que le législateur, sous couvert d'introduire une nouvelle procédure, a inséré dans le Code de

l'interdiction d'émettre des chèques, prévue par l'article 19-IV de la loi du 3 janvier 1972 : Cass. crim., 21 mars 1978, n° 77-91137, *Bull. crim.*, n° 110, p. 275.

¹ Cass. crim., 14 sept. 2004, *D.*, 2004, IR. 2623.

² Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *Bull. crim.*, 2009, n° 24 : *JurisData* n° 2009-046741, *Dr. pén.*, 2009, étude 9, par F. Rousseau ; *Dr. pén.*, 2010, chron. 2, n° 59, obs. V. Peltier ; *JCP G*, 2009, II, 10043, note S. Detraz ; *RPDP*, 2009, p. 147, obs. X. Pin ; *ibid.*, p. 140, obs. J.-Y. Chevallier ; *AJ pénal*, 2009, p. 178, obs. J. Lasserre Capdeville ; *D.*, 2009, p. 1111, note H. Matsopoulou ; *ibid.*, Pan. 2827, obs. G. Roujou de Boubée ; *RSC*, 2009, p. 69, étude P.-J. Delage ; *ibid.*, p. 136, obs. A. Giudicelli.

³ P. Mistretta, « Les mesures de sûreté, tu ne dénigreras pas », note sous Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *JCP G*, n° 5, 1^{er} févr. 2010, p. 117 s.

⁴ 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 Cass. crim., 21 janv. 2009, *Dr. pén.*, n° 5, mai 2009, étude 9.

procédure pénale de nouvelles sanctions – procédé certes critiquable mais qui découle logiquement de la conception unitaire de la sanction pénale qui domine le droit français.

Il était toutefois peu logique de qualifier ces mesures de sûreté de peines. La Cour s'en est rendue compte quelques mois plus tard et est revenue sur sa jurisprudence, qualifiant désormais ces mesures de mesures de sûreté, d'application immédiate. Les Hauts magistrats ont en effet précisé que les dispositions de l'article 112-1 du Code pénal, prescrivant que seules peuvent être prononcées les peines légalement applicables à la date de l'infraction, « *ne s'appliqu[aient] 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* »¹. Aussi, la décision a-t-elle été assise sur un autre fondement légal : les lois nouvelles fixant les formes de la procédure étant d'application immédiate en vertu de l'article 112-2 du Code pénal, ce texte devait s'étendre aux mesures de sûreté qui constituent l'aboutissement de la nouvelle procédure². Après « l'audace », donc, un « retour à l'orthodoxie »³ ?

L'hésitation de la chambre criminelle, qui révèle un raisonnement parfois opportuniste, est particulièrement surprenante s'agissant de mesures applicables à des personnes déclarées irresponsables pénalement. Par définition, ces dernières ne peuvent en effet jamais se voir appliquer une peine, ce qui rend le premier arrêt contradictoire⁴. Le maintien d'une telle solution aurait conduit à l'abandon des principes classiques du droit pénal, selon lesquels une peine présuppose l'imputabilité du sujet⁵. Le professeur Rassat estime, à ce titre, qu'il est « intellectuellement scandaleux de déterminer la nature d'une institution en fonction des effets qu'on veut lui faire produire, en l'espèce une application immédiate ou non de la mesure à des faits antérieurement commis ». L'auteur ajoute qu'« une institution est ce qu'elle est et on ne peut qu'après avoir déterminé sa nature en déduire quel doit être son régime »⁶.

¹ Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *Bull. crim.*, 2009, n° 216 : *JurisData* n° 2009-050798, *Dr. pén.*, 2010, étude 4, H. Matsopoulou ; *ibid.*, chron. 2, n° 59, obs. V. Peltier ; *JCP G*, 2010, act. 15, S. Detraz ; *D.*, 2010, p. 471, note J. Pradel ; *ibid.*, 2010, p. 144, obs. M. Léna ; *AJ pénal*, 2010, p. 136, obs. C. Duparc. Cette décision a été confirmée ultérieurement : Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 09-82291, *Procédures*, 2010, comm. 324, note A.-S. Chavent-Leclere ; Cass. crim., 12 oct. 2011, n° 10-88126.

² P. Mistretta, « Les mesures de sûreté, tu ne dénigreras pas », *art. cit.*, p. 117 s.

³ C. Duparc, « Application dans le temps de la loi du 25 février 2008 : un retour à l'orthodoxie ? », note sous Cass. crim., 16 déc. 2009, *AJ pénal*, 2010, p. 136.

⁴ En ce sens, v. A. Giudicelli, « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate », *RSC*, 2009, p. 136.

⁵ Sur ce problème, v. P.-J. Delage, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », *art. cit.*, p. 69 s.

⁶ M.-L. Rassat, « Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-1 et 122-2, Fasc. 20, 1^{er} sept 2011, mise à jour : 7 avr. 2014, n° 46.

Notons que ces mêmes mesures, à l'exception de l'internement en hôpital psychiatrique, sont qualifiées de « peines » par le législateur lorsqu'elles sont applicables à des personnes capables de discernement¹. Ce constat ne fait que contribuer à la confusion sur leur véritable nature, ce qui a sans doute provoqué le malaise de la Haute Cour. On a pu se demander si on n'était pas en train de soumettre les personnes irresponsables aux mêmes sanctions que les personnes responsables². En tout état de cause, il convient de rappeler qu' « une sanction pénale est une peine ou une mesure de sûreté non en fonction de ce que tel ou tel en dit, législateur compris, mais en fonction de sa vocation profonde : une peine punit des faits passés ; une mesure de sûreté tente d'éviter la commission d'infractions futures. De ce point de vue, il ne doit pouvoir être douteux pour personne que les mesures prévues par l'article 706-136 du Code de procédure pénale sont systématiquement et indépendamment du point de savoir si on les applique à des malades mentaux, ou à des délinquants ordinaires, des mesures de sûreté »³. Et le professeur Mistretta d'affirmer qu'avec cet arrêt, le caractère rétroactif des mesures de sûreté « devient une certitude jurisprudentielle »⁴.

Il est intéressant de comparer cette jurisprudence à l'arrêt *Laboube* du 13 décembre 1956⁵, dans lequel la Cour de cassation a exigé qu'une personne mineure soit capable de discernement pour pouvoir être soumise à une mesure de sûreté. Une telle solution est critiquable en ce que les mesures de sûreté sont, par nature, indépendantes de la capacité de discernement, notamment les mesures curatives et éducatives qui ont vocation à s'appliquer au mineur ou au malade, en lieu et place de la peine. Cette position semble aujourd'hui abandonnée pour les majeurs irresponsables. Sur d'autres points également, les mesures de sûreté sont fréquemment soustraites par la jurisprudence au régime de la peine.

2. La soustraction des mesures de sûreté au régime de la peine

197. Exclusion majoritaire du bénéfice de l'amnistie. En ce qui concerne l'amnistie, la Cour a recours, de façon récurrente, à la notion de « mesure de police et de sécurité publique », afin de soustraire les mesures en question à son champ d'application, et ce même

¹ Art. 131-6 CP. Sur la qualification juridique de ces mesures, v. *infra*, n° 472.

² P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

³ M.-L. Rassat, « Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte », *art. cit.*, n° 46.

⁴ P. Mistretta, « Les mesures de sûreté, tu ne dénigreras pas », *art. cit.*, p. 117 s.

⁵ Cass. crim., 13 déc. 1956, n° 55-05772, *Bull. crim.* 1956, n° 840. La Cour énonçait dans cet arrêt « qu'après avoir décidé que le mineur X..., qui n'était âgé que de 6 ans au moment des faits délictueux, ne pouvait répondre devant la juridiction répressive de l'infraction relevée contre lui, l'arrêt ne pouvait que prononcer sa relaxe et ne pouvait sans contradiction prendre à son égard une mesure de redressement ».

lorsque les textes applicables disposent de façon expresse que « *l'amnistie entraîne la remise de toutes les peines principales, accessoires et complémentaires ainsi que de toutes les incapacités ou déchéances subséquentes* »¹. Cela s'explique par le fait que les mesures préventives, édictées pour éviter des infractions futures, ne sont pas attachées aux actes passés. Le fait que ceux-ci perdent leur caractère infractionnel ne fait, par conséquent, pas obstacle au maintien des mesures de sûreté. Telle est la solution retenue par la Cour en matière de confiscation spéciale², de fermeture d'établissement³, de suspension du permis de chasser⁴ et de suspension, d'annulation ou de retrait du permis de conduire, d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer certaines professions⁵, d'interdiction d'exploiter certains établissements⁶ et d'interdiction de séjour⁷ – mesures communément considérées comme des mesures de sûreté⁸. Pour ce faire, les juges de cassation ont eu recours à la formule récurrente selon laquelle ces mesures constituent « *moins des peines proprement dites que des mesures*

¹ V. p. ex. la loi n° 59-940 du 31 juillet 1959 *portant amnistie*, art. 17 ; la loi n° 66-396 du 17 juin 1966 *portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'État ou commises en relation avec les événements d'Algérie*, art. 9 ; la loi n° 81-736 du 4 août 1981 *portant amnistie*, art. 19 ; la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 *portant amnistie*, art. 19.

² Cass. crim., 16 janv. 1920, *S.* 1920, I, p. 287 ; Cass. crim., 22 oct. 1920, *S.* 1922, I, p. 138 ; Cass. crim., 18 juin 1957, *D.*, 1957, p. 544.

³ Cass. crim., 31 janv. 1920, *S.* 1920, I, p. 288 (à propos de la fermeture d'un fonds de commerce) ; Cass. crim., 14 mars 1961, *D.*, 1961, p. 303 ; Cass. crim., 11 janv. 1983 ; Cass. crim., 10 mai 1989, n° 88-86285, *Bull. crim.*, 1989, n° 183, p. 471.

⁴ Cass. crim., 23 nov. 1982, n° 82-92183, *Bull. crim.*, n° 265, *Gaz. Pal.*, 1984, I, p. 127, note Alauze ; Cass. crim., 8 nov. 1988, n° 87-90889.

⁵ Cass. crim., 17 sept. 1941, *Bull. crim.*, n° 33 (à propos de l'incapacité d'exercer la profession de banquier) ; Cass. crim., 1^{er} mars 1961, *Bull. crim.*, n° 128 ; *D.*, 1961, p. 295, *JCP*, 1962, II, p. 12585, *RSC*, 1961, p. 798, obs. A. Légal ; Cass. crim., 24 janv. 1963, *D.*, 1963, p. 58 ; Cass. crim., 29 janv. 1965, n° 64-91889, *Bull. crim.*, n° 29 (interdiction d'exercer une activité commerciale) ; Cass. crim., 10 nov. 1965, n° 65-92677, *Bull. crim.*, n° 229, *D.*, 1966, p. 86 (déchéance du droit d'administrer ou de gérer une société que la Cour qualifie de « *mesure d'intérêt public* ») ; Cass. crim., 24 juil. 1967, n° 67-90215, *Bull. crim.*, n° 232 (à propos de la loi d'amnistie n° 66-409 du 18 juin 1966) ; *JCP G*, 1968, II, 15507, note J. Michaud ; *RSC*, 1968, p. 321, obs. A. Légal ; Cass. com., 13 nov. 1968, *D.* 1969, p. 238 ; Cass. crim., 29 avr. 1970, *JCP*, 1971, II, p. 16739, note A. Huet ; Cass. crim., 10 oct. 1983, *D.*, 1984, *IR*. 226, obs. G. Roujou de Boubée ; Cass. crim., 21 déc. 1987, *Bull. crim.*, n° 473 ; Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 229 ; *RSC*, 1992, p. 745, obs. A. Vitu, et 779, obs. A. Braunschweig.

Sur l'interdiction d'exercer une profession médicale ou paramédicale : v. Cass. crim., 25 oct. 1967, n° 67-92193, *Bull. crim.*, n° 266, *JCP*, 1968, II, 15375, note J. Michaud (à propos de la loi d'amnistie n° 66-409 du 18 juin 1966) ; Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91139, *Bull. crim.*, n° 281, p. 744 (à propos de la loi n° 74-643 du 16 juillet 1974 *portant amnistie*).

Sur l'incapacité de gérer consécutive à une peine d'emprisonnement pour émission de chèque sans provision : v. Cass. crim., 26 juin 1963, *Bull. crim.*, n° 228 ; Cass. crim., 17 sept. 1941, *Bull. crim.*, n° 38 ; Cass. crim., 7 déc. 1950, *Bull. crim.*, n° 278 ; Cass. crim., 8 nov. 1962, *Bull. crim.*, n° 310.

⁶ Découlant de l'ordonnance n° 58-1298 du 23 décembre 1958, article 34, en matière de délit de proxénétisme : Cass. crim., 12 juin 1968, n° 67-92268, *Bull. crim.*, n° 189 (interdiction d'exploiter un hôtel), à propos de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959 ; Cass. crim., 29 janv. 1965, n° 64-91889, *Bull. crim.*, n° 29, à propos de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959 ; Cass. crim., 7 janv. 1972, n° 71-91342, *Bull. crim.*, n° 4, p. 7 : *D.*, 1972, *Jur.* 501 (2^e espèce), note G. Roujou de Boubée.

⁷ Cass. crim., 23 mars 1982, à propos de la loi du 4 août 1981 *portant amnistie*.

⁸ V. plus en détail, *infra*, n° 443 s.

de police et de sécurité publique »¹, ou, selon une formulation voisine, « *essentiellement des mesures de police et de sécurité publique* »².

Afin de limiter la marge d'appréciation des juges, le législateur détermine lui-même parfois les mesures qui seront affectées par l'amnistie, indépendamment de leur nature véritable³. Si, dans un premier temps⁴, la jurisprudence s'est montrée « sensible [...] à ce message législatif », elle a, « par la suite, continué à contourner la loi, en ayant recours à la notion de "mesures de sécurité publique et de police" »⁵. Sans doute en réaction à cette jurisprudence⁶, le législateur a parfois formellement appliqué l'amnistie aux « *peines et [...] mesures de police et de sûreté* » autres que celles expressément écartées par la loi⁷. En reconnaissant la particularité de ces mesures de sûreté qui ne sauraient être, purement et simplement, assimilées aux peines, le législateur est allé, d'une certaine manière, dans le sens de la jurisprudence qui fait aux mesures de sûreté une place à part. Pour ce qui est des mesures de sûreté non exclues de l'amnistie, le professeur Matsopoulou pense cependant que « les juges pourront toujours trouver des arguments pour les soustraire à celle-ci, par exemple en prenant en compte leur nature administrative et non pénale »⁸.

198. Exclusion des mesures de sûreté réelles du principe de personnalité de la sanction. De la même manière, une jurisprudence constante et ancienne fait fi du principe de

¹ V. p. ex. Cass. crim., 20 oct. 1964, n° 62-92075, *Bull. crim.*, n° 268, à propos de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959 ; Cass. crim., 3 févr. 1967, n° 66-93732, *Bull. crim.*, n° 50 (à propos de la loi d'amnistie n° 66-409 du 18 juin 1966) ; *D.*, 1967, p. 339, note J. Mazard ; *RSC*, 1967, p. 851, obs. A. Légal ; Cass. crim., 3 déc. 1970, n° 70-91421, *Bull. crim.*, n° 322, p. 788 (à propos de la loi du 30 juin 1969 portant amnistie) ; Cass. crim., 3 juil. 1975, n° 74-93045, *Bull. crim.*, n° 177, p. 485 ; Cass. crim., 27 janv. 1976, n° 75-91781, *Bull. crim.*, n° 31, p. 73 (à propos de la loi n° 74-643 du 16 juillet 1974 portant amnistie).

² V. p. ex. Cass. crim., 7 janv. 1972, n° 71-91342, *préc.*

³ Ainsi, à partir de 1951, nombre de lois disposaient que la relégation – qui s'apparentait pourtant à une mesure de sûreté – devait disparaître en même temps que la décision de condamnation l'ayant prononcée, l'amnistie entraînant la « *remise de toutes les peines principales, accessoires et complémentaires, notamment de la relégation ainsi que de toutes incapacités ou déchéances subséquentes* » : v. p. ex. Loi n° 51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie, instituant un régime de libération anticipée, limitant les effets de la dégradation nationale et réprimant les activités antinationales, art. 14 ; Loi n° 66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'Etat ou commises en relation avec les événements d'Algérie, art. 9 ; Loi n° 68-013 du 9 oct. 1968 portant amnistie, art. 6. De manière plus générale, ces lois d'amnistie incluaient également « *la disparition de toutes les déchéances, exclusions, incapacités et privations de droits attachés à la peine* » : v. p. ex. Loi n° 51-18 du 5 janvier 1951 portant amnistie ; Loi n° 2005-05 du 17 février 2005 portant amnistie.

⁴ Cass. crim., 7 nov. 1956, *Bull. crim.*, n° 715 ; Cass. crim., 26 juin 1963, *Bull. crim.*, n° 228.

⁵ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁶ En ce sens, v. H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁷ Il en allait ainsi des lois d'amnistie du 3 août 1995 (art. 17, al. 1^{er}) et du 6 août 2002 (art. 15, al. 1^{er}).

⁸ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s. En ce sens, la chambre criminelle a décidé, à propos du retrait du permis de conduire, que l'amnistie restait sans influence sur les décisions par lesquelles l'autorité administrative limitait la durée de validité du permis de conduire en application de l'article R. 128 du Code de la route : Cass. crim., 7 juin 1988, n° 87-83209, *Bull. crim.*, n° 255.

personnalité de la sanction pour décider que la mesure de confiscation spéciale doit concerner les instruments du délit, même s'ils n'appartiennent pas à l'auteur de celui-ci¹. Il ressort de la jurisprudence que la confiscation spéciale a, en fait, un caractère hybride, tantôt celui d'une peine, tantôt celui d'une mesure de police et de sûreté². Il s'agit en outre d'une sanction à caractère réel et impersonnel, ce qui explique qu'elle s'attache à l'objet du délit, abstraction faite de son auteur³. Ce dernier peut ainsi être inconnu, décédé ou en fuite, sans que ces circonstances ne fassent obstacle au prononcé de la mesure⁴ contre les héritiers⁵. Celle-ci peut même être maintenue en cas de relaxe ou d'acquiescement⁶. Cette solution a été retenue en matière d'armes prohibées⁷, de produits stupéfiants⁸ ou de denrées alimentaires falsifiées, sans que la jurisprudence n'avance vraiment de fondement légal ou même juridique⁹. Pour les juges, il s'agissait en tout état de cause d'une « *mesure de police* »¹⁰ ou d'une « *mesure d'ordre public* »¹¹, voire d'une « *mesure de police et de sûreté* »¹².

¹ V. not. Cass. crim., 13 nov. 1931, *Bull. crim.*, n° 255, *DH*, 1932, p. 7, *S.* 1934, I, p. 153, note Huguenev ; Cass. crim., 5 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 109, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, p. 445 ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, t. II : le procès, la sanction, 3^e éd., Sirey, 1992, n° 38.

² Sur la nature juridique de la confiscation spéciale, v. plus en détail *infra*, n° 482.

³ La Cour de cassation a, en effet, affirmé que « *la confiscation n'a[vait] rien de personnel, [qu']elle affect[ait] l'objet de fraude, abstraction faite du propriétaire* » : Cass. crim., 16 déc. 1898, *S.* 1899, I, p. 529, note Roux. Les mesures de sûreté, selon qu'elles s'attachent à une personne ou à un objet, peuvent être classées en réelles et personnelles : v. *infra*, n° 443 s.

⁴ Cass. crim., 8 juil. 1841, *Bull. crim.*, n° 204, p. 326 ; Cass. crim., 16 déc. 1898, *S.* 1899, I, p. 529 (2^e esp.), note Roux ; Cass. crim., 27 févr. 1925, *BCI*, 1925, 20, *Bull. crim.*, n° 78 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1956, *Bull. crim.*, n° 215 ; Cass. crim., 12 déc. 1973, n° 72-93742, *Bull. crim.*, n° 461, p. 115 ; *RJCI*, p. 132.

⁵ Cass. crim., 9 déc. 1813, *Bull. crim.*, n° 258, p. 624 ; Cass. crim., 16 déc. 1898, *BCI*, 1899, p. 322 ; Cass. crim., 4 juin 1910, *BCI*, p. 56 ; Cass. crim., 28 mars 1914, *Bull. crim.*, n° 176 ; Cass. crim., 7 janv. 1921, *Bull. crim.*, n° 6 ; Cass. crim., 29 nov. 1929, *Bull. crim.*, n° 266 ; Cass. crim., 9 oct. 1940, *BCI*, 1941, 3 ; Cass. crim., 3 mars 1949, *RJCI*, 6, p. 13 ; Cass. crim., 16 mars 1950, *RJCI*, 13, p. 35 ; Cass. crim., 23 juil. 1953, *RJCI*, 30, p. 78 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1956, *Bull. crim.*, n° 215 ; Cass. crim., 14 janv. 1959, *RJCI*, 39, p. 67 ; Cass. crim., 18 mai 1960, *Bull. crim.*, n° 271, p. 556 ; Cass. crim., 2 nov. 1960, *RJCI*, 74, p. 217 ; Cass. Ch. réun., 26 avril 1961, *Bull. crim.*, 223, p. 426 ; Cass. crim., 12 déc. 1973, *préc.* ; Cass. crim., 9 mars 1992, *Bull. crim.* n° 104, p. 270.

⁶ Cass. crim., 3 juin 1813, *Mém. des Cl.*, vol. 10, p. 63 ; Cass. crim., 3 janv. 1857, *S.* 1857, II, p. 398 ; Cass. crim., 12 juil. 1860, *Bull. crim.*, n° 156, *S.* 1860, I, p. 1017 ; Cass. crim., 6 nov. 1885, *Bull. crim.*, n° 295, p. 472 ; Cass. crim., 8 nov. 1889, *Bull. crim.*, n° 330, p. 521, Cass. crim., 26 oct. 1906, *BCI*, 24, p. 124 ; *Bull. crim.*, n° 386, p. 706 ; Cass. crim., 24 oct. 1913, *Bull. crim.*, n° 458, p. 878 ; Cass. crim., 8 juin 1917, *Bull. crim.*, n° 140, p. 238 ; Cass. crim., 25 mars 1936, *BCI*, 10, p. 145 ; Cass. crim., 19 mai 1943, *RJCI*, 35, p. 35 ; Cass. crim., 22 avr. 1959, *RJCI*, 45, p. 139.

⁷ Cass. crim., 30 avr. 1996, *Gaz. Pal.*, 1996, II, chron. crim. 139.

⁸ Cass. crim., 22 mai 1997, n° 96-83014, *Bull. crim.*, n° 199 ; *RSC*, 1998, p. 97, obs. B. Bouloc. V. aussi B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 619, p. 494.

⁹ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s. V. aussi H. Matsopoulou, « La confiscation dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1995, p. 301.

¹⁰ Cass. crim., 10 déc. 1904, *Bull. crim.*, n° 528.

¹¹ Cass. crim., 29 janv. 1914, *Bull. crim.*, n° 64 ; Cass. crim., 16 janv. 1920, *préc.*

¹² Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *Bull. crim.*, n° 183, p. 452 ; *Gaz. Pal.*, 1977, 2, p. 476 ; *RSC*, 1978, p. 620, obs. J. Larguier. Il est à noter, cependant, qu'en d'autres circonstances, la confiscation a été considérée comme une peine principale, faisant par son addition avec une autre peine obstacle au bénéfice de l'amnistie : Cass. crim., 14 déc. 1982, n° 81-90682, *Bull. crim.*, n° 290, à propos de la confiscation prévue par l'article 7 de la loi du

Le principe de personnalité ne trouve pas non plus à s'appliquer en matière de fermeture d'établissement, cette « *mesure de sûreté et de police* »¹ pouvant être prononcée à l'encontre du propriétaire d'un « *établissement trouvé en délit* », alors même qu'il ne serait pas en cause comme pénalement ou civilement responsable². Pour les juges, cette mesure à caractère réel qui affecte l'établissement même, en quelques mains qu'il soit, est encourue par le fait seul qu'une infraction à la loi a été commise³.

En toute logique, les mesures de sûreté devraient, elles aussi, être soumises au principe de personnalité de la sanction, d'autant plus qu'elles prennent en considération moins les faits commis que l'état dangereux de l'auteur. Néanmoins, il est vrai que la confiscation spéciale et la fermeture d'établissement, mesures de sûreté réelles, présentent la particularité de concerner avant tout un objet, ce qui peut justifier de faire abstraction des droits du propriétaire et de sa responsabilité pénale. L'atteinte qui est portée au principe de personnalité de la peine⁴ s'explique donc par leur finalité préventive couplée à leur caractère réel.

199. Exclusion du bénéfice des anciennes circonstances atténuantes. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la chambre criminelle employait parfois la notion de « *mesures de sûreté et de police* » pour écarter certaines mesures du bénéfice des circonstances atténuantes. C'est même à ce sujet qu'elle a rendu l'une de ses premières décisions recourant à la notion de mesure de sûreté. Elle a en effet jugé le 23 septembre 1837 que la surveillance de la haute police était, « *à l'égard du délit de mendicité et de vagabondage, une mesure de sûreté générale déterminée par la nature particulière de ces délits, et qui [devait] être prononcée dans tous les cas, nonobstant la disposition de l'article 463 du Code pénal* »⁵.

Le même régime valait pour la confiscation⁶ et la fermeture définitive d'établissement qui continuaient à s'appliquer lorsque la peine correctionnelle avait été réduite à une peine de police – ce qui devait normalement avoir pour conséquence l'exclusion des peines complémentaires qui étaient la qualification légale des mesures en question. La suspension du permis de conduire, qualifiée de mesure de police et de sécurité publique, a, elle aussi, été

25 juin 1841 modifiée réglementant les ventes aux enchères publiques, et de la loi du 16 juillet 1974 portant amnistie reprise par la loi du 4 août 1981.

¹ Cass. crim., 24 mars 1966, n° 65-91460, *Bull. crim.*, n° 113.

² Cass. crim., 7 mars 1918 ; Cass. crim., 20 janv. 1960, *JCP*, 1960, II, p. 11774, note Legeais, *D.* 1960, 221, note J.M.R. ; Cass. crim., 21 janv. 1969, n° 68-90405, *Bull. crim.*, n° 39.

³ Cass. crim., 16 mars 1965, n° 64-91596, *Bull. crim.*, n° 78.

⁴ V. R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. II, 3^e éd., Paris, 1913-1924, n° 647 et s.

⁵ Cass. crim., 23 sept. 1837, *Bull. crim.*, n° 291.

⁶ Cass. crim., 7 juil. 1854, *Bull. crim.*, n° 218, *S.* 1854, I, p. 741. *RSC*, 1953, chr., p. 91.

soustraite à l'application des circonstances atténuantes¹, tout comme l'interdiction de séjour – la Cour affirmant, selon une formule générale, que « *l'article 463 [de l'ancien Code pénal] ne s'appliqu[ait] pas aux peines complémentaires ni aux mesures de police et de sûreté* »², sans toutefois préciser si l'interdiction de séjour relevait des premières ou des secondes.

Il ressort de ces arrêts que la Cour de cassation, en décelant la spécificité de certaines sanctions, reconnaissait qu'il s'agissait en réalité de mesures de sûreté devant, de ce fait, être détachées de toute idée de culpabilité³.

200. Exclusion de l'exigence de proportionnalité à l'infraction commise. La qualification de mesure de sûreté a également été retenue pour l'interdiction professionnelle découlant de l'article 131-27 du Code pénal, plus précisément pour la peine complémentaire d'interdiction définitive d'exercer une profession médicale. La Cour a ainsi affirmé que cette peine constituait une mesure de sûreté ayant pour objet de prévenir tout risque de récidive⁴, pour en conclure que la sanction prononcée n'était pas disproportionnée à la gravité des crimes pour lesquels l'accusé avait été condamné. La solution est logique car les mesures de sûreté ne doivent pas être proportionnées à l'infraction commise mais à la dangerosité de l'auteur de celle-ci. Il y a toutefois une contradiction sémantique à affirmer que cette « peine » est une « mesure de sûreté ». Rappelons, à ce titre, que si les mesures de sûreté « doivent, elles aussi, être "proportionnelles", la mesure de ce caractère n'est pas trouvée dans la gravité de la faute passée d'un citoyen »⁵ mais dans « *la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle* »⁶. Ces mesures doivent, par conséquent, être proportionnées à la dangerosité de l'auteur⁷, ce que la Haute juridiction semble ainsi reconnaître.

201. Exclusion de l'exigence de motivation spéciale. En matière procédurale, la qualification de « mesure de police et de sûreté » a une influence sur les principes applicables,

¹ Cass. crim., 25 mars 1965, n° 64-90805, *Bull. crim.*, n° 88 ; Cass. crim., 14 févr. 1968, n° 67-92249, *Bull. crim.*, n° 46 ; Cass. crim., 25 janv. 1977, n° 76-91726, *Bull. crim.*, n° 33, p. 79.

² Cass. crim., 2 juin 1987, n° 86-96139, *Bull. crim.*, n° 233, p. 640.

³ Pourtant, la solution inverse a été retenue à l'égard de l'interdiction des droits civiques (Cass. crim., 14 janv. et 2 déc. 1954, *RSC*, 1955, chr. Légal, p. 676) et de l'interdiction d'exercer une fonction publique (Cass. crim., 7 juil. 1954, *S.* 1954, I, p. 741), mesures qui, par leurs caractéristiques, s'apparentent à des mesures de sûreté.

⁴ Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *JurisData* n° 2008-045226; *Dr. pén.*, 2009, chron. 3, n° 11, obs. Peltier.

⁵ J.-H. Robert, « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », *JCP G*, n° 1, 10 janv. 2011, p. 15 ; É. Camous, « Peines criminelles et correctionnelles. – Confiscation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-21 et 131-21-1, Fasc. 20, 15 sept. 2011, n° 17.

⁶ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 13.

⁷ Sur l'application du principe de proportionnalité aux mesures de sûreté, v. *infra*, n° 649 s.

la Cour de cassation ayant jugé que la suspension du permis de conduire n'était pas soumise à l'exigence de motivation spéciale car l'existence de l'infraction justifie en elle-même l'application de la mesure¹. La décision spéciale d'assortir une peine d'une période de sûreté ne nécessite pas non plus de motivation².

202. Exclusion de l'imputation sur la peine. Il arrive que la jurisprudence se fonde sur l'organe prononçant la mesure pour décider de sa qualification. La fermeture d'établissement a ainsi été qualifiée de mesure de sûreté destinée à mettre fin au trouble social causé par l'infraction, lorsqu'elle est ordonnée à titre provisoire, pour trois mois, par le juge d'instruction, sur le fondement de l'article 335-4, 1^o de l'ancien Code pénal³ (nouvel article 706-36 CPP). Elle a, au contraire, été qualifiée de peine complémentaire obligatoire lorsqu'elle est ordonnée pour un an par la juridiction de jugement sur le fondement de l'ancien article 335-1 (nouvel article 225-22 CP)⁴. La Cour d'appel de Paris a ajouté que, s'agissant de mesures de nature différente – l'une prise au titre du contrôle judiciaire et l'autre prononcée ultérieurement dans la même poursuite – la fermeture provisoire de trois mois ne pouvait s'imputer sur celle d'un an⁵. La même solution a été retenue en matière de suspension du permis de conduire, la confusion n'étant pas admise⁶.

Il arrive néanmoins que la position de la jurisprudence sur la soumission des mesures de sûreté au régime de la peine soit plus nuancée.

3. La soumission nuancée des mesures de sûreté au régime de la peine

203. Position nuancée en matière de non-cumul de la sanction. Concernant le principe du non-cumul des peines de même nature, la jurisprudence est nuancée. La confiscation en matière de contributions indirectes est soumise au principe, la Cour de cassation ayant décidé que « *cette mesure ne [pouvait] être prononcée qu'une fois pour un même objet de fraude, même si plusieurs infractions ont été relevées et quelle que soit la modalité, réelle ou fictive,*

¹ Cass. crim., 3 déc. 1963, n° 62-92138, *Bull. crim.*, n° 343 ; Cass. crim., 25 janv. 1977, n° 76-91726, *préc.* ; Cass. crim., 20 juin 1963, n° 62-91709, *Bull. crim.*, n° 215.

² Cass. crim., 16 mars 1992, n° 91-81714.

³ Article abrogé par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, en vigueur au 1^{er} mars 1994.

⁴ CA Paris, 13 avr. 1972, *JCP G*, 1973, II, p. 17477, note P.M.B.

⁵ *Ibid.*

⁶ CA Paris, 28 mars 1973, *JCP G*, 1974, II, 17594 ; *RSC*, 1974, p. 350, note J. Larguier.

de la saisie opérée »¹. Il en va de même de la confiscation obligatoire d'objets dangereux qui ne peut d'ailleurs, en toute logique, être opérée qu'en nature². Cela fait obstacle à ce qu'un objet confisqué en nature fasse en plus l'objet d'une confiscation en valeur.

En présence d'autres mesures, la règle du non-cumul est toutefois écartée, même lorsque les juges retiennent la qualification de « peines accessoires ou complémentaires ». On peut, à ce titre, citer un certain nombre de décisions relatives à l'interdiction de séjour³, à la confiscation⁴, à l'affichage et l'insertion dans les journaux⁵, qui n'ont pas fait application du principe selon lequel la peine la plus forte absorbe la plus faible⁶. La Cour a même eu l'occasion d'affirmer expressément que « l'interdiction du cumul des peines ne [s'étendait] pas aux peines accessoires ou complémentaires » à propos de la relégation⁷, ainsi que de la publication et de l'affichage prévue pour le délit de banqueroute⁸.

Plus récemment, la Cour de cassation a pris le soin de préciser que le principe du non-cumul des peines ne s'appliquait qu'aux « sanctions pénales », et ne s'étendait donc pas aux interdictions professionnelles⁹. Cet arrêt ne donne toutefois pas davantage d'indications sur ce qu'entend la Cour par « sanction pénale », ni sur la solution générale à retenir pour les mesures de sûreté, l'interdiction professionnelle ayant en l'espèce été prononcée à titre de sanction disciplinaire¹⁰.

204. Position nuancée en matière de dispense de peine. La Cour a jugé que la confiscation des instruments de pesage faux ou inexacts, prévue par l'article 6 de la loi du 1^{er} août 1905¹¹, constituait une mesure de police et de sûreté à caractère réel qui se trouvait, dès lors, exclue du champ d'application de l'article 469-2 ancien du Code de procédure pénale sur

¹ Cass. crim., 19 mars 1990, n° 89-81140, *Bull. crim.*, n° 120, p. 309 ; Cass. crim., 6 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 92 ; Cass. crim., 5 juin 1997, *Bull. crim.*, n° 227 ; *RSC*, 1998, p. 318, obs. B. Bouloc.

² Cass. crim., 21 mars 1996, *Bull. crim.*, n° 127 ; *Dr. pén.*, 1996, p. 214, obs. J. Véron ; *RSC*, 1997, p. 374, obs. B. Bouloc ; Cass. crim., 22 mai 1997, n° 96-83014, *préc.* ; Cass. crim., 1^{er} oct. 1998, *Dr. pén.*, 1999, p. 57, obs. J.-H. Robert.

³ Cass. crim., 26 déc. 1912, *S. Som.* 1913, I, p. 48 ; Cass. crim., 13 juin 1960, *D.*, 1960, *Som.* 107.

⁴ Cass. crim., 1^{er} mars 1917, *S. Som.* 1917, I, 15 ; Cass. crim., 13 mars 1856, *S.* 1856, I, p. 625 ; Cass. crim., 30 oct. 1947, *D.*, 1948, I, p. 43, *RSC*, 1948, chr. J. Magnol, p. 73.

⁵ Cass. crim., 23 janv. 1963, *Bull. crim.*, n° 41.

⁶ V. sur ce point R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 194.

⁷ Cass. crim., 14 nov. 1962, *Bull. crim.*, n° 324 ; Cass. crim., 23 janv. 1963, n° 62-92357, *Bull. crim.*, n° 41.

⁸ Cass. crim., 12 sept. 1846, *S.* 1846, I, p. 862.

⁹ Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 12-87558, *JurisData* n° 2014-002716, *Dr. pén.*, n° 4, avr. 2014, comm. 68, V. Peltier.

¹⁰ Un auteur considère toutefois que le cumul des différentes sanctions en présence avait été admis puisque l'une est disciplinaire, l'autre pénale ; alors que les sanctions pénales soumises au non-cumul comprennent les peines et les mesures de sûreté : V. Peltier, « Interdiction professionnelle et principe du non-cumul des peines », *Dr. pén.*, n° 4, avr. 2014, comm. 68.

¹¹ Art. L. 216-2 C. consom.

la dispense de peine¹. Au contraire, cette dernière a été jugée applicable à la confiscation des marchandises mises en vente, prévue par l'article 2 de la loi du 30 décembre 1906 réglementant les ventes au déballage, cette confiscation étant une peine sanctionnant à titre principal toute contravention à la loi, et non une mesure de police et de sûreté². La qualification de peine a donc été retenue pour la confiscation des marchandises mises en vente, alors que la confiscation des instruments de pesage faux ou inexacts constitue, selon les Hauts magistrats, une mesure de police et de sûreté à caractère réel. Il est difficile de suivre le raisonnement de la Cour qui retient deux qualifications différentes pour des mesures très semblables.

L'inscription au FIJAISV, mesure de sûreté d'application automatique qui résulte de plein droit de la décision de condamnation, a également été exclue par la jurisprudence du bénéfice de la dispense de peine³. Cette solution n'est toutefois pas applicable dans l'hypothèse où la peine encourue est égale ou inférieure à cinq ans, la mesure n'étant, dans ces cas, pas obligatoire⁴. Or il y a quelque contradiction à affirmer qu'il s'agit d'une mesure de sûreté mais qu'elle peut, dans certains cas, bénéficier d'une dispense qui, comme l'indique son nom, ne devrait s'appliquer qu'aux peines.

205. Propos conclusifs. Si la jurisprudence judiciaire en matière de mesures de sûreté est foisonnante, elle est aussi malaisée à systématiser car les solutions sont adoptées au coup par coup, par touches successives. Il est par conséquent difficile de repérer un fil conducteur dans cette jurisprudence qui n'obéit pas à une théorie générale sur les mesures de sûreté.

B. L'absence de théorie judiciaire générale sur les mesures de sûreté

206. Reconnaissance progressive des mesures de sûreté du fait de la jurisprudence. Si la loi française se montre réticente à reconnaître la notion de mesure de sûreté⁵, il en va différemment de la jurisprudence qui, au contraire, a spontanément distingué ces mesures des peines proprement dites, les reconnaissant de manière implicite ou explicite. S'écartant

¹ Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *préc.*

² Cass. crim., 6 nov. 1984, *Bull. crim.*, n° 337; *RSC*, 1985, p. 585, obs. J. Pradel.

³ Cass. crim., 16 janv. 2008, n° 07-82115, *Bull. crim.*, n° 12, p. 42 ; Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87570, *Bull. crim.*, n° 35.

⁴ Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *préc.*

⁵ V. *supra*, n° 108.

fréquemment de la qualification légale, la jurisprudence est, de ce fait, à l'origine des règles applicables à ces mesures, à défaut de réglementation législative.

Le fait pour la chambre criminelle d'avoir eu recours, dans un premier temps, à l'expression de « mesure de police et de sécurité » ou de « sûreté publique », en évitant celle plus sobre de « mesure de sûreté », pouvait être analysée par la doctrine comme constituant une « preuve d'indépendance », traduisant vraisemblablement le souci de ne pas reprendre exactement la notion doctrinale de mesure de sûreté avec l'ensemble des conséquences qui en découlent¹. Pour le professeur Rebut, la « différence d'expression traduisait une réelle dualité de notion, la mesure de police et de sécurité étant une version réduite de la mesure de sûreté qui n'en empruntait pas tous les caractères » et n'avait donc pas la même portée². De ce point de vue, l'emploi de la notion de « mesure de sûreté » à proprement parler était donc une véritable nouveauté dans l'arrêt du 26 novembre 1997³. Le vocabulaire judiciaire s'était alors aligné sur la notion doctrinale, sans pour autant qu'il ait fallu y voir « le signe d'une adhésion sans limite à la notion et à l'ensemble de ses conséquences »⁴.

207. Dérogation nuancée au régime des peines. Le professeur Rebut a encore fait remarquer que « la nouvelle dénomination de "mesure de sûreté" conférée aux interdictions s'accompagn[ait] [...] d'une véritable modification jurisprudentielle dans la motivation de l'absence d'application du principe de la non-rétroactivité des lois pénales à ces mêmes mesures »⁵. Le recours à la notion de mesure de sûreté permet, par conséquent, à la Cour de cassation de contourner des principes constitutionnellement garantis, l'auteur critiquant le fait, en l'absence de distinction légale, « de sélectionner parmi les sanctions pénales entre celles qui sont pénales et celles... qui ne le sont pas »⁶.

¹ D. Rebut, « Le retour des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 495 s.

² *Ibid.*, p. 495 s.

³ Cass. crim., 26 nov. 1997, n° 96-83792, *Bull. crim.*, n° 404, p. 1339 ; *D.*, 1998, Jur. 495, note D. Rebut ; *RSC*, 1998, p. 539, obs. B. Bouloc.

⁴ D. Rebut, « Le retour des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 495 s.

⁵ *Ibid.* En effet, la qualification de « mesure de police ou de sécurité publique » n'avait, auparavant, jamais été employée pour justifier l'éviction des interdictions du domaine de la non-rétroactivité des lois pénales, mais leur application rétroactive avait été attachée à la permission du texte prévoyant l'interdiction. La jurisprudence ne s'écartait donc pas des prévisions légales en la matière et n'instaurait pas une exception découlant de la nature juridique des interdictions. Il doit être précisé que si les lois en cause n'avaient pas expressément mentionné que les interdictions étaient d'application immédiate, l'intention du législateur en ce sens découlait des travaux préparatoires. Le silence du législateur avait alors été ressenti comme une approbation, dès lors qu'il avait connaissance de la jurisprudence rendue sur l'interdiction d'exercer la profession bancaire au moment où il avait introduit les autres interdictions. Les lois en question avaient d'ailleurs été adoptées à une époque où le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère n'avait pas de valeur constitutionnelle.

⁶ *Ibid.*

Le professeur Pradel estime que la jurisprudence opère une distinction selon l'importance de l'atteinte causée à la personne et de sa portée au regard de l'intérêt général¹. Ainsi, les arrêts vont dans le sens de la rétroactivité de la mesure lorsque l'atteinte à la personne est modérée alors que l'intérêt général est manifestement impliqué, tandis que l'application immédiate est refusée si la gravité de l'atteinte est plus importante que le bénéfice escompté pour la sécurité publique. Une telle analyse, « pas toujours scientifique » de l'aveu même de l'auteur², semble toutefois devoir être nuancée, car les décisions analysées ne semblent pas obéir systématiquement à des considérations aussi cohérentes³.

Devant le vide législatif, la Cour a été amenée à dégager des solutions mesure par mesure, si bien que le régime élaboré est encore largement inachevé. La jurisprudence de la Cour a pu être qualifiée d'ésotérique par un auteur qui estime qu'elle pourrait « faire preuve de plus de cohérence en déclarant l'article 7 § 1 Conv. EDH applicable aux mesures de sûreté, *quelle que soit leur forme* »⁴.

208. Raisonnement utilitariste. Les mesures de sûreté provoquent certaines hésitations de la part des juges, tant il est vrai qu'elles occupent une place incertaine en droit positif.

S'il est admis par la doctrine que « la jurisprudence veille à se séparer du régime des peines toutes les fois qu'elle considère la sanction comme participant de la nature d'une mesure de sûreté »⁵, il semblerait, en réalité, que la Cour de cassation adopte parfois le raisonnement inverse, consistant à qualifier une sanction de mesure de sûreté lorsqu'elle souhaite la soustraire au régime des peines. Aussi, on observe que les qualifications retenues et le régime élaboré relèvent davantage de l'opportunité que de la rigueur juridique. Les décisions analysées montrent que le concept de mesure de sûreté est souvent instrumentalisé afin d'écarter le régime de la peine, sans pour autant que l'on puisse décerner une logique

¹ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 191, p. 164. De manière comparable, un auteur estime que « c'est dans un souci de protection de la liberté individuelle que la Cour de cassation récuse la notion de mesure de sûreté lorsque la mesure se traduit par une privation de liberté » : R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 191.

² *Ibid.*

³ V. *supra*, n° 193 s.

⁴ D. Roets, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, p. 1991. L'auteur ajoute que « ce qui étonne dans cette jurisprudence, c'est la confusion opérée entre la nature *formelle* des mesures en cause et leur nature *réelle*. Il faut en effet rappeler que, contrairement à ce que suggère la Cour de cassation, la mesure de sûreté ne s'oppose pas à la peine complémentaire ; simplement, au gré des vents législatifs, elle revêt alternativement les habits de la peine complémentaire ou de la peine accessoire ». Notons toutefois que la Cour de cassation, dont la jurisprudence manque certes de cohérence, ne se range pas toujours simplement derrière la qualification légale, mais s'en écarte au contraire fréquemment, comme il ressort de la présente étude.

⁵ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

permettant de dégager une théorie générale. Il n'est en effet pas possible de déduire des arrêts étudiés des critères constants sur lesquels se fonde la jurisprudence lorsqu'elle opte en faveur de la qualification de mesure de sûreté.

209. Manque de cohérence de la jurisprudence. En somme, on peut déduire de l'analyse de la jurisprudence que l'attitude des juges vis-à-vis des mesures de sûreté est très nuancée. Si leur existence est reconnue par la Cour de cassation, celle-ci ne leur accorde pas une grande place. Tout d'abord, les juges changent fréquemment de vocabulaire et n'emploient que rarement le terme exact de « mesure de sûreté », ce qui accroît l'incertitude sur leur existence. Après l'avoir utilisé au XIX^e siècle¹, la Cour de cassation a longtemps répugné à employer ce mot, lui préférant des expressions comme « mesure d'ordre public » ou « mesure de police et de sécurité », avant de le consacrer à nouveau dans l'arrêt du 26 novembre 1997 relatif aux interdictions professionnelles². De surcroît, il arrive que la Cour retienne, à l'égard d'une seule et même mesure, d'abord la qualification de peine, puis celle de mesure de sûreté³, ou encore les deux à la fois dans des expressions maladroitement⁴, sans plus d'explication sur le fond des qualifications retenues. Tantôt la Cour s'en tient à la qualification légale, tantôt elle rejette cette analyse formelle pour écarter l'application de certaines règles régissant les peines aux sanctions qu'elle analyse comme des mesures de sûreté⁵.

En s'abstenant de systématiser les règles applicables aux mesures qu'elle identifie comme étant des mesures de sûreté, la jurisprudence limite considérablement l'étendue et les incidences juridiques de cette notion. La chambre criminelle semble créer un régime sur mesure pour chaque sanction soumise à son analyse, choisissant la qualification en fonction du régime souhaité. Ses critères de qualification juridique des différentes sanctions pénales

¹ Cass. crim., 23 sept. 1837, *Bull. crim.*, n° 291.

² V. B. Bouloc, « Les incapacités professionnelles sont des mesures de sûreté », *RSC*, 1998, p. 539 s.

³ V. au sujet des mesures applicables aux personnes irresponsables (*supra*, n° 196) ; au sujet de la suspension et de l'annulation du permis de conduire, v. les qualifications divergentes retenues en matière de non-rétroactivité et d'amnistie (*supra*, n° 195 et 197).

⁴ Comme par exemple en matière de fermeture d'un débit de boissons, en affirmant que « cette peine complémentaire, qui constitue une mesure de police et de sécurité publique » : Cass. crim., 10 mai 1989, n° 88-86285, *préc.* On peut encore citer la qualification par la Cour de l'interdiction définitive d'exercer une profession médicale, en exprimant que « cette peine, prévue par l'article 131-27 du code pénal, constitue une mesure de sûreté ayant pour objet de prévenir tout risque de récidive » : Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *JurisData* n° 2008-045226; *Dr. pén.*, 2009, chron. 3, n° 11, obs. Peltier.

⁵ Notons qu' l'inverse, il arrive que la Cour s'oppose ouvertement à la qualification légale de « mesure de sûreté » et opte pour celle de « peine », avec pour conséquence l'application du régime des peines : pour les mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées irresponsables pour cause de trouble mental : Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *préc.* V. *supra*, n° 196.

paraissent, de ce fait, avant tout opportunistes. Elle ne fait pas preuve de cohérence lorsqu'il s'agit de déterminer les principes applicables aux mesures de sûreté et semble, au contraire, raisonner au cas par cas. Cette incohérence fait obstacle à la prévisibilité qui serait pourtant souhaitable en matière de sanctions pénales.

210. Appréciation critique de cette jurisprudence. Le fait de faire échapper à l'amnistie ou au principe de non-rétroactivité bon nombre de sanctions est critiqué par les auteurs qui estiment, d'une part, que cela entraîne une violation de la loi, et, d'autre part, que la jurisprudence « semble mal fondée à qualifier certaines de ces peines de mesures de sûreté »¹, seules les mesures éducatives applicables aux mineurs délinquants devant être qualifiées comme telles. Une telle position semble cependant discutable, les mesures en cause ayant pour but principal de lutter contre la dangerosité des délinquants et le juge étant, de ce fait, autorisé à « renoncer à tout lien logique entre l'infraction et la sanction »².

Le professeur Rebut considère que « la Chambre criminelle ne saurait être juge de la véritable nature d'une sanction pénale sauf à s'ériger en correcteur de l'action législative »³. À ce titre, il est intéressant d'observer que la jurisprudence relative à l'amnistie était tenue pour acquise par le ministre de la Justice⁴ qui prescrivait aux parquets de l'appliquer, notamment dans sa circulaire du 20 juillet 1988, relative à la loi d'amnistie n° 88-828 du 20 juillet 1988, aux termes de laquelle « la loi ne revient pas sur la notion de mesure de police et de sécurité publique dégagée par la jurisprudence et ayant pour effet d'exclure du bénéfice de l'amnistie certaines peines complémentaires ou accessoires »⁵. C'est ainsi que la chambre criminelle a expressément jugé, à propos de la fermeture d'un débit de boissons, que « *cette peine complémentaire, qui constitue une mesure de police et de sécurité publique, échapp[ait], à ce titre, à l'amnistie par voie de conséquence prévue par l'article 19, alinéa 1er, de la loi*

¹ A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, PUAM, 2005, n° 19, p. 36.

² J. Languier, *Criminologie et science pénitentiaire*, 10^e éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2005, p. 228.

³ D. Rebut, « Le retour des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 495 s.

⁴ Rép. min. M. Longuet, *JOAN*, 24 nov. 1980, p. 4941 ; cité par B. Mercadal, « L'amnistie des interdictions professionnelles », *D.*, 1993, p. 141 s.

⁵ *J.O.*, 21 juil. 1988, p. 9440. Cette circulaire précisait que si le législateur avait pris le soin de se prononcer expressément sur deux types de sanctions (la faillite personnelle et son corollaire, l'interdiction d'exercer une profession ou de prendre part à la direction d'une société (art. 20 de la loi), ainsi que l'interdiction de pénétrer ou de séjourner sur le territoire français (art. 19, al. 4 de la loi)), c'était afin de s'assurer que ces mesures ne seraient pas effacées. Comme le souligne un auteur, « [la circulaire] ne saurait donc être interprétée comme signifiant *a contrario* que toutes les autres mesures de sûreté sont amnistiables et ce, d'autant plus que l'interprétation *a contrario* de l'art. 19, al. 3, toujours de la même loi, spécifiant que l'amnistie s'applique à la suspension du permis de conduire, a pour résultat de faire tenir pour non amnistiables toutes les autres mesures de sûreté » : B. Mercadal, « L'amnistie des interdictions professionnelles », *art. cit.*, p. 141 s.

susvisée »¹. Notons enfin que le Code pénal actuel semble avoir entériné cette solution en n'apportant pas de précision à ce sujet, et en disposant simplement que l'amnistie entraîne « *la remise de toutes les peines* » (article 133-9 CP), sans faire référence aux incapacités ou déchéances subséquentes, excluant par là même toutes les sanctions infligées par voie de conséquence, les mesures de sûreté comprises².

211. Propos conclusifs. Les qualifications et le régime retenus par la chambre criminelle paraissent en définitive incertains, instables et imprévisibles³, ne permettant pas de dégager des critères généraux en matière de mesures de sûreté. Si la jurisprudence semble reconnaître plus facilement l'existence des mesures de sûreté que le législateur, l'ambivalence des solutions adoptées ne permet pas de clarifier la matière. L'analyse de la jurisprudence conduit au constat qu'il existe indubitablement des mesures de sûreté en droit positif français mais que le juge ne s'embarrasse pas d'une réflexion cohérente à leur sujet. L'élaboration de lignes directrices serait certainement préférable au raisonnement opportuniste, voire parfois *contra legem*, de la Haute Cour. Néanmoins, son raisonnement peut aisément s'expliquer par le désordre législatif qui règne en la matière. Il présente d'ailleurs le mérite de mettre en lumière les inconvénients liés à une reconnaissance inaboutie des mesures de sûreté, pouvant éventuellement donner l'impulsion au législateur de se saisir de la question.

Si la jurisprudence judiciaire manque nettement de cohérence en ce qui concerne les mesures de sûreté, il en va de même de la jurisprudence constitutionnelle. Celle-ci témoigne également d'un dualisme des sanctions pénales.

¹ Cass. crim., 10 mai 1989, n° 88-86285, *préc.* (fermeture d'un débit de boissons).

² B. Mercadal, « L'amnistie des interdictions professionnelles », *art. cit.*, p. 141 s.

³ En ce sens, v. J.-H. Robert, « L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier. Droit pénal et procédure pénale*, Grenoble, PUG, 1993, p. 241 s.

§ 2 : Le dualisme des sanctions pénales dans la jurisprudence constitutionnelle

212. Les mesures de sûreté ne sont pas ignorées du Conseil constitutionnel qui reconnaît leur existence (A), sans toutefois élaborer une théorie générale à leur sujet (B). En adoptant des qualifications et un régime sur mesure, sa jurisprudence paraît, à l'instar de celle de la Cour de cassation, quelque peu utilitariste.

A. L'existence des mesures de sûreté dans la jurisprudence constitutionnelle

213. Inconstance de la jurisprudence. Lorsque l'on analyse les décisions rendues par le Conseil constitutionnel à propos des mesures de sûreté, on s'aperçoit que celles-ci sont généralement opposées aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Avec ces mesures, c'est également la notion de dangerosité qui a fait irruption dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹. Si elles ont bel et bien leur place en droit français, chacune d'entre elles semble faire l'objet d'une approche particulière. Il convient, dès lors, d'identifier les mesures de sûreté que la Haute juridiction constitutionnelle reconnaît comme telles, en s'intéressant au sort qui leur est réservé.

214. Période de sûreté : qualification de « mesure de sûreté » et application du régime de la peine. La période de sûreté a, dans un premier temps, été qualifiée de modalité d'exécution de la peine par le Conseil², pour être, ensuite, appelée mesure de sûreté³. Ce faisant, il lui a néanmoins appliqué le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, ainsi que le principe de nécessité des sanctions découlant tous deux de l'article 8 de la Déclaration de 1789, estimant que ces principes s'étendaient aux mesures de sûreté qui assortissent la peine. Or, il y a une contradiction à reconnaître qu'il s'agit d'une mesure de sûreté et à lui appliquer, dans le même temps, le régime de la peine. N'employant que très rarement le terme de mesure de sûreté, le Conseil n'en tire visiblement pas toutes les conséquences. Le professeur van de Kerchove estime que cette décision « traduit seulement la volonté d'étendre exceptionnellement à cette mesure l'application d'une disposition

¹ V. Ch. Lazerges, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in : G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, op. cit., p. 79 s.

² Cons. const., 22 nov. 1978, déc. n° 78-98 DC, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, J.O. 23 nov. 1978, p. 3928 ; JCP G, 1980, II, 19309, note Nguyen Quoc Vinh.

³ Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*, cons. 9 et 10.

constitutionnelle qui ne vise textuellement que les peines », sans pour autant remettre en question la qualification retenue par le législateur¹. Or c'est précisément ce que fait le Conseil en baptisant la période de sûreté « mesure de sûreté » en dépit du silence de la loi.

215. Inscription au FIJAISV : qualification de « mesure de police » et rétroactivité.

L'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes a été qualifiée de « *mesure de police* »² et considérée par voie de conséquence comme n'étant pas soumise au principe de nécessité des peines découlant de l'article 8 de la DDHC. Si cette solution paraît logique sur le fond, on peut toutefois se demander pourquoi le Conseil n'a pas adopté le même vocabulaire que le législateur, dès lors que celui-ci affirme clairement que toute personne dont l'identité est enregistrée dans le fichier est astreinte, « à titre de mesure de sûreté », aux obligations prévues par la loi³. Pourquoi s'écarter de la terminologie légale au profit de la notion de « mesure de police », alors que le Conseil avait spontanément eu recours à la notion de « mesure de sûreté » à propos de la période de sûreté ? La nature de mesure de sûreté de l'inscription au FIJAISV ne fait aucun doute, tant au regard de ses finalités exclusivement préventives que de ses caractéristiques uniquement sécuritaires : elle ne comporte aucun aspect resocialisateur. Son champ d'application, qui s'étend à des personnes non condamnées, conforte la qualification retenue⁴, ce qui explique sans doute également l'absence de débat sur la constitutionnalité de la mesure.

216. Surveillance judiciaire : qualification de « modalité d'exécution de la peine » et rétroactivité.

La surveillance judiciaire des personnes dangereuses a, elle, reçu l'appellation de « *modalité d'exécution de la peine* »⁵. Elle est pourtant qualifiée expressément de « *mesure de sûreté* » par la loi (article 723-29 CP). Reposant non sur la culpabilité du condamné mais sur sa dangerosité, ordonnée par la juridiction de l'application des peines dans le seul but de

¹ M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, p. 805.

² Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *J.O.* 10 mars 2004 (à propos de l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles) : *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, p. 47 ; *D.*, 2004, p. 1387, obs. J.-É. Schoettl ; *ibid.*, p. 1910, note B. de Lamy ; *ibid.*, p. 2756, obs. B. de Lamy ; *D.*, 2005, Pan. 1125, obs. Ogier-Bernaud et Severino ; *JCP G*, 2004, II, 10048, note J.-C. Zarka ; *RSC*, 2004, p. 725, note Ch. Lazerges ; *ibid.* 2005, p. 122, obs. V. Bück ; *LPA*, 26 juil. 2004, p. 9, note J.-É. Schoettl.

³ Art. 706-53-5 CPP.

⁴ Sur l'inscription au FIJAISV, v. plus en détail, *infra*, n° 352 s.

⁵ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.* Cette qualification découle sans doute de l'emplacement de la mesure au sein du Code de procédure pénale, à savoir dans un chapitre relatif à l'exécution des peines privatives de liberté. V. *supra*, n° 124.

prévenir la récidive, elle n'est, selon le Conseil, « *ni une peine ni une sanction* », ce qui la soustrait au principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. La mesure ne concerne pourtant que les personnes dangereuses condamnées pour une infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire, sans que celui-ci ait été prononcé¹, ou pour une infraction commise en état de récidive légale². La peine d'emprisonnement prononcée doit en outre être d'une certaine gravité (elle doit être supérieure ou égale à sept ans, dans le premier cas, cinq ans, dans le second)³. L'évaluation de la dangerosité semble, par conséquent, dépendre en grande partie de l'infraction commise, n'étant pas complètement détachée de la culpabilité du condamné. La surveillance judiciaire est, de plus, fondée sur les mêmes considérations que le suivi socio-judiciaire qui, lui, est qualifié de peine, ce qui « renforce l'impression que la qualification de mesure de sûreté ne constitue qu'une astuce destinée à éviter la censure tenant à la rétroactivité »⁴. La surveillance a en effet été créée pour contourner l'impossibilité de la rétroactivité du suivi socio-judiciaire.

Le fait que la mesure soit limitée à la durée des réductions de peine dont a bénéficié le condamné explique sans doute que le Conseil ait opté pour la qualification de modalité d'exécution de la peine. Néanmoins, la jurisprudence constitutionnelle manque de cohérence en s'écartant de la qualification légale de mesure de sûreté. S'il approuve les règles retenues par la loi, pourquoi opter pour une autre catégorie juridique ? Qui plus est, contrairement aux autres mesures d'aménagement ou d'exécution de la peine, la surveillance judiciaire est imposée au condamné et constitue une contrainte supplémentaire s'ajoutant à la peine déjà exécutée. Bien qu'il doive y consentir, on ne saurait parler d'une mesure de faveur, sollicitée par celui-ci et accordée en raison de sa bonne conduite ou de sa non-dangerosité.

Ainsi, par un raisonnement contradictoire, le Conseil constitutionnel retient le régime applicable aux mesures de sûreté pour des mesures qu'il renomme pourtant modalités d'exécution de la peine. Or cette dénomination n'impliquait-elle pas d'observer la règle de la non-rétroactivité des lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines, lorsqu'elles ont pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation (article 112-2, 3° CP) ? Certes, le Conseil n'est pas tenu par les dispositions de valeur législative. Mais n'a-t-il pas affirmé que les principes applicables aux peines

¹ Art. 723-36 CPP.

² Sur la surveillance judiciaire des personnes dangereuses, v. plus en détail, *infra*, n° 373 s.

³ Art. 723-29 CPP.

⁴ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.23, p. 669.

« s'étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent »¹, ce qui devrait valoir, a fortiori, pour les modalités d'exécution de la peine ?

217. PSEM : silence sur la nature et raisonnement confus. Les auteurs de la saisine du Conseil avaient concentré leur critique sur une autre mesure, le placement sous surveillance électronique mobile, qui peut être une modalité de la surveillance judiciaire. Sous l'intitulé « sur le placement sous surveillance électronique mobile », le Conseil a commencé par évoquer la surveillance judiciaire indépendamment du PSEM², avant de « glisser » sur celui-ci³, dont les sénateurs contestaient la qualification de mesure de sûreté. Sans même se prononcer sur cette question et alors même qu'il constatait que le PSEM était « dépourvu de caractère punitif »⁴, le Conseil l'a soumis au principe de rigueur nécessaire des mesures de contrainte. Il a considéré que le PSEM ne constituait pas une rigueur non nécessaire (conformément à l'article 9 DDHC), puisque, visant la prévention de la récidive dont le risque est élevé, il ne concerne que des auteurs d'infractions particulièrement graves. Les Hauts conseillers se sont également appuyés sur le régime de la surveillance judiciaire, et notamment sur le fait que le risque de récidive doit être constaté par une expertise médicale faisant apparaître la dangerosité du condamné, ainsi que sur l'existence d'un débat contradictoire avec l'assistance d'un avocat.

Ce raisonnement soulève quelques interrogations : « Le Conseil constitutionnel a-t-il validé la surveillance judiciaire des personnes dangereuses dès lors qu'elle était accompagnée d'un placement sous surveillance électronique mobile ? Surtout a-t-il validé le placement sous surveillance électronique mobile uniquement dans le cadre d'une surveillance judiciaire des personnes dangereuses, laissant dans le doute quant à ses différentes formes juridiques indépendantes de la surveillance judiciaire ? »⁵. Il semblerait que la surveillance judiciaire n'ait été envisagée par le Conseil que dans son interaction avec la surveillance électronique, les Hauts conseillers validant la rétroactivité de ces deux mesures d'un seul coup. En s'abstenant de préciser l'étendue de la validation constitutionnelle, le Conseil a approuvé le PSEM dans son ensemble, y compris dans les cas où sa durée dépasse celle des réductions de

¹ Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*

² Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 10 s.

³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.21, p. 668.

⁴ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 16 s. Rapp. CE, 1^{er} et 6^e ss-sect. 12 déc. 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 293993, *JurisData* n° 2007-072849, selon lequel le placement sous surveillance électronique mobile, susceptible d'être prononcé dans le cadre d'une surveillance judiciaire, ne constitue par lui-même ni une peine, ni une sanction au sens des stipulations de l'article 7 de la Convention européenne, mais constitue une « mesure d'exécution » de la peine prononcée.

⁵ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.21, p. 668.

peine. En effet, contrairement à la surveillance judiciaire, le PSEM peut être plus long que la peine d'emprisonnement à laquelle il vient s'ajouter, pouvant même devenir perpétuel dans le cadre de la surveillance de sûreté¹.

Enfin, on ne manquera de souligner que les mesures rattachées à la surveillance judiciaire, le PSEM notamment, ont ainsi reçu une application rétroactive qui leur avait été refusée dans le cadre du suivi socio-judiciaire, en raison de la nature de « peine » de celui-ci. Ce procédé législatif a valu, à la surveillance judiciaire, d'être considérée comme un substitut temporaire au suivi socio-judiciaire et ayant une espérance de vie limitée². Les « étiquettes juridiques » apposées sur des mesures au contenu identique déterminent le régime de celles-ci sans que le Conseil prenne toujours la peine de vérifier si la qualification légale est adéquate. Aussi, le régime retenu par le Conseil constitutionnel pour le PSEM est-il ambigu, puisque la mesure est à la fois soumise au principe de rigueur nécessaire, en principe propre aux peines, et à la rétroactivité propre aux mesures de sûreté.

218. Soustraction de certaines incapacités et interdictions à l'article 8 de la DDHC. Il arrive que le Conseil se contente d'affirmer qu'une mesure n'est « *ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition* », sans en donner d'autre qualification. Il en va ainsi de l'incapacité et de l'interdiction d'exploiter un débit de boissons prévues aux articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique³. Selon le Conseil, ces dispositions instituent une incapacité et une interdiction professionnelles qui ne sont pas soumises au principe de nécessité et d'individualisation des peines découlant de l'article 8 de la DDHC. Leur applicabilité de plein droit, sans avoir à être prononcées par la juridiction de jugement, ne pose donc pas problème pour les Hauts conseillers.

Dans une décision du 9 janvier 1980⁴, le Conseil avait décidé que les mesures d'expulsion constituaient des « *mesures de police auxquelles [étaient] assignés des objectifs différents de ceux de la répression pénale* » qui, par conséquent n'étaient pas soumises aux exigences de

¹ Sur le PSEM, v. plus en détail, *infra*, n° 377 s.

² V. p. ex. J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

³ Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons*, J.O. 21 mai 2011, p. 8891, cons. 6.

⁴ Cons. const., 9 janv. 1980, déc. n° 79-109 DC, *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*, Rec. 29, cons. 6 et 7. Cette solution sera réaffirmée ultérieurement : v. Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, J.O. 18 août 1993, p. 11722 ; *Rec.*, p. 224 ; *D.*, 1994, somm. p. 111, obs. D. Maillard Desgrées du Loû ; cons. 57 : « *les décisions d'expulsion qui constituent des mesures de police n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789* ».

l'article 8 de la DDHC. Il a pourtant considéré, dans sa décision du 13 août 1993, que l'interdiction du territoire de plein droit en cas de reconduite à la frontière¹, qui est une mesure très similaire, était une « *sanction ayant le caractère d'une punition* » devant se conformer aux exigences de ce texte². Si ces solutions peuvent paraître contradictoires, un auteur souligne toutefois que le Conseil, dans cette dernière décision, s'est prononcé en réalité sur la proportionnalité de la mesure par rapport à la faute, et que c'était son caractère automatique qui rendait la sanction disproportionnée. Le Conseil n'a donné aucune précision à ce sujet³. Cette solution met d'ailleurs en lumière la fragilité de la distinction entre sanction punitive et mesure de sûreté dans la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil qualifiant la reconduite à la frontière de mesure de police (considérant 45), tout en estimant que sa conséquence, l'interdiction du territoire, revêt la qualité de sanction punitive (considérants 48 et 49).

219. Rétention de sûreté : qualification implicite de mesure de sûreté et élaboration d'un régime sur mesure. Pour la rétention de sûreté, le Conseil est allé plus loin, en adoptant un régime entièrement sur mesure⁴. Tout en admettant implicitement qu'il s'agissait d'une mesure de sûreté, par une formule négative indiquant qu'elle n'était « *ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition* », le Conseil a décidé que la rétention de sûreté était soumise à un certain nombre d'exigences constitutionnelles en se fondant sur la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle qu'elle engendre⁵. Elle se présente, dès lors, « comme une sanction hybride, mesure de sûreté pour les caractéristiques et peine pour le régime juridique »⁶.

Parmi les arguments avancés pour écarter la qualification de peine, on trouve la compétence de la juridiction régionale de la rétention de sûreté, bien que l'éventualité du prononcé de la mesure doive avoir été prévue par la cour d'assises lors du prononcé de la peine. Le Conseil a, ensuite, invoqué le fait que la mesure reposait non sur la culpabilité de la personne condamnée mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale

¹ Art. 14 de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

² Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *préc.*, cons. 48 et 49.

³ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *RSC*, 2002, p. 517.

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

⁵ *Ibid.*, cons. 9 et 10.

⁶ A. Darsonville, « Les sanctions pénales », in : O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, 12 mars 2012, Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2014, p. 97 s., cit. p. 101.

à la date de sa décision, et qu'elle n'était mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine. Enfin, il a mis en avant le but de la mesure qui était d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité¹. Si certains auteurs ont conclu de cette formulation négative qu'il fallait qualifier la rétention de sûreté de « mesure de sûreté², un autre, au contraire, a souligné que « le Conseil constitutionnel n'a[vait] pas volontairement usé de l'expression de mesure de sûreté estimant à juste titre, que le droit français ne pouvait s'accommoder de mesures de sûreté privatives de liberté potentiellement perpétuelles »³.

La conséquence logique de la qualification de mesure non répressive aurait été de la soustraire au régime applicable à la peine. C'est d'ailleurs ce qu'a fait le Conseil en écartant, dans un premier temps, le grief tiré de la violation de la présomption d'innocence prévue par l'article 9 de la Déclaration de 1789⁴. De la même manière, il a déclaré les dispositions de l'article 8 inopérantes à l'égard de mesures non punitives, y compris la rétention de sûreté⁵. Pour autant, après avoir écarté ces dispositions, il a censuré l'applicabilité rétroactive de la mesure en raison de sa nature privative de liberté, de la durée de cette privation, de son caractère renouvelable sans limite, et du fait que la mesure est prononcée après une condamnation par une juridiction⁶. Il semble donc que c'est « parce qu'elle a tous les caractères d'une peine, et d'une peine privative de liberté potentiellement perpétuelle que le Conseil, après avoir conclu à l'exact inverse, vient faire application du principe de non rétroactivité »⁷. Si « l'embarras est ici à son comble », « il faut néanmoins se réjouir de ce sursaut »⁸ en raison des conséquences qu'il entraîne pour le respect des libertés individuelles. Le professeur Lazerges souligne le malaise du Conseil constitutionnel dans cette décision qui « marque une rupture en politique criminelle », pour se poser la question suivante: « en refusant de parler expressément de mesure de sûreté et en refusant la rétroactivité de ce qui est pourtant qualifié de mesure non répressive, le Conseil constitutionnel n'ébauche-t-il pas la construction d'une catégorie intermédiaire entre la peine et la mesure de sûreté ? »⁹.

¹ *Ibid.*, cons. 9.

² Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s. ; H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

³ Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 731 s.

⁴ Cons. const., 21 fév. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 12.

⁵ *Ibid.*, cons. 9.

⁶ *Ibid.*, cons. 10.

⁷ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.52, p. 672.

⁸ *Ibid.*

⁹ Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 731 s.

En tout état de cause, la décision est d'une particulière originalité, le Conseil sanctionnant « le caractère rétroactif de l'une des dispositions de la loi sans fonder cette déclaration d'inconstitutionnalité sur une norme constitutionnelle »¹. On peut alors s'interroger sur le fondement juridique de cette invalidation du caractère rétroactif de la mesure² qui ne peut résider dans l'article 8 de la Déclaration de 1789 posant le principe de non-rétroactivité des peines, puisque le Conseil a clairement indiqué qu'il ne s'agissait pas d'une peine et écarté l'applicabilité de ce texte. On en vient même à se demander si le Conseil n'a pas implicitement opéré un contrôle de conventionnalité de la mesure, afin d'échapper à une censure de celle-ci par la Cour strasbourgeoise, tout en ignorant les normes de référence nationales qu'il aurait pu invoquer à l'appui de son raisonnement, comme par exemple l'article 2 DDHC visant la sûreté, ou l'article 16 DDHC comme fondement des principes relevant de la sécurité juridique³.

Parmi les garanties constitutionnelles que le Conseil a jugées applicables à la rétention de sûreté, on trouve le principe selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire (résultant de l'article 9 de la DDHC et de l'article 66 de la Constitution). S'inspirant de la jurisprudence constitutionnelle allemande, il a ainsi procédé à un contrôle de proportionnalité entre l'exercice des libertés constitutionnellement garanties (au nombre desquelles 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) et les restrictions apportées à l'exercice de ces libertés par la prévention des atteintes à l'ordre public, nécessaire à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle. Les atteintes portées à l'exercice des libertés individuelles doivent, par conséquent, être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi⁴.

Dans cette décision, le critère tenant au fait que la mesure de sûreté est limitée à la durée de la peine initialement prononcée, posé à l'occasion de l'examen de la surveillance judiciaire⁵, a été abandonné. C'est, entre autres, sur ce point que les auteurs de la saisine

¹ 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, *JCP G*, 2008, n° 11, act. 166, p. 4. V. aussi, *infra*, n° 642.

² *Ibid.*

³ *Ibid.* Il aurait encore pu adopter un raisonnement complètement différent en niant le caractère préventif de la rétention et en considérant, sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration, qu'elle consacrait une rigueur non nécessaire par l'importance des restrictions apportées à la liberté individuelle : v. Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

⁴ V. plus en détail, *infra*, n° 653 s.

⁵ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*

s'étaient appuyés pour avancer qu'il s'agissait en réalité d'une peine, contraire au principe de légalité, puisque « loin de se fondre dans la peine en l'exécutant sous une autre forme, la mesure de rétention de sûreté prévue par le projet de loi est une authentique privation de liberté succédant à la peine principale et constituant la continuation de l'emprisonnement dans un autre lieu »¹. N'étant pas convaincu par cette argumentation, le Conseil a affirmé qu'il ne s'agissait pas d'une peine, mais, contrairement à la solution qu'il avait retenue à l'égard de la surveillance judiciaire, a soumis la rétention de sûreté au principe de non-rétroactivité *in pejus*.

Rappelons toutefois que la censure ne valait que pour la rétention de sûreté prononcée *ab initio*. La mesure reste donc immédiatement applicable à l'issue d'une surveillance de sûreté dont les obligations auraient été méconnues, mesure elle-même d'application rétroactive², ce qui est d'autant plus incohérent que la rétention de sûreté n'est pas, dans cette hypothèse, entourée des mêmes conditions et garanties que lors du prononcé *ab initio*³. Si, selon le raisonnement du Conseil, la particularité de la mesure commande sa non-rétroactivité, pourquoi ne pas l'avoir étendue à l'intégralité du dispositif ?

220. Silence sur la surveillance de sûreté et validation implicite. La surveillance de sûreté, introduite par la même loi que la rétention de sûreté⁴, n'a pas fait l'objet d'un débat approfondi sur sa constitutionnalité, en dépit de l'importance de l'atteinte qu'elle est susceptible de porter aux droits individuels. Elle permet en effet de prolonger de manière perpétuelle la surveillance commencée sous la forme d'autres mesures, limitées elles-mêmes dans le temps, ainsi que les contraintes attachées à celles-ci⁵. D'application immédiate, elle peut ainsi continuer une surveillance judiciaire, un PSEM ou encore un suivi socio-judiciaire – auquel cas elle constitue le relais d'une mesure qualifiée légalement de peine. L'attention que cette nouvelle mesure de sûreté aurait sans doute méritée a été éclipsée par la rétention de sûreté qui, par sa nature privative de liberté, a monopolisé les controverses et la majeure partie de l'argumentation des parlementaires attaquant la loi du 25 février 2008 devant le Conseil constitutionnel. Ce dernier a, lui aussi, concentré ses développements sur la démonstration que la rétention de sûreté n'était pas une peine, pour finir par ajouter de manière soudaine et

¹ Saisine par 60 sénateurs, 1.1. V. aussi *infra*, n° 282.

² V. *supra*, n° 131.

³ V. *infra*, n° 296 et 297.

⁴ V. *supra*, n° 125.

⁵ Sur la surveillance de sûreté, v. plus en détail, *infra*, n° 374 s.

catégorique que « *la surveillance de sûreté ne l'[était] pas davantage* »¹. C'est pourquoi le Conseil n'a pas étendu le refus de l'application rétroactive de la rétention de sûreté à la surveillance de sûreté. Lorsqu'il s'est, par la suite, livré à un examen approfondi de la proportionnalité du dispositif, il a également délaissé la surveillance de sûreté pour ne s'intéresser qu'à la rétention. Il a, simplement, fini par conclure qu'au regard du réexamen régulier des conditions de la surveillance de sûreté, son renouvellement illimité dans le temps n'était pas disproportionné².

Or, « l'analyse de la surveillance de sûreté aurait à tout le moins justifié des développements séparés »³. On aurait même pu imaginer que, tout en étant qualifiée de mesure de sûreté, elle soit soumise au principe de la non-rétroactivité *in pejus*, en raison de sa gravité, bien qu'elle ne soit pas privative de liberté. Cette solution, plus soucieuse des libertés fondamentales, se serait inscrite dans la continuité de ce qui a été retenu à propos de la rétention de sûreté, et dans la logique de la jurisprudence européenne. Elle aurait, au demeurant, permis d'étendre le principe de la non-rétroactivité à toutes les formes de rétention de sûreté, y compris celle applicable *a posteriori*, à titre de sanction de la violation des obligations de la surveillance de sûreté. Au contraire, par cette validation globale du dispositif sans plus de précisions, la décision du Conseil, on l'a vu, a abouti à permettre l'application rétroactive de la rétention de sûreté par le biais de la surveillance de sûreté, alors qu'il n'avait, lors de la censure de cette rétroactivité, opéré aucune distinction selon les différentes modalités de la mesure⁴.

Le Conseil n'effectue donc aucune distinction entre le régime de la surveillance judiciaire – qui a été validée uniquement parce qu'elle était limitée à la durée de la peine initiale, plus précisément aux réductions de peine précédemment attribuées⁵ – et celui de son « clone »⁶, la surveillance de sûreté qui revêt, pour sa part, une durée illimitée.

221. Propos conclusifs. Ces décisions qui reconnaissent, d'une manière ou d'une autre, l'existence des mesures de sûreté font preuve d'un certain pragmatisme mais manquent de

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 9.

² *Ibid.*, cons. 23.

³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.41, p. 671.

⁴ V. *supra*, n° 219. Ce procédé n'est pas sans rappeler la validation globale de la surveillance judiciaire qui avait abouti à rendre rétroactives des mesures qui n'avaient pas pu rétroagir dans le cadre du suivi socio-judiciaire : v. *supra*, n° 216 et 217.

⁵ V. *supra*, n° 216.

⁶ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.52, p. 672.

cohérence. Le Conseil constitutionnel n'élabore en effet aucune théorie générale sur les mesures de sûreté.

B. L'absence de théorie constitutionnelle générale sur les mesures de sûreté

222. Lignes directrices. Si la jurisprudence constitutionnelle relative aux mesures de sûreté est marquée par une logique de casuistique, des lignes directrices se dessinent toutefois au travers des décisions étudiées. Elles tiennent notamment à la définition négative des mesures de sûreté par opposition aux sanctions punitives, la distinction reposant sur un certain nombre de critères distinctifs. Cette jurisprudence, qui est à rapprocher de celle des Hautes instances administrative et européenne, manque de cohérence.

223. Définition négative des mesures de sûreté par opposition aux sanctions punitives. Le Conseil distingue « le régime des peines de celui des mesures qui n'ont pas ce caractère punitif »¹. En effet, le Conseil constitutionnel a développé, « sur le modèle de la "matière pénale" de la Cour européenne »², le concept de « sanction ayant le caractère d'une punition », afin d'étendre les garanties régissant le droit pénal aux sanctions qui relèvent, selon lui, de cette catégorie, quand bien même le législateur aurait-il préféré les qualifier de non pénales³. Sans préciser explicitement ce qu'il entend par la notion de mesure de sûreté, le Conseil qualifie ces mesures le plus souvent de manière négative, par opposition aux sanctions punitives. Ce faisant, il ne forge de définition ni pour les mesures de sûreté ni pour les peines ou sanctions punitives dont il ne précise pas les contours. Il opère simplement la distinction entre peine et mesure de sûreté en se référant, au cas par cas, à un faisceau de critères constitués par la nature de la mesure, son but, sa gravité, la qualification qui lui est donnée par le législateur et l'autorité en charge de la prononcer⁴. Une mesure voit généralement « son régime assimilé à celui des peines lorsqu'elle est prononcée par une

¹ Commentaire de la décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2008562DCccc_562dc.pdf, consulté le 27 août 2014.

² B. de Lamy, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.

³ Le Conseil semblait ainsi, dans un premier temps, avoir choisi de développer une conception élargie de la notion de peine, dans le but notamment « d'intégrer à la protection de l'article 8 [de la DDHC], non seulement les mesures de nature à avoir une incidence sur le prononcé d'une peine, comme la période de sûreté, mais encore l'ensemble des sanctions pénales – dont les mesures de sûreté » : v. É. Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 273, p. 127.

⁴ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 331, p. 284.

juridiction de jugement et qu'elle est liée à l'appréciation de la culpabilité »¹. Toutefois, le Conseil a également eu l'occasion d'affirmer que les garanties entourant les peines « *ne concern[ai]ent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend[ai]ent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* »² ou « *non juridictionnelle* »³. Ainsi, la disposition de l'article 8 de la DDHC posant les principes de non-rétroactivité, de nécessité et de proportionnalité, « *s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition* »⁴.

Cela semble, de prime abord, offrir une certaine garantie en matière de sanctions pénales⁵. Or, la soumission des « sanctions ayant le caractère d'une punition » aux garanties constitutionnelles s'avère en réalité être une protection relativement limitée, puisque le Conseil semble se réserver une marge d'appréciation assez importante pour déterminer quelles mesures il considère comme punitives ou non⁶. En effet, s'il énonce les garanties qui doivent être rattachées à l'application d'une « punition », il ne donne pas pour autant une définition de cette notion. Il reste donc libre de soustraire telle ou telle mesure au jeu des clauses constitutionnelles – ou, au contraire, d'y soumettre des mesures qu'il ne qualifie pourtant pas de punitives⁷. Il est vrai que le Conseil « seul sait en quoi consistent les

¹ Commentaire de la décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, préc.

² Cons. const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, J.O. 18 janv. 1989, p. 754, cons. 36 : RFDA, 1989, p. 215, obs. B. Genevois ; RDP, 1989, p. 429, obs. L. Favoreu.

³ Cons. const., 28 juil. 1989, déc. n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, J.O. 1^{er} août 1989, p. 9676 ; RFDA, 1989, p. 671, obs. B. Genevois ; Cons. const., 25 févr. 1992, déc. n° 92-307 DC, *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*, J.O. 12 mars 1992, p. 3003 ; Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, préc. ; Cons. const., 22 avr. 1997, déc. n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, J.O. 25 avr. 1997, p. 6271, cons. 30 (à propos de la compétence de l'autorité administrative en matière de retrait de la carte de séjour ou de la carte de résident) ; Cons. const., 27 juil. 2000, déc. n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, J.O. 2 août 2000, p. 11922.

⁴ Cons. const., 30 déc. 1982, déc. n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, J.O. 31 déc. 1982, p. 4034, cons. 33, RDP, 1983, p. 333, obs. L. Favoreu ; Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988*, J.O. 31 déc. 1987, p. 15761, cons. 15.

⁵ Il convient cependant de souligner que certaines garanties sont appliquées de manière moins stricte aux « sanctions ayant le caractère d'une punition » qu'aux « peines », sans que le Conseil constitutionnel ne donne les raisons de cette souplesse : v. B. de Lamy, « Le Code pénal : consolidé ou fragilisé par le droit constitutionnel ? », in : L. Saenko (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, op. cit., p. 21 s., spéc. p. 27.

⁶ Avec cette liberté d'appréciation « grandit le soupçon d'arbitraire » : E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. - La QPC et les attentes déçues... », art. cit.

⁷ Ainsi, le Conseil a-t-il estimé que ne revêtaient pas le caractère d'une punition les incapacités et interdictions d'exploiter un débit de boissons applicables de plein droit suite à une condamnation pour crime ou pour certains délits (art. L. 3336-2 et L. 3336-3 CSP) : Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons* : J.O. 21 mai 2011, p. 8891 ; Dr. pén., 2011, comm. 94, obs. J.-

"sanctions ayant le caractère d'une punition" et il en profite pour faire varier à sa guise le domaine de la "matière pénale", c'est-à-dire les garanties qui s'attachent à une telle qualification »¹. En ne faisant pas entrer toutes les sanctions pénales dans cette notion – et, en particulier, en y soustrayant les mesures de sûreté – le Conseil semble l'utiliser en des sens différents suivant les objectifs qu'il souhaite atteindre².

Le professeur Robert fait ainsi remarquer que « sous la pression du législateur soucieux d'ordre public, il a consenti à ce que naissent des mesures de sûreté tout aussi afflictives que des peines, et pourtant soustraites aux exigences attachées à la qualification de "punition", à la condition toutefois que leur régime respecte un droit commun minimum protecteur de toutes les libertés constitutionnellement reconnues »³. Et le professeur Dreyer observe que « le Conseil constitutionnel s'en moque car son objectif n'est pas de défendre les principes libéraux à la base du droit pénal ; il est de concilier ces principes avec d'autres impératifs qu'il rattache à la défense d'un nébuleux intérêt général »⁴.

224. Critères distinctifs entre mesures de sûreté et sanctions punitives. Outre l'absence de définition de la peine ou de la « sanction punitive », le Conseil constitutionnel n'a pas davantage établi de véritables critères de distinction entre celles-ci et les mesures de sûreté⁵. Il n'évoque ainsi pas explicitement les caractères afflictif et infamant de la peine, ce qui s'explique sans doute par le fait que, comme le fait observer un auteur, ces caractères sont « de moins en moins distinctifs de la peine, étant donné la multiplication de mesures non pénales qui, comme le relève fréquemment le Conseil lui-même, les possèdent à des degrés divers »⁶. À ce titre, le Conseil souligne que des « *mesures de police administratives* » sont

H. Robert ; *JCP G*, 2011, p. 642, obs. S. Detraz ; cons. 6. Le Conseil a statué de façon équivalente dans une affaire où était en cause le pouvoir donné au juge de l'élection de déclarer inéligible un candidat qui n'avait pas respecté les règles du scrutin (art. L. 118-3 et L. 341-1 C. élect.) : Cons. const., 8 avr. 2011, déc. n° 2011-117 QPC, *Financement des campagnes électorales et inéligibilité*, cons. 10 : *J.O.* 9 avr. 2011, p. 6362 ; *JCP G*, 2011, doctr. 604, n° 13, chron. B. Mathieu. Or, tout en affirmant qu'il ne s'agissait pas d'une sanction ayant le caractère d'une punition, le Conseil a ajouté « qu'en tout état de cause, cette disposition ne méconnaît pas les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines » (cons. 11). Ce faisant, il a fini par lui appliquer les garanties de la matière pénale.

¹ E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *art. cit.*

² V. *ibid.*

³ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.

⁴ E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *art. cit.*

⁵ V. M. Van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *art. cit.*, p. 805 s.

⁶ *Ibid.*

susceptibles « *d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* »¹, et, en particulier, d' « *affecter* »² ou de « *porter atteinte à la liberté individuelle* »³. Or, la nature de la mesure et son degré de sévérité ne représentent pas un indice de distinction plus fiable, puisque, là encore, les deux types de sanctions peuvent revêtir la même nature (à l'instar de la peine d'emprisonnement ou de réclusion et de la rétention de sûreté qui sont, toutes deux, privatives de liberté), et la même sévérité, la rétention de sûreté étant même considérée comme la sanction la plus sévère du droit pénal en raison de sa durée illimitée. Le critère tenant à la juridiction qui prononce la sanction ne paraît pas davantage apte à caractériser clairement les peines par opposition aux mesures de sûreté car certaines d'entre celles-ci sont prononcées par des juridictions pénales (comme le suivi socio-judiciaire ou les mesures applicables aux personnes déclarées irresponsables pénalement), tandis que d'autres, comme l'a rappelé le Conseil, relèvent de la compétence de juridictions spéciales, à l'image de la rétention de sûreté⁴.

Ainsi, le Conseil se réfère-t-il davantage aux fondements et finalités des différentes sanctions qu'il s'agit de distinguer. Quant aux fondements, il oppose la culpabilité sur laquelle se fondent les peines, à la dangerosité qui justifie l'intervention des mesures de sûreté⁵. Quant aux finalités, il souligne que les « *mesures de police auxquelles sont assignés des objectifs différents de ceux de la répression pénale* »⁶ ont pour objet « *de prévenir le renouvellement [des] infractions et de faciliter l'identification de leurs auteurs* »⁷. De manière plus explicite encore, il fait référence à la prévention de la récidive pour bon nombre de mesures de sûreté⁸. Cette démarche n'est pas sans rappeler le raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale qui assoit la distinction opérée entre peines et mesures de sûreté sur leurs fondements

¹ Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*, cons. 9 (à propos des pouvoirs de réquisition conférés au préfet en vue de rétablir l'ordre public).

² Cons. const., 25 févr. 1992, déc. n° 92-307 DC, *préc.*, cons. 15 (à propos du maintien d'un étranger en zone de transit).

³ Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *préc.*, cons. 100 (à propos de la rétention des étrangers ayant fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière) ; Cons. const., 22 avr. 1997, déc. n° 97-389 DC, *préc.*

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 9.

⁵ V. Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 14 ; Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 9.

⁶ Cons. const., 9 janv. 1980, déc. n° 79-109, *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*, J.O. 11 janvier 1980, p. 84, cons. 6 (à propos des mesures d'expulsion).

⁷ Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 74 (à propos de l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles).

⁸ Pour la surveillance judiciaire et le placement sous surveillance électronique mobile : Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 14 et 17 ; pour la rétention de sûreté : Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 9.

différents : la faute pour les premières, la dangerosité pour les secondes – bien que les deux supposent, dans la majorité des cas, la commission d’une infraction¹. De la même manière, la Cour de Karlsruhe souligne que contrairement à la peine, la mesure de sûreté est exclusivement préventive et tournée vers l’avenir, et que, malgré les recoupements qui peuvent exister entre les deux voies de sanctions pénales, la peine et la mesure de sûreté poursuivent en substance des objectifs différents². Or, il convient de rappeler que les conséquences tirées de cette distinction ne sont pas identiques dans les deux pays, la Cour allemande admettant le principe de l’application rétroactive de l’internement de sûreté, tandis que le Conseil français adopte une position plus nuancée³.

225. Recensement des mesures non punitives. Le professeur Robert a recensé dans la jurisprudence du Conseil les mesures de sûreté qu’il qualifie d’afflictives⁴, parmi lesquelles il range le retrait de la carte de séjour prononcé contre les étrangers « *passibles de poursuites* » du chef de diverses infractions relevant de la « *traite des êtres humains* »⁵, l’inscription sur le fichier des auteurs d’infractions sexuelles⁶, la surveillance judiciaire, incluant la surveillance électronique mobile⁷, la surveillance de sûreté et, avec un régime particulier, la rétention de sûreté⁸. Le Conseil fait échapper ces différentes mesures à la présomption d’innocence puisqu’elles sont infligées « dans un souci de police ou pour prévenir une récidive ressentie comme probable »⁹ et non en réponse à la culpabilité. De la même manière, elles échappent au principe de la « *nécessité des peines* »¹⁰, mais l’auteur estime que « la remarque a peu de portée pratique car le principe de proportionnalité en limite l’intensité coercitive »¹¹. Enfin, ces mesures, à l’exception de la rétention de sûreté prononcée *ab initio*, sont d’application rétroactive, « puisque, à la différence des peines, elles ne sont pas destinées à dissuader, d’avance, les citoyens d’entrer dans la délinquance »¹². L’auteur en déduit, *a contrario*, que

¹ V. *supra*, n° 157 et 184.

² BVerfG, 5 avr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*, § 145 et s.

³ V. *supra*, n° 219.

⁴ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. cit.*

⁵ Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*, cons. 81 à 85.

⁶ Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 74 à 76.

⁷ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 13 à 19.

⁸ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

⁹ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. cit.*

¹⁰ Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 74 ; et Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 8.

¹¹ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. cit.*

¹² *Ibid.*

« la dissuasion est le fondement du droit pénal proprement dit, et la culpabilité, la justification de l'application de la "punition" »¹, par opposition aux mesures de sûreté.

226. Qualification des mesures de sûreté dans la jurisprudence constitutionnelle. La terminologie employée par le Conseil n'est pas constante, celui-ci n'ayant, comme la Cour de cassation², que rarement recours au terme « mesure de sûreté ». On trouve donc, on l'a vu, tantôt l'expression « mesure de police », tantôt celle de « modalité d'exécution de la peine », ou encore la formule négative selon laquelle il ne s'agit pas d'une peine, sans plus de précisions. Parfois, le Conseil s'écarte de la qualification législative (comme pour la surveillance judiciaire³), parfois il s'abstient de la confirmer sans pour autant la contredire (comme pour la rétention de sûreté⁴). Il n'arrive guère qu'il reprenne l'appellation légale telle quelle (ainsi tout en approuvant la nature de l'inscription au FIJAISV, change-t-il légèrement de vocabulaire⁵). Cette diversité dans la terminologie employée peut sans doute s'expliquer par l'absence de reconnaissance légale des mesures de sûreté. Il est néanmoins plus difficile de comprendre pour quelle raison le Conseil s'écarte de la terminologie législative lorsqu'elle consacre, exceptionnellement, la qualification expresse de mesure de sûreté. Ce procédé serait-il le signe de ce que le Conseil, tout en reconnaissant l'existence de certaines mesures de sûreté, et, partant, approuvant les lois qui les consacrent, refuse d'adopter une notion uniforme avec toutes les conséquences que celle-ci impliquerait ?

Un auteur⁶ a fait remarquer que la qualification retenue par le législateur jouait pour la Haute instance constitutionnelle un rôle prépondérant et que celle-ci ne se reconnaissait pas le droit de requalifier la mesure en cause. Ainsi, lorsque le législateur qualifie une disposition de mesure de police, le Conseil ne va pas plus loin et affirme que les « *mesures de police n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme* », et qu'elles sont par conséquent « *susceptibles d'être exécutées d'office* »⁷. Le Conseil estime « qu'il ne lui appartient pas ni de juger, ni d'ignorer, ni *a fortiori* de requalifier

¹ *Ibid.*

² V. *supra*, n° 209.

³ V. *supra*, n° 216.

⁴ V. *supra*, n° 219.

⁵ V. *supra*, n° 215.

⁶ J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 1995, p. 505 s.

⁷ Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *préc.*, cons. 6 et 57.

le choix du législateur. *A contrario*, il laisse à penser qu'il "retrouve sa liberté" dès lors que le législateur se montre imprécis dans la qualification »¹.

Ce constat semble devoir être nuancé dans la mesure où le Conseil n'est nullement lié par la qualification juridique que le législateur a entendu retenir². En effet, il s'écarte volontiers de celle-ci et a même eu l'occasion de considérer comme soumises aux dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789 des mesures que le législateur avait qualifiées « *de sûreté* »³.

227. Régime des mesures de sûreté dans la jurisprudence constitutionnelle. S'agissant du régime applicable, le Conseil constitutionnel semble suivre une logique opportuniste en élaborant un régime sur mesure pour chaque sanction soumise à son contrôle. À différentes reprises, il a pu affirmer que « *le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère ne s'appliqu[ait] qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition* »⁴ et qu'il ne concernait donc pas les mesures de sûreté. Celles-ci constituant, malgré tout, une entrave à l'exercice des libertés constitutionnellement protégées, le Conseil les soumet généralement au principe de proportionnalité de la sanction⁵, « par une interprétation extensive de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme qui, visant spécialement la présomption d'innocence, interdit "toute rigueur qui ne serait pas nécessaire" »⁶. Le professeur Mayaud en déduit qu' « il est une "légalité" propre à la matière, une légalité en quelque sorte de substitution, fondée sur l'article 9 de la Déclaration qui veut que la liberté individuelle ne subisse aucune entrave excessive »⁷. Elle permet au Conseil de vérifier que les mesures fondées sur le critère subjectif de la dangerosité soient suffisamment

¹ J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 505 s.

² Commentaire de la décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *préc.*

³ V. Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, J.O. 5 sept. 1986, p. 10788 ; *RDP*, 1989, p. 399, note Favoreu ; *AJIC*, 1986, p. 444 et 451, note Genevois ; *RSC*, 1987, p. 567, obs. Loloum, Nguyen Huu. - Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, *préc.*

⁴ V. not. : Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, à propos de la surveillance judiciaire.

⁵ V. ses décisions relatives à l'inscription au FIJAISV, au PSEM et à la surveillance et rétention de sûreté : Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 87 ; Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 21 ; Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 13.

⁶ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. cit.* Rappelons, à cet égard, que le principe de proportionnalité découle normalement de l'article 8 de la DDHC, le Conseil affirmant que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ; que le principe de proportionnalité qui en découle implique (...) » : Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, cons. 85 ; *JCP G*, 2002, II, 10091, note Cl. Franck.

⁷ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

encadrées. De même, toute disposition légale portant atteinte à une liberté individuelle suppose l'intervention de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles¹.

Toutefois, il ne semble pas y avoir de corrélation nécessaire entre la qualification et le régime adopté – avec pour exemple flagrant la rétention de sûreté. Le Conseil érige, au contraire, pour chaque mesure particulière le régime qu'il souhaite lui voir appliquer, fût-ce celui de la peine. Sa jurisprudence mérite d'être comparée aux jurisprudences administrative et européenne.

228. Rapprochement de la jurisprudence du Conseil d'État. Le Conseil d'État, amené à se prononcer sur la qualification de la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté², et s'étant retrouvé entre « le marteau conventionnel et l'enclume constitutionnelle »³, est resté « fidèle à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution, plus qu'à "l'autorité de la chose décidée" à Strasbourg (qui aura pourtant le dernier mot...) »⁴. Il a ainsi adopté la même position que le Conseil constitutionnel en estimant que « *le placement sous surveillance de sûreté ne constitu[ait] par lui-même ni une peine, ni une sanction* » au sens de l'article 7 de la CESDH, dès lors que cette mesure 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* », et qu'elle a pour « *but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité* ». Pour le Conseil d'État, la rétention de sûreté consécutive à une surveillance de sûreté ne contrevient d'ailleurs pas au principe de non-rétroactivité, « *étant dans ce cas appliquée non à la suite de la condamnation de la personne par la cour d'assises mais en raison du non respect des obligations qui lui sont imposées au titre de la surveillance de sûreté, soit pour des faits commis postérieurement à la publication de la loi du 25 février 2008, et alors que la personne placée sous surveillance*

¹ V. Cons. const., 23 déc. 1983, déc. n° 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, JCP, 1984, II, 20160, note R. Drago et A. Decocq ; Cons. const., 29 déc. 1984, déc. n° 84-184 DC, *Loi de finances pour 1985*, J.O. 30 déc. 1984, p. 4167.

² CE, M. Jean-Paul A. et Section française de l'Observatoire international des prisons, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 26 nov. 2010, n° 323694, recueil *Lebon*. Cette décision a été critiquée notamment par le Comité contre la torture des Nations Unies (Examen du rapport périodique de la France, 44^{ème} session des 27-29 avril 2010 à Genève).

³ S. Slama, « Rejet du recours contre le décret d'application de la loi sur la rétention de sûreté », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 déc. 2010 :

<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/12/05/la-retention-de-surete-nest-pas-une-peine-le-conseil-detat-prefere-se-ranger-derriere-lenclume-constitutionnelle-ce-26-novembre-2010-m-jean-paul-a-et-section-francaise-de-loip/>.

⁴ *Ibid.*

de sûreté a été informée par le juge de l'application des peines, en application de l'article R. 53-8-49 du code de procédure pénale [...], des conséquences susceptibles de résulter pour elle de la méconnaissance des obligations auxquelles elle est astreinte du fait de cette mesure »¹.

229. Rapprochement de la jurisprudence européenne. On observe qu'une distinction est introduite par le Conseil constitutionnel entre les mesures de sûreté privatives et non privatives de liberté, et que la gravité de la mesure conditionne sa soumission à certains principes fondamentaux, indépendamment de sa qualification formelle. Cela évoque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la notion de « peine » et au concept de « matière pénale »². Les deux Hautes instances adoptent en effet une approche plus substantielle que formelle de la sanction, dans le but de veiller à l'effectivité des droits fondamentaux. Or, si la Cour strasbourgeoise a, elle aussi, soumis la détention de sûreté (allemande) au principe de non-rétroactivité, c'est en raison de la qualification de « peine » retenue par elle, cette solution ayant sans doute le mérite d'être plus cohérente³. Le professeur Dreyer en arrive à regretter que le « Conseil constitutionnel, tout en aboutissant à la même conclusion s'agissant de la "rétention de sûreté" française (impossibilité d'appliquer la loi nouvelle de façon rétroactive) n'a[it] pas été capable de dire qu'il s'agissait également d'une peine devant, à ce titre, être soumise à toutes les garanties prévues par la Déclaration de 1789 »⁴. On peut également se demander si le rejet de la rétroactivité n'est pas « l'aveu implicite d'une incompatibilité entre la qualification de mesure de sûreté et sa manifestation sous forme de privation de liberté »⁵.

Il faut cependant nuancer ces critiques car « la comparaison est rendue délicate dans la mesure où la finalité des deux instances suprêmes paraît différente. En effet, le juge constitutionnel s'intéresse avant tout à la validité de la sanction, alors que le juge européen, [l']ayant qualifié de "matière pénale", recherche si les garanties sont respectées »⁶. La Cour européenne des droits de l'homme est moins soucieuse de la qualification et du régime précis des sanctions pénales, s'intéressant principalement au respect des droits fondamentaux,

¹ CE, *M. Jean-Paul A. et Section française de l'Observatoire international des prisons*, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 26 nov. 2010, n° 323694, *préc.*

² V. *infra*, n° 515 s.

³ V. CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*

⁴ E. Dreyer, « Un an de droit européen en matière pénale », *Dr. pén.*, 2010, n° 4, chron. 3.

⁵ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

⁶ J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 505 s.

conformément au rôle qui lui est assigné. Il lui suffit donc d'établir, à cet effet, des distinctions globales – entre peine et non-peine, entre matière pénale et le reste – permettant d'inclure ou d'exclure telle ou telle sanction du bénéfice des principes conventionnellement garantis. De la part des instances internes (Conseil constitutionnel et législateur), au contraire, on devrait pouvoir s'attendre à des distinctions plus minutieuses, permettant d'établir un régime spécifique applicable. Qualifier la rétention de sûreté de « peine » sur le plan interne, afin de la soumettre au principe de non-rétroactivité, n'aurait donc été une solution satisfaisante, puisque la qualification de peine entraîne toute une série de conséquences supplémentaires peu compatibles avec l'essence même de cette mesure. Notamment, en vertu du principe *ne bis in idem*, elle ne pourrait se cumuler avec une peine de réclusion si elle était qualifiée elle-même de peine. Un auteur fait remarquer, à ce titre, que « la Cour qualifie de peine une mesure qui est autrement qualifiée par le droit national alors que le Conseil, malgré cette qualification, qu'il ne remet jamais en cause, s'octroie simplement la "liberté" de l'entourer de certaines garanties constitutionnelles, qu'il considère comme étant applicables à cette mesure »¹.

Il existe toutefois des similitudes entre le raisonnement de ces deux instances, dans la mesure où « le Conseil constitutionnel et la CEDH censurent une mesure répressive si celle-ci ne présente pas les garanties constitutionnelles ou conventionnelles à partir du moment où elle rentre dans la notion de "sanction ayant le caractère d'une punition" ou celle de "matière pénale" »² ou de « peine ». Dans les deux cas, des mesures qualifiées autrement par la loi reçoivent une qualification autonome qui permet aux instances supérieures d'exercer un contrôle supra-légal³. On peut même aller plus loin et dire que « l'équivalent de la matière pénale a [...] été découvert par le Conseil à l'occasion d'une saisine dont le principe de proportionnalité des peines était le fondement (déc. n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Rec. p. 63) »⁴. Toutefois, « il n'a pas voulu imiter le vocabulaire de la Cour préférant construire un droit de la "punition" »⁵. La distinction établie entre le concept de « peine » et celui de « sanction ayant le caractère d'une punition » est d'ailleurs analysée par le professeur de Lamy comme traduisant la volonté du Conseil de se démarquer de la catégorie globale de

¹ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *art. cit.*, p. 517 s.

² J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 521.

³ V. J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *art. cit.*, p. 517 s.

⁴ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. cit.*

⁵ *Ibid.*

la « matière pénale » ou de la notion autonome de « peine » mises en œuvre par la Cour européenne¹.

Si, pour la Cour européenne, la nature privative de liberté d'une sanction est prépondérante pour l'appartenance à la matière « pénale »², il n'en va pas de même pour le Conseil constitutionnel qui se fixe, au regret de certains³, sur d'autres critères pour qualifier une sanction de « punitive ». On voit cependant que pour ce dernier également, la gravité de la mesure détermine son régime, comme cela a été le cas de la rétention de sûreté. En définitive, un auteur estime que « malgré les différences, l'une comme l'autre des instances suprêmes ont adopté un système d'interprétation qui, compte tenu de sa complexité, peut apparaître arbitraire pour celui qui ne tiendrait pas compte des critères et de "l'enchaînement logique" »⁴. Le professeur Dreyer va même jusqu'à écrire que « le Conseil est peut-être le gardien de la Constitution, et de ses équilibres institutionnels, mais sa pusillanimité n'en fait pas le gardien des droits de l'homme »⁵.

230. Incohérences de la jurisprudence constitutionnelle. En définitive, on peut reprocher au Conseil constitutionnel d'adopter des solutions fondées davantage sur leur opportunité que sur la technique juridique et de « modeler les concepts au gré des circonstances et des problèmes soulevés par chaque espèce alors que le droit pénal, et en particulier le droit de la peine, touchant directement aux libertés individuelles, réclame précision et prévision »⁶. En affirmant que la surveillance judiciaire n'est « *ni une peine ni une sanction* » sans plus de précisions⁷, le Conseil semble, de surcroît, faire abstraction du fait que le terme sanction est susceptible d'inclure aussi bien les peines que les mesures de sûreté. C'est, en effet, avant tout le caractère punitif qui permet de distinguer ces deux types de sanctions pénales. Comme l'a justement fait remarquer le professeur Robert⁸, cette solution n'est guère conforme à sa jurisprudence antérieure par laquelle le Conseil a établi la notion de « matière pénale »⁹.

¹ B. de Lamy, « Le Code pénal : consolidé ou fragilisé par le droit constitutionnel ? », *art. cit.*, p. 26.

² J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 505 s.

³ B. de Lamy, « Le Code pénal : consolidé ou fragilisé par le droit constitutionnel ? », *art. cit.*, p. 28.

⁴ *Ibid.*

⁵ E. Dreyer, « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *art. cit.*

⁶ V. Peltier, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2011, étude 4.

⁷ V. *supra*, n° 216.

⁸ J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

⁹ V. notamment Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, *préc.*, à propos d'une amende fiscale.- Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *préc.*, à propos de la reconduite à la frontière.

Le plus souvent, on constate que le Conseil n'a pas recours, explicitement, à la notion de mesure de sûreté qui lui permettrait d'écarter le régime applicable à la peine. Au contraire, il applique celui-ci à certaines mesures qui ne sont pas qualifiées de peines, ce qui manque de cohérence. Aussi, les sanctions sont-elles soumises aux principes fondamentaux en fonction des finalités recherchées, après une mise en balance des intérêts antagonistes, individuels et collectifs. La fin semble, par conséquent, justifier les moyens. Le régime retenu varie selon la gravité de la mesure : plus l'atteinte est grande, plus la protection des libertés individuelles s'accroît corrélativement. Il n'en demeure pas moins que « les flottements de la jurisprudence constitutionnelle ne sont [...] souvent, que le reflet des incertitudes ou des imprécisions du Code [pénal] qu'il appartient au législateur, et non au Conseil constitutionnel, de corriger »¹.

231. Conclusion de la Section 2. La jurisprudence française témoigne du dualisme des sanctions pénales existant en France, en dépit de la conception unitaire adoptée par le législateur. La Cour de cassation comme le Conseil constitutionnel font une place certaine au concept de mesure de sûreté auquel ces instances ont régulièrement recours. Toutefois, on assiste davantage au développement d'une jurisprudence circonstancielle qu'à l'élaboration d'une théorie générale sur les mesures de sûreté en tant que composante d'un système dualiste cohérent de sanctions pénales. C'est sans doute l'inertie du législateur en la matière qui permet le désordre jurisprudentiel. Les qualifications retenues le sont souvent en fonction du régime que les Hautes instances souhaitent appliquer, quoiqu'un tel constat ne puisse aucunement être généralisé, tant les solutions adoptées sont parfois originales. La jurisprudence constitue, cependant, un point de départ précieux pour la consécration des mesures de sûreté en se détachant des qualifications légales, parfois incohérentes, pour chercher au fond la nature véritable des sanctions concernées. Elle représente la preuve, s'il en était encore besoin, de ce que toutes les sanctions pénales ne sont pas des peines, contrairement à ce qu'ont pu affirmer les rédacteurs du Code pénal. Mais elle conforte également l'idée qu'une réforme législative d'envergure est nécessaire pour remédier au désordre qui règne en la matière. Dans le silence de la loi, il est certes louable que la jurisprudence prenne le relais en fixant certaines règles, voire des lignes directrices en matière de mesures de sûreté. Mais celle-ci serait plus cohérente et prévisible si la notion de mesure de sûreté était définie par le Code pénal et si elle était assortie d'un régime complet.

¹ B. de Lamy, « Le Code pénal : consolidé ou fragilisé par le droit constitutionnel ? », *art. cit.*, p. 23.

Conclusion du Chapitre II

232. La jurisprudence joue un rôle primordial dans la reconnaissance et l'évolution des mesures de sûreté en complétant ou suppléant l'action législative. Qu'il s'agisse d'identifier les mesures de sûreté parmi des sanctions non expressément dénommées telles (telle l'œuvre du juge français) ou de conférer un rayonnement large aux mesures explicitement consacrées par la loi (telle l'œuvre du juge allemand), l'émergence des mesures de sûreté est en grande partie due à la jurisprudence qui en pérennise l'existence. Si le juge allemand conforte essentiellement le régime établi par le législateur en interprétant la loi de manière à assurer une protection effective de la société, il se trouve toutefois confronté à la jurisprudence élaborée au Palais des droits de l'homme à Strasbourg. Tout en opposant à celle-ci quelque résistance, la jurisprudence allemande a dû fléchir sa position afin d'intégrer les exigences européennes. Ainsi donne-t-elle d'importantes impulsions aux réformes législatives, contribuant activement à faire évoluer le droit des mesures de sûreté.

Les solutions adoptées en la matière par la jurisprudence française sont plus désordonnées et obéissent, principalement, à une logique opportuniste, en attribuant à chaque mesure le régime permettant d'obtenir le résultat recherché. La jurisprudence témoigne de la nécessité d'établir un régime proportionnel à la gravité des différentes mesures, les mesures privatives de liberté requérant des garanties plus importantes pour les libertés individuelles que les mesures non privatives de liberté. S'agissant des décisions constitutionnelles intervenues en la matière, on constate qu'il s'agit, en France, principalement de contrôles abstraits, *a priori*, des dispositifs, contrairement aux décisions de la Cour constitutionnelle fédérale qui exerce un contrôle *a posteriori* à partir d'un cas concret. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est toutefois susceptible d'évoluer dans l'éventualité où celui-ci serait saisi d'une mesure de sûreté dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

En définitive, il se dessine, dans la jurisprudence française, un cadre à l'application des mesures de sûreté qui pourrait servir de point de départ à l'élaboration d'un régime complet et cohérent, sur la base d'une distinction selon la nature et la gravité des différentes mesures.

Conclusion du Titre I

233. Les théories doctrinales sur l'instauration des mesures de sûreté aux côtés des peines ont connu, en droit positif, un succès certain mais nuancé. C'est ainsi que la législation et la jurisprudence constituent aujourd'hui des sources incontestables de ces mesures dont l'émergence est clairement perceptible. L'instauration implicite, puis explicite, des mesures de sûreté témoigne de l'intérêt que le droit positif leur porte, sans doute en raison de leur caractère indispensable. Mais on ne saurait parler d'une reconnaissance complète, dans la mesure où le droit français résiste, pour l'heure, à une consécration véritable de la notion de mesure de sûreté. Cette résistance se fait toutefois de moins en moins forte pour céder la place à l'émergence progressive d'un dualisme des sanctions pénales, à l'instar de l'Allemagne où un tel système a été consacré dans la première moitié du XX^e siècle. Au regard du désordre législatif et jurisprudentiel qui règne en France en matière de mesures de sûreté, la nécessité d'une refonte s'impose avec évidence. La consécration véritable des mesures de sûreté implique en effet un effort de systématisation de la part du législateur et de la jurisprudence, afin d'éviter toute contradiction ou confusion dans l'application qui en est faite. Si les mesures de sûreté existent en nombre toujours plus important, leur statut demeure entouré d'une profonde incertitude et nécessiterait un encadrement cohérent. Un pas essentiel consisterait à les insérer dans le Code pénal qui est le code des incriminations et des sanctions pénales, en cessant de les dissimuler au sein du Code de procédure pénale, parmi les mesures d'aménagement de la peine ou encore les procédures particulières applicables aux infractions de nature sexuelle ou aux personnes irresponsables. Une intervention législative d'envergure, visant à consacrer les mesures de sûreté en tant que notion autonome clairement définie et disposant d'un régime propre, est « d'autant plus souhaitable au vu de l'engouement récent pour la résurrection de la catégorie formelle des "mesures de sûreté" »¹.

Si les mesures de sûreté semblent aujourd'hui évoluer vers une reconnaissance véritable et une autonomie vis-à-vis des peines, leur avènement en tant que seconde voie de sanctions pénales impose une clarification en profondeur, passant par une identification préalable des formes qu'elles incarnent en droit positif.

¹ S. Detraz, « Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : application dans le temps », *JCP G*, n° 10, 4 mars 2009, II, 10043.

TITRE II :

LES FORMES DES MESURES DE SÛRETÉ

234. Recensement. Lorsque l'on se propose d'étudier l'émergence des mesures de sûreté en droit positif, une étape incontournable consiste à recenser les différentes formes de mesures existantes. Une analyse approfondie des deux droits permettra de dégager les traits caractéristiques de ces mesures afin de délimiter la notion même de mesure de sûreté, tout en déterminant le régime qui y est associé.

Plusieurs observations doivent être formulées au préalable. D'une part, il est essentiel de dépasser les apparences – donc les qualifications légales – afin de recenser les sanctions qui, en raison de leur nature véritable, revêtent les caractères d'une mesure de sûreté. Il convient donc d'étudier, à côté des mesures expressément qualifiées telles, celles qui, sans emprunter la dénomination ni parfois même la technique des mesures de sûreté, produisent un effet analogue. D'autre part, l'approche comparative permettra de mettre en lumière les insuffisances et les points forts de chaque système et de mettre au jour, en droit français, les mesures de sûreté substantielles qui ne sont pas formellement consacrées comme telles par le législateur¹. La diversité des qualifications nationales révèle en effet la relativité des catégories établies², et permet d'affirmer que l'appellation légale ne constitue qu'un indice parmi d'autres pour identifier les mesures de sûreté véritables. Nombre d'entre elles sont à découvrir parmi les sanctions qui n'en portent pas le nom, tandis que d'autres mesures, désignées comme telles, ne relèvent pas de l'objet de la présente étude³.

235. Critères de classification. Les mesures de sûreté prennent des formes extrêmement variées, si bien que plusieurs classifications sont envisageables.

¹ V. *supra*, n° 109 s.

² V. *infra*, n° 513.

³ L'effet « catalogue » généré par le recensement des mesures de sûreté sous le présent Titre II est volontaire, dans la mesure où un tel catalogue n'existe pas encore en droit positif français et nous semble indispensable à l'étude des mesures de sûreté. Il s'inscrit également dans notre proposition de réforme législative tendant à une reconnaissance véritable et à une consécration légale de ces mesures au sein du Code pénal : pour la proposition de réforme législative, v. *infra*, la Proposition de réforme législative en annexe.

Un premier critère repose sur la personne à laquelle la mesure est applicable. Il permet d'abord de recenser les mesures applicables à des personnes qui n'ont pas commis d'infraction, comme la cure de désintoxication d'un alcoolique ou l'expulsion d'un étranger. Ces mesures sont en principe prononcées par une autorité administrative lorsque l'état de la personne est jugé dangereux pour l'ordre public. On trouve ensuite les mesures applicables aux auteurs (matériels) d'une infraction qui ne peut leur être imputée. À titre d'exemple, nous pouvons citer l'hospitalisation sous contrainte. Enfin, il y a les mesures applicables à l'auteur d'une infraction qui est pénalement responsable, comme la suspension du permis de conduire, qui visent à empêcher la commission d'une nouvelle infraction. Ces dernières mesures sont souvent qualifiées de peines dans le Code pénal français, puisqu'une partie des dispositions les concernant figure dans le Livre I, Titre III, intitulé « *Des peines* ». De plus, elles sont prononcées par une juridiction pénale, comme les peines, ce qui rend difficile leur classification.

Une autre distinction se fonde sur la nature des mesures en cause : elles peuvent être restrictives ou privatives de droits ou de liberté ou bien de nature pécuniaire. Plus l'atteinte aux libertés individuelles est grande, plus la distinction avec les peines devient artificielle. Certaines mesures, comme la détention de sûreté, supposent ainsi que la personne puisse répondre de ses actes, car contrairement à ce qui se passait dans les régimes totalitaires¹, elle ne s'applique plus aux malades mentaux ni aux simples « déviants ».

On peut également distinguer, selon leur objet, entre les mesures de sûreté personnelles et les mesures patrimoniales ou réelles², les mesures personnelles elles-mêmes se divisant en mesures privatives et non privatives de liberté³. Cette solution a été envisagée par le projet de révision du Code pénal français dit « projet Chéron-Matter » de 1934⁴.

Les mesures de sûreté peuvent encore être classées selon leurs finalités respectives et les moyens employés pour y parvenir, ce qui amène à distinguer mesures curatives, éducatives, éliminatrices, sécuritaires ou probatoires. Or, ces différentes finalités se recoupent le plus souvent, et les mêmes mesures peuvent être appliquées à la fois à des fins diverses⁵, la finalité commune étant la protection de la collectivité par la prévention d'infractions futures.

¹ V. *supra*, n° 70.

² Division adoptée par P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, Droit pénal général, op. cit.*, n° 366, p. 334 s.

³ M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle, Rapport préc.*, p. 16.

⁴ V. *supra*, n° 117.

⁵ En ce sens, B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 667, p. 520 s.

236. Classifications légales. Le code pénal allemand n'opère aucune distinction à l'intérieur des mesures de sûreté qu'il se contente d'énumérer dans une partie qui leur est spécialement destinée, aux paragraphes 61 et suivants. Il regroupe toutefois les mesures privatives de liberté (l'internement en hôpital psychiatrique, l'internement en établissement de désintoxication et l'internement de sûreté), avant d'énumérer les autres trois mesures existantes (que sont la surveillance de conduite, l'annulation du permis de conduire et l'interdiction d'exercer une profession). En droit français, on l'a vu, les mesures n'ont pas fait l'objet d'une reconnaissance légale véritable, si bien qu'elles se trouvent éparpillées, sans cohérence apparente, entre le Code pénal, le Code de procédure pénale et les lois annexes¹.

237. Critère choisi. La classification qui sera retenue pour étudier les mesures de sûreté consistera à distinguer selon la nature de l'atteinte qu'elles portent aux libertés individuelles, pouvant être privatives de liberté ou non². À l'intérieur de cette classification se retrouveront d'autres sous-distinctions, en fonction des finalités poursuivies, de l'objet des différentes mesures ou encore du sujet auquel elles s'appliquent. Il s'agira, en définitive, d'associer entre eux plusieurs des critères de classification proposés.

Seront donc étudiées, d'une part, les mesures privatives de liberté (Chapitre I) et, d'autre part, celles qui ne sont pas privatives de liberté (Chapitre II).

¹ V. *supra*, n° 121 s.

² En ce sens, T. Givanovitch, *Les problèmes fondamentaux de droit criminel*, *op. cit.*, p. 195. Un auteur rejette, de manière très contestable, une telle classification, en estimant qu'elle « reviendrait finalement à nier les spécificités des mesures de sûreté » par rapport aux peines, en faisant perdre tout son sens à la distinction : L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, *op. cit.*, n° 293, p. 343. En effet, si ce sont bien les fondements et les objectifs des mesures de sûreté qui les distinguent des peines et non leur contenu, leur nature ou leur gravité, ces critères ne sauraient en aucun cas servir à classer les différentes mesures entre elles, dès lors qu'elles reposent toutes sur la dangerosité et qu'elles ont toutes une finalité préventive. La classification des mesures de sûreté ne présente, dès lors, aucun lien avec leur opposition aux peines.

Chapitre I :

Les mesures de sûreté privatives de liberté

238. Distinction selon le caractère principal. Comme leur nom l'indique, ces mesures privent l'intéressé de sa liberté d'aller et venir. Le champ de cette étude étant limité aux mesures de sûreté comprises comme réponses à un acte pénalement répréhensible ayant révélé une dangerosité qu'il s'agit de neutraliser¹, les mesures préjudicielles seront écartées de notre analyse. Celles-ci ne s'appuient en effet sur aucune infraction légalement établie. Leur finalité est davantage d'assurer le bon déroulement de la procédure visant à établir la vérité des faits qui font l'objet de poursuites. On trouve parmi elles la détention provisoire² qui constitue une mesure exceptionnelle, applicable à la personne mise en examen, pendant l'instruction préparatoire, si le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence avec surveillance électronique s'avèrent insuffisants. S'agissant d'une mesure particulièrement coercitive, elle constitue, parmi les mesures applicables pendant la phase préparatoire du procès pénal, l'*ultima ratio*. Elle doit en effet constituer l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs fixés par l'article 144 du Code de procédure pénale, parmi lesquels se trouve la prévention du renouvellement de l'infraction. On peut également mentionner le placement des mineurs délinquants sur le fondement de l'ordonnance du 2 février 1945³.

Au sein de la catégorie des mesures de sûreté privatives de liberté post-sentencielles, on distinguera, selon leur caractère principal, les mesures curatives (Section 1) des mesures neutralisatrices (Section 2), bien que cette distinction n'ait rien d'absolu. En effet, les premières tendent également, du fait de leur caractère curatif, à neutraliser l'état dangereux, tandis que les secondes comportent nécessairement un volet thérapeutique pour atteindre leur finalité neutralisatrice.

¹ V. *supra*, n° 7.

² Créée par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, la détention provisoire pouvait, aux termes de l'article 137 dans son ancienne version, être ordonnée « à titre de mesure de sûreté ».

³ V. Cass. crim., 11 juin 1953, *JCP*, 1953, II, 7708, note J. Brouchet, *RSC*, 1954, p. 117, obs. A. Légal ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, n° 10, p. 156 s.

Section 1 :

Les mesures curatives

239. Mesures applicables aux personnes souffrant d'une maladie mentale ou d'une addiction. Les mesures curatives tendent à soigner certaines maladies mentales ou addictions sources de dangerosité, par un traitement qui pourra être appliqué soit en milieu libre (s'inscrivant alors souvent dans le cadre d'une mesure de surveillance¹), soit en milieu fermé, dans un hôpital psychiatrique ou un établissement spécialisé. Elles peuvent entraîner une atteinte à l'intégrité corporelle.

Elles visent essentiellement des individus qui ne répondent pas pénalement de leurs actes, en raison d'une maladie mentale ou d'une addiction. S'il n'est nullement exclu que ces mesures concernent des personnes partiellement irresponsables du fait de l'altération de leur discernement, leur vocation première consiste à remplacer la peine pour les personnes non accessibles à celle-ci. La peine montre en effet ses limites face à ceux qui ne sont pas en mesure d'en comprendre la portée ou qui nécessitent avant tout des soins, mais qui s'avèrent dangereux pour la société. Les mesures curatives, parmi lesquelles figurent l'internement en hôpital psychiatrique (§ 1) et en établissement de désintoxication (§ 2) prennent alors le relais.

§ 1 : L'internement en hôpital psychiatrique / die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus

240. Si, en France, l'internement en hôpital psychiatrique n'est véritablement entré dans le champ du droit pénal que récemment, son homologue allemand, *die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, compte parmi les mesures de sûreté depuis l'instauration du principe dit de la double voie². Il apparaît dès lors nécessaire de se livrer, au préalable, à une brève présentation historique du dispositif français.

241. Évolution du dispositif français. Le droit des hospitalisations psychiatriques sous la contrainte a été longtemps règlementé par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés qui accordait notamment au préfet le pouvoir d'ordonner l'internement des personnes aliénées à la demande

¹ V. *infra*, n° 401.

² V. *supra*, n° 63 s.

de l'autorité publique. La loi ne distinguait toutefois pas entre les aliénés délinquants et les autres ; tous étaient donc soumis au même régime¹.

Cette réglementation a été réformée par la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 *relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation*², avant d'être modifiée principalement par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*³. Le terme d'internement a été remplacé par celui, plus neutre, d'hospitalisation et le contrôle entourant l'atteinte à la liberté individuelle résultant de la mesure a été renforcé⁴. Aussi, la mesure est-elle désormais régie par un principe formel de légalité, une personne ne pouvant sans son consentement ou, le cas échéant, sans celui de son représentant légal, faire l'objet de soins psychiatriques, hormis dans les cas prévus par la loi⁵. L'hospitalisation sous contrainte concerne donc exclusivement les personnes dont les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou encore portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public⁶. La réglementation de cette mesure, anciennement appelée hospitalisation d'office, a été abrogée par une décision QPC du Conseil constitutionnel, le 9 juin 2011⁷. La nouvelle réglementation, issue de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011⁸, renforce l'intervention de l'autorité judiciaire permettant une meilleure protection des libertés individuelles de la personne enfermée⁹.

¹ H. Matsopoulou, « 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.*, n° 2, févr. 2010, étude 4.

² *J.O.* 30 juin 1990. Cette loi a transformé entièrement les dispositions du Code de la santé publique consacrées à l'internement en hôpital psychiatrique, substituant aux anciens articles L. 326-1 à L. 354, les articles nouveaux L. 3211-1 à L. 3214-5.

³ *J.O.* 5 mars 2002.

⁴ V., en détail, J.-P. Truffier, « Hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux », *J.-Cl. Civil*, Annexes, V° Internement, Fasc. 10, 10 juin 2007, mise à jour : 5 janv. 2012.

⁵ Art. L. 3211-1 CSP.

⁶ Art. L. 3213-1 CSP.

⁷ Cons. const., 9 juin 2011, déc. n° 2011-135/140 QPC, *Hospitalisation d'office*, *J.O.* 10 juin 2011, p. 9892, texte n° 66.

⁸ V. not. les articles 3212-1 s. CSP.

⁹ Cette réforme fait suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, *Baudoin c. France*, 18 nov. 2010, n° 35935/03 : *JCP G*, 2011, note 189, K. Grabarczyk ; CEDH, *Patoux c. France*, 14 avr. 2011, n° 35079/06 : *JCP A*, 2011, act. 307, Aperçu rapide, N. Albert) et à deux décisions du Conseil constitutionnel (déclarant contraires à la Constitution : le maintien d'une hospitalisation sans consentement pendant plus de quinze jours sans contrôle judiciaire et médical (Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-71 QPC : *J.O.* 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. famille*, 2011, comm. 11, obs. I. Maria ; *JCP G*, 2011, p. 189, note K. Grabarczyk) ; les conditions de l'hospitalisation d'office prévues à l'art. L. 3213-1 CSP et les conditions du maintien de l'hospitalisation d'office prévues à l'art. L. 3213-4 CSP (Cons. const., 9 juin 2011, déc. n° 2011-135/140 QPC, *préc.*).

242. Hospitalisation des personnes ayant commis une infraction – loi du 25 février 2008. Pour les malades mentaux ayant commis des faits pénalement répréhensibles, une nouvelle procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental a été instituée par le deuxième volet du dispositif issu de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008¹. Désormais, constatant une telle irresponsabilité, la juridiction a la possibilité de se prononcer sur la réalité des faits commis par la personne mise en cause, ainsi que sur les différentes mesures imposées par son état de santé². Cette procédure maintient la personne, pourtant déclarée pénalement irresponsable, dans le champ pénal, tout au moins en ce qui concerne les sanctions applicables³. C'est exclusivement cet internement à l'initiative du juge pénal qui retiendra notre attention, en ce qu'il intervient à titre de mesure de sûreté à la suite de la perpétration matérielle d'une infraction par un auteur pénalement irresponsable.

L'étude comparative des internements psychiatriques implique de se pencher, dans un premier temps, sur leurs conditions d'application (A), pour s'intéresser, dans un second temps, à leur mise en œuvre (B).

A. Les conditions d'application des internements psychiatriques

243. Le prononcé des internements psychiatriques peut intervenir, en France (1) comme en Allemagne (2), à certaines conditions.

1. L'application de l'internement en hôpital psychiatrique

244. Hospitalisation ordonnée par les juridictions pénales consécutivement à une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Depuis la loi précitée du 25 février 2008, le Code de procédure pénale, en son article 706-135, prévoit la possibilité, pour la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononçant un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, d'ordonner, par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne concernée⁴. Celle-ci

¹ Sur cette loi, v. *supra*, n° 125 et 128.

² V. H. Matsopoulou, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », *art. cit.*

³ V. aussi *infra*, n° 700.

⁴ Il est à noter que lorsque les autorités judiciaires estiment que l'état mental de la personne concernée nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public, elles avisent immédiatement la commission départementale des soins psychiatriques, ainsi que le représentant

prendra la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du Code de la santé publique (CSP). Cette décision suppose que soit établi, par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure, que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Le préfet sera immédiatement avisé de la décision¹ qui est susceptible d'appel et d'un pourvoi en cassation².

La décision sur l'internement ressortit donc désormais à la compétence de l'autorité judiciaire, à côté de celle de l'autorité administrative. Les conditions d'application et le régime juridique de la mesure sont identiques dans les deux cas.

245. Accueil critique du dispositif. La reconnaissance de la possibilité, pour le juge pénal, de prononcer des mesures de sûreté à l'égard des personnes pénalement irresponsables a soulevé de très vives controverses. Selon le professeur Matsopoulou, cette réforme tend avant tout « à donner satisfaction aux victimes et à leurs proches, pour qui notre système judiciaire antérieur se révélait lacunaire, puisqu'il ne tenait pas compte "des souffrances des victimes d'une personne pénalement irresponsable" »³. Elle permet ainsi d'éviter que la personne irresponsable fasse simplement l'objet d'une ordonnance de non-lieu ou d'un jugement de relaxe ou d'acquittement, désormais remplacés par une déclaration solennelle d'irresponsabilité qui distingue entre la commission matérielle des faits et leur imputation morale. Le même auteur estime que « cette nouvelle procédure [...] alourdit [...] "inutilement notre système procédural", en faisant "subir à des personnes qui souffrent de graves troubles mentaux les conséquences fâcheuses d'une lourde et longue procédure judiciaire", au cours de laquelle on leur reproche "un acte dont elles ne sont pas en mesure d'apprécier la portée" »⁴.

de l'État dans le département (art. L. 3213-7 CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013 *modifiant certaines dispositions issues de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge*, J.O. n° 0227 du 29 sept. 2013). Cet avis indique si la procédure concerne des faits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux personnes, ou d'au moins dix ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux biens. Le représentant de l'État ordonne, sans délai, la production d'un certificat médical circonstancié portant sur l'état actuel du malade, au vu duquel il peut prononcer une mesure d'admission en soins psychiatriques.

¹ Pour les conditions formelles précises, v. les articles D. 47-29 s. CPP.

² La possibilité de former des voies de recours en la matière a été admise, dans un premier temps, par la jurisprudence (Cass. crim., 3 févr. 2010, n° 09-82472, *Bull. crim.*, n° 17 ; *D.*, 2010, Actu p. 585, note Léna ; *D.*, 2010, p. 942, note Detraz ; *AJ pénal*, 2010, p. 244, obs. Royer ; *Dr. pén.*, 2010, n° 52, obs. Maron et Haas ; *Procédures*, 2010, n° 151, obs. Buisson ; *RSC*, 2011, Chron. p. 149, obs. Danet), pour être consacrée par la suite par le décret n° 2010-692 du 24 juin 2010.

³ H. Matsopoulou, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », *art. cit.*

⁴ *Ibid.*

Le professeur Rassat estime, pour sa part, la procédure insuffisante dans la mesure où la juridiction pénale ne fait en réalité « que solliciter le corps médical, le représentant de l'État et exceptionnellement le juge des libertés et de la détention de bien vouloir examiner si, à leur avis, cette personne relève de soins psychiatriques et sous quelle forme » et qu'en toute hypothèse, elle est, par la suite, dessaisie du suivi de la mesure et de sa cessation¹. Le régime de l'hospitalisation étant en effet celui de droit commun, c'est le représentant de l'État qui décide de la forme de la prise en charge et de la fin de la mesure, le JLD pouvant également être saisi, à tout moment, à cet effet².

246. Approbation du dispositif. Il faut pourtant souligner que « l'idée de conférer la compétence de prononcer une hospitalisation d'office à l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, paraît séduisante et ne peut qu'être pleinement approuvée »³. Le dispositif a d'ailleurs été déclaré conforme à la Constitution par la Cour de cassation qui a jugé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles 706-135 CPP et L. 3213-1 CSP, dès lors que ces dispositions, « destinées à concilier, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle, et l'exercice de libertés constitutionnellement garanties, ne méconnaissent, en elles-mêmes, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle, ni le principe d'égalité devant la loi, ni l'objectif constitutionnel de sauvegarde de l'ordre public, l'intérêt des victimes étant pris en compte en application des articles 706-135 et suivants du code de procédure pénale »⁴.

247. Nature incontestable de mesure de sûreté. De toute évidence, l'hospitalisation psychiatrique répond à la notion de mesure de sûreté. Elle se trouve d'ailleurs à ce titre insérée dans un chapitre du Code de procédure pénale relatif aux « mesures de sûreté pouvant être ordonnées en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou en cas de reconnaissance d'altération du discernement »⁵. Comme le rappelle très justement un auteur, son principe dépend de l'état dangereux de l'individu, constaté par une

¹ M.-L. Rassat, « Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte », *art. cit.*, n° 45.

² V. les art. L. 3213-1 et L. 3211-12 CSP.

³ H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

⁴ Cass. crim., 14 janv. 2014, n° 13-82786, *JurisData* n° 2014-000224.

⁵ Livre IV, Titre XXVIII, Chapitre III. Rappelons toutefois qu'il serait plus exact d'insérer toutes les mesures de sûreté dans le Code pénal. V. *infra*, notre Proposition de réforme législative en annexe.

expertise psychiatrique, et la mesure offre à l'intéressé la possibilité d'un traitement visant à éliminer cet état dangereux et à l'empêcher de renouveler son acte¹. Ainsi, la mesure poursuit à la fois un but curatif et préventif et se trouve, comme toute mesure de sûreté, orientée vers l'avenir². Dissipant tout doute possible sur la nature juridique de cette mesure, la chambre criminelle a pris le soin de souligner qu'il s'agissait d'une mesure de sûreté qui est, de ce fait, soustraite au principe de non-rétroactivité de la peine prévue par l'article 112-1 du Code pénal³. Il s'agit précisément d'une « mesure à finalité médicale »⁴.

De tels doutes n'ont jamais existé sur la nature juridique de la mesure équivalente en droit allemand. Celle-ci figure en effet dans le code pénal parmi les mesures expressément qualifiées de mesures de sûreté (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) et fait l'objet d'une abondante jurisprudence. Son prononcé relève également de l'autorité judiciaire, à certaines conditions.

2. L'application de la *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*

248. Conditions d'application. Le juge pénal peut ordonner l'internement en hôpital psychiatrique d'une personne qui a commis une infraction dans un état d'irresponsabilité pénale ou de responsabilité atténuée en raison d'un trouble psychique, si l'analyse de sa personnalité et des actes qu'elle a commis laisse penser qu'elle est susceptible de commettre d'autres infractions graves et qu'elle est, par conséquent, dangereuse pour la collectivité (§ 63 StGB)⁵. Il lui faut donc vérifier que l'auteur souffre d'un trouble psychique d'une certaine gravité et que l'infraction commise résulte de son état psychique⁶. Une capacité de discernement réduite au moment du jugement ne saurait, à elle seule, justifier le prononcé de la mesure⁷ si, au moment des faits, la personne était pleinement capable de répondre de ses actes⁸. Partant, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure le trouble psychique a eu

¹ H. Matsopoulou, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », *art. cit.*

² *Ibid.*

³ Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*; Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 09-82291, *préc.*; Cass. crim., 12 oct. 2011, n° 10-88126, *préc.* V. aussi, sur ces arrêts, *supra*, n° 196.

⁴ F. Rousseau, « Dangérosité et sanctions pénales », in : Ph. Conte et S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangérosité – Quelles certitudes ?*, *op. cit.*, p. 265 s., spéc. p. 273.

⁵ V. Ministère de la Justice, Service des affaires internationales et européennes, *Étude sur les prisons en Europe : Les droits des détenus et la viabilité du système pénitentiaire*, Étude à jour le 10 août 2007.

⁶ BGH, 26 sept. 2012, 4 StR 348/12, *NStZ*, 2013, p. 424; BGH, 6 mars 2013, 1 StR 654/12.

⁷ BGH, 20 nov. 2012, 1 StR 504/12, *NJW*, 2013, p. 46.

⁸ BGH, 25 juil. 2012, 1 StR 332/12.

une influence sur la capacité de discernement au moment des faits¹. De plus, un lien symptomatique entre le risque d'infractions futures et le trouble mental, qui doit être durable, doit être démontré. Cela exclut les hypothèses où l'auteur s'est trouvé, de manière passagère, dans un état abolissant ou atténuant son discernement².

L'internement suppose que la dangerosité pronostiquée se rapporte à des infractions appartenant au moins à la criminalité moyenne, qui troublent sensiblement la paix publique et sont de nature à porter atteinte, de manière importante, au sentiment de sécurité de la population³. En l'absence de précision légale, la jurisprudence exige, en raison de l'atteinte particulièrement lourde que cette mesure porte aux libertés individuelles, que les infractions redoutées soient d'une certaine gravité⁴. De plus, la probabilité de leur commission, du fait du trouble mental, doit être suffisamment élevée⁵ – une simple possibilité ne suffit pas⁶. Un projet de réforme de janvier 2015 prévoit d'ailleurs de limiter le champ d'application de la mesure aux infractions d'une certaine gravité, afin de garantir le respect du principe de proportionnalité⁷.

Le pronostic de dangerosité doit reposer sur une appréciation complète de la personnalité de l'auteur, de sa vie antérieure et des actes par lui commis⁸. Pour évaluer l'importance du danger menaçant la paix sociale, il faut prendre en compte les circonstances propres à chaque espèce⁹. L'absence de commission d'infractions pendant plusieurs années malgré le trouble mental joue en faveur de la personne concernée¹⁰. Des actes passés peuvent toutefois être pris

¹ BGH, 29 mai 2012, 2 StR 139/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 306; BGH, 26 sept. 2012, 4 StR 348/12, *préc.*

² BGH, 6 mars 1986, 4 StR 40/86, *StV*, 1986, p. 379 ; BGH, 26 janv. 2007, 2 StR 582/06, *StV*, 2007, p. 410 ; BGH, 29 août 2012, 4 StR 205/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 367; BGH, 21 nov. 2012, 4 StR 257/12; BGH, 16 janv. 2013, 4 StR 520/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 141; BGH, 22 mai 2013, 1 StR 71/13.

³ BVerfG, 24 juil. 2013, 2 BvR 298/12, *R&P*, 2014, p. 31.

⁴ BGH, 25 févr. 2014, 4 StR 544/13. Selon la Cour fédérale de justice, les infractions punies d'une peine privative de liberté maximale inférieure à cinq ans ne justifient pas l'intervention de la mesure si elles ne s'accompagnent pas d'agissements violents : BGH, 18 juil. 2013, 4 StR 168/13.

⁵ BGH, 15 août 2013, 4 StR 179/13.

⁶ BGH, 9 oct. 2012, 2 StR 180/12.

⁷ Diskussionsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, *Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch*, 20 janv. 2015. Ce projet fait suite à l'affaire « Mollath » qui s'est déroulée en Bavière entre 2006 et 2014 : un individu a été la victime d'une erreur judiciaire en raison de laquelle il avait été interné à tort en hôpital psychiatrique pendant plusieurs années.

⁸ BGH, 5 juin 2013, 2 StR 94/13.

⁹ BGH, 30 juil. 2013, 4 StR 275/13.

¹⁰ BGH, 28 août 2012, 5 StR 295/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 366; BGH, 26 sept. 2012, 4 StR 348/12, *préc.*

en considération si leur cause résidait dans la maladie de la personne¹. Il s'agit, en somme, d'évaluer la probable fréquence des infractions redoutées ainsi que leur gravité².

Les doutes susceptibles d'exister sur les perspectives de succès de la thérapie ou du traitement entrepris en hôpital psychiatrique ne font pas obstacle au prononcé de l'internement. La mesure poursuit en effet également, outre son objectif curateur, un objectif de protection de la société³.

249. Articulation avec la peine ou avec d'autres mesures. Lorsque la responsabilité de la personne n'est pas exclue, mais seulement atténuée en vertu du § 21 du code pénal, le tribunal peut prononcer cumulativement une peine privative de liberté et l'internement en hôpital psychiatrique. La mesure de sûreté doit alors être exécutée avant la peine, à moins que le tribunal n'estime que la finalité de la mesure sera plus facilement atteinte si tout ou partie de la peine est exécuté en premier lieu⁴. Cette décision ne saurait toutefois être motivée par la plus grande sécurité offerte par le régime carcéral⁵.

Le temps passé en hôpital psychiatrique sera déduit de la durée de la peine à hauteur des deux tiers de celle-ci⁶, selon le système dit de la « *Vikariierung* », permettant d'imputer les mesures privatives de liberté sur la peine privative de liberté⁷. Le tribunal peut également accorder une libération conditionnelle⁸ lorsque la moitié de la peine a été exécutée⁹.

Du fait de la finalité resocialisatrice des mesures de sûreté, une personne exécutant une autre mesure peut être placée en l'hôpital psychiatrique (ou en établissement de désintoxication) si son état le requiert et si cette mesure est plus encline à favoriser sa resocialisation¹⁰. Bien évidemment, l'internement en hôpital psychiatrique ne garantit pas la

¹ BGH, 4 juil. 2012, 4 StR 224/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 337 s., *StV*, 2013, p. 206 s.

² BGH, 26 juin. 2012, 1 StR 163/12; v. aussi BGH, 27 sept. 2012, 4 StR 217/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 42; BGH, 26 sept. 2012, 4 StR 348/12, *préc.*

³ BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *StV*, 2002, p. 478.

⁴ § 67, al. 1 et 2 StGB.

⁵ BGH, 8 sept. 1998, 1 StR 384/98, *NStZ-RR*, 1999, p. 44.

⁶ § 67, al. 4 StGB.

⁷ V. *infra*, n° 861 s.

⁸ Dans les conditions du § 57, al. 1, phrase 1, n° 2 et 3 StGB.

⁹ Autrement, c'est la mesure de sûreté qui continue à être exécutée, sauf si le tribunal décide de mettre à exécution la peine en raison de circonstances propres à la personne condamnée : § 67, al. 5 StGB.

¹⁰ V. § 67a, al. 1 StGB. Depuis une loi du 16 juillet 2007 relative à la sûreté de l'internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication (*Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt*, *BGBI.*, I, n° 31, 19 juil. 2007, entrée en vigueur le 20 juillet 2007, et ayant modifié le § 67a, al. 2 StGB), ce « glissement » est également possible dans le cas où un internement de sûreté a été prononcé ou réservé, et ce même si la personne est encore incarcérée. Il est possible indépendamment de la durée d'incarcération restant à purger et ne suppose pas que la fin de la peine soit proche : v. LG Berlin, 95^e Strafvollstreckungskammer, 15 avr. 2008, 595/546 StVK 817/07.

resocialisation du délinquant, si bien que le tribunal peut décider de modifier ou de révoquer sa décision de transfert¹, voire d'ordonner un nouvel internement en hôpital psychiatrique si les effets escomptés n'ont pas été atteints par un premier internement².

La gravité de la mesure suppose toutefois que sa mise en œuvre soit insérée dans un cadre légal strict.

B. La mise en œuvre des internements psychiatriques

250. L'atteinte à la liberté individuelle résultant de l'hospitalisation sans consentement exige des garanties strictes afin d'éviter des internements arbitraires (1). De même, l'exécution de la mesure (2) est encadrée par la loi.

1. Les garanties encadrant la mesure

251. Énoncé des garanties. Il est précisé à l'article L. 3211-3 CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013, que « *lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques [...], les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée* ». La personne est, en outre, informée des décisions qui la concernent, de ses droits³, et des garanties qui lui sont offertes, son avis étant pris en considération dans la mesure du possible. Des garanties équivalentes existent en droit allemand.

252. Finalité resocialisatrice et respect de la dignité. La finalité première de la mesure est la réinsertion de l'individu malade, cette finalité étant caractéristique de toutes les mesures de sûreté. Afin de favoriser leur guérison, leur réadaptation ou leur réinsertion sociale, ou si des démarches extérieures sont nécessaires, les intéressés peuvent bénéficier d'autorisations de sortie de courte durée⁴. Cette possibilité rappelle les autorisations de sortie accordées en application du régime pénitentiaire ou dans le cadre d'une rétention de sûreté⁵.

¹ § 67a, al. 3 StGB.

² BGH, 9 avr. 2013, 5 StR 58/13, *StraFo* 2013, p. 250.

³ Les droits dont elle bénéficie sont énumérés aux articles L. 3211-3 s. CSP.

⁴ Art. L. 3211-11-1 CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 sept. 2013.

⁵ Sur la rétention de sûreté, v. *infra*, n° 333.

D'ailleurs, comme le reconnaît la Cour fédérale de justice pour la mesure allemande, il est indéniable que cette mesure essentiellement curative poursuit également un objectif de protection de la société¹.

La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 a instauré les commissions départementales des hospitalisations psychiatriques dont la mission consiste à examiner la situation des personnes soumises à une mesure d'internement psychiatrique sans consentement, au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes². On constate donc qu'« un accent particulier est mis sur la nécessité de préserver, en toutes circonstances, la dignité du patient et de rechercher sa réinsertion »³.

253. Principe de proportionnalité. Il ressort également de l'article L. 3211-3 CSP que la mesure est soumise au principe de proportionnalité. Ce dernier offre un cadre aux mesures de sûreté, qui est d'autant plus important que ces mesures reposent sur des critères subjectifs. La référence à la proportionnalité s'avère d'un intérêt particulier dans le domaine des mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables car celles-ci interviennent en l'absence de responsabilité pénale, qui sert de critère objectif de référence aux mesures de sûreté consécutives à une condamnation pénale. Comme le souligne un auteur, « la contrainte qui pèse sur la liberté individuelle de la personne enfermée doit être justifiée en raison de l'état mental de cette dernière » et « l'enfermement doit apparaître comme la modalité appropriée et proportionnée à la mise en œuvre d'un traitement qui ne peut se concevoir autrement qu'en milieu fermé et spécialisé »⁴.

En droit allemand, le principe de proportionnalité joue, comme en France, un rôle primordial pour l'internement en hôpital psychiatrique⁵. Dès lors, plusieurs critères sont pris en compte dans la décision relative au maintien de la mesure. La durée de la privation de liberté doit être confrontée à la gravité de l'infraction commise, à la nature et à la fréquence des infractions redoutées, ainsi qu'au degré de probabilité d'un passage à l'acte si la personne devait être libérée. Est également prise en considération la durée de la peine que la personne aurait encourue si elle avait été jugée responsable de ses actes, sans qu'il soit pour autant exclu que l'enfermement puisse dépasser cette durée. Mais, dans ce cas, il faudra démontrer

¹ BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *préc.*

² Art. L. 3222-5 CSP.

³ J.-P. Truffier, « Hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux », *art. cit.*, n° 46.

⁴ A. Pena, « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *RFDA*, 2011, p. 951.

⁵ V. également le § 62 StGB.

que la potentielle dangerosité de la personne se rapporte à la commission d'infractions d'une certaine gravité¹.

La Cour constitutionnelle, dans sa décision du 8 octobre 1985², rendue à l'aune du principe de proportionnalité, a donné l'impulsion à une évolution libérale des modalités d'exécution de l'internement en hôpital psychiatrique, en interprétant le dispositif de manière plus restrictive et plus respectueuse des libertés fondamentales qu'auparavant. Les Hauts magistrats constitutionnels³ et judiciaires⁴ rappellent aujourd'hui régulièrement l'importance du principe de proportionnalité dans l'application de cette mesure, particulièrement attentatoire à la liberté individuelle en raison notamment de sa durée illimitée et de ses conditions relativement floues. Le contrôle de proportionnalité implique de confronter la gravité de la mesure à l'importance des infractions redoutées et au degré de probabilité de leur réalisation, tout en vérifiant si un sursis à l'exécution de la mesure avec surveillance de conduite (*Führungsaufsicht*) n'est pas suffisant pour protéger la société. L'intensité du contrôle doit augmenter avec la durée de la mesure.

254. Insuffisance des garanties. Les dispositifs étudiés ne semblent pas satisfaisants à tous les égards. Il serait notamment préférable d'instaurer expressément une subsidiarité entre cette mesure et les mesures non privatives de liberté applicables aux personnes aliénées⁵, comme c'est le cas en matière de rétention de sûreté, laquelle doit être justifiée par l'insuffisance des autres dispositifs moins attentatoires à la liberté individuelle. Or tel n'a pas été le cas. Il y a donc un « certain décalage entre les exigences du droit interne et celles du droit européen »⁶. En effet, dans son arrêt *C. B. c. Roumanie* du 20 avril 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé, à l'aune de l'article 5 § 1, e) de la Convention, qu'une privation de liberté d'une personne considérée comme aliénée est « *une mesure si*

¹ OLG Francfort, 4 janv. 2013, 3 Ws 717/12. En l'espèce, le risque de commission d'autres harcèlements ou de violences légères n'a pas été jugé suffisant pour maintenir une personne en internement au-delà de neuf ans.

² BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, BVerfGE 70, 297, 312; *NJW*, 1986, p. 767. Il est à souligner que l'espèce ayant donné lieu à cette décision était relative au vol en 1968 d'un manteau de fourrure, en état de récidive, pour lequel l'intéressé a été condamné à neuf mois de prison – puis restera enfermée jusqu'en 1985.

³ BVerfG, 5 juil. 2013, 2 BvR 2957/12 ; BVerfG, 17 févr. 2014, 2 BvR 1795/12, 2 BvR 1852/13 ; BVerfG, 11 juin 2014, 2 BvR 2848/12.

⁴ BGH, 3 avr. 2008, 1 StR 153/08 ; BGH, 12 juin 2008, 4 StR 140/08, *NStZ*, 2008, p. 563 ; BGH, 14 déc. 2011, 5 StR 488/1, *NStZ-RR*, 2012, p. 39.

⁵ Sur ces mesures, v. *infra*, n° 471 s. et 476.

⁶ É. Bonis-Garçon, « Troubles psychiques - Malades mentaux », *Rép. pén. Dalloz*, avr. 2013, mise à jour : oct. 2014.

grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention »¹.

Outre ces garanties générales, l'exécution de la mesure obéit à des règles précises.

2. L'exécution de la mesure

255. Modalités d'exécution de la mesure. Bien que le droit de l'exécution des sanctions pénales relève majoritairement des législations des *Länder*², la loi fédérale sur l'exécution des peines contient un texte relatif à l'internement en hôpital psychiatrique³. Celui-ci dispose que le traitement doit obéir à des considérations médicales. Dans la mesure du possible, l'état de santé de la personne concernée doit être amélioré, de manière à réduire sa dangerosité. Elle fait l'objet, à cet effet, de la surveillance, de la prise en charge et des soins nécessaires.

256. Soins contraints. La Cour constitutionnelle fédérale⁴, suivie par la Cour fédérale de justice⁵, a resserré ses exigences sur les soins contraints. La loi prévoyant ces soins doit ainsi revêtir une certaine clarté et précision pour pouvoir servir de fondement à de tels soins en raison de leur caractère attentatoire au droit à la liberté de la personne⁶ et eu égard au principe de proportionnalité⁷. Elle doit notamment déterminer les conditions et fixer les limites de cette atteinte à la liberté individuelle qui doit être une *ultima ratio*. Le traitement en psychiatrie ne sera en outre applicable que s'il offre des perspectives de succès et répond aux intérêts du malade, celui-ci étant dans l'incapacité de donner un consentement éclairé. Il va durer jusqu'à ce que la personne soit guérie ou cesse d'être dangereuse.

En France également, la personne ne peut s'opposer aux soins médicaux que ses troubles mentaux requièrent, ce qui a été approuvé par le Conseil constitutionnel dans la mesure où ce consentement est rendu impossible par l'état mental de la personne⁸.

¹ CEDH, *C. B. c. Roumanie*, 20 avr. 2010, n° 21207/03, § 48, *Dr. pén.*, 2011, Chron. 3, § 12, obs. Dreyer.

² Chaque *Land* dispose en effet d'une loi spécifique (appelée *Unterbringungsgesetz* ou *Psychisch-Kranken-Gesetz*) réglementant les modalités de l'internement.

³ § 136 StVollzG.

⁴ BVerfG, 23 mars 2011, 2 BvR 882/09; et 12 oct. 2011, 2 BvR 633/11.

⁵ BGH, 20 juin 2012, XII ZB 99/12, *NJW*, 2012, 2967.

⁶ Garanti par l'art. 2, al. 2, phrase 1 Loi fondamentale.

⁷ À titre d'exemple, le § 40, al. 2 et 3 de la Loi relative aux malades mentaux de Brandebourg (*Brandenburgisches Psychisch-Kranken-Gesetz – BbgPsychKG*) ne satisfait pas à ces exigences : v. LG Potsdam, *Strafvollstreckungskammer*, 4 janv. 2013, 20 Vollz 2/12.

⁸ Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-71 QPC, *préc.*, cons. 32.

257. Contrôle périodique de la nécessité de la mesure en France. La personne malade doit être examinée, dans le mois qui suit son admission en soins psychiatriques, et ensuite au moins tous les mois, par un psychiatre de l'établissement d'accueil. Celui-ci établit un certificat médical circonstancié confirmant ou infirmant, s'il y a lieu, les observations contenues dans les précédents certificats, et précisant les caractéristiques de l'évolution des troubles ayant justifié les soins ou leur disparition¹.

Toute mesure d'hospitalisation ordonnée par une juridiction en application de l'article 706-135 CPP ou sur laquelle le JLD s'est déjà prononcé dans les conditions prévues par le Code de la santé publique ne peut se poursuivre sans que le juge n'ait statué sur la mesure avant l'expiration d'un délai de six mois². Le Conseil constitutionnel a approuvé ces dispositions³ en considérant qu'elles « *impos[ai]ent ainsi un réexamen périodique, au maximum tous les six mois, des mesures de soins sans consentement sous la forme de l'hospitalisation complète sur lesquelles une juridiction judiciaire s'est déjà prononcée* ». De plus, elles « *ne font pas obstacle à ce que le juge des libertés et de la détention puisse être saisi à tout moment aux fins d'ordonner la mainlevée immédiate de la mesure et le législateur a donc assuré, entre les exigences de l'article 66 de la Constitution et l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, qui découle des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée* ».

258. Contrôle périodique et sursis à l'exécution de la mesure en Allemagne. Dès le prononcé de la mesure par le juge allemand, il peut être sursis à son exécution si des circonstances particulières indiquent que le but poursuivi peut être ainsi atteint⁴. La perspective du succès d'un traitement médical suivi de manière constante peut être prise en considération pour accorder le sursis⁵.

La nécessité de la mesure doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel au plus tard tous les ans, de manière à pouvoir y mettre un terme ou suspendre son exécution si cela s'avère possible⁶. Les juges sont libres de procéder à ce contrôle plus fréquemment, mais peuvent également fixer une date avant laquelle une demande de vérification ne sera pas recevable.

¹ Art. L. 3213-3 CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013.

² Art. L. 3211-12-1, I, 3° CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013.

³ Cons. const., 20 avr. 2012, déc. n° 2012-235 QPC, *Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, J.O. n° 0095 du 21 avr. 2012, p. 7194, texte n° 78, cons. 17-18.

⁴ § 67b StGB.

⁵ BGH, 6 sept. 2012, 3 StR 159/12.

⁶ § 67e StGB.

La personne bénéficie d'une suspension de la mesure si l'on peut s'attendre à ce qu'elle ne commette plus d'infractions en liberté¹. Lors du contrôle, le principe de proportionnalité doit être respecté afin de concilier le droit à la liberté de l'individu et le besoin de sécurité de la collectivité². La suspension s'accompagnant toujours d'une surveillance de conduite, le tribunal doit prendre en compte l'influence que celle-ci exercera sur le comportement de la personne. S'il estime que la personne présente toujours un risque de commission d'infractions, il doit motiver concrètement sa décision.

259. Cessation de la mesure en France. La mesure de soins psychiatriques applicable aux personnes qui ont été déclarées pénalement irresponsables par le juge français peut prendre fin de plusieurs manières.

En premier lieu, le représentant de l'État peut y mettre fin à l'initiative soit d'un psychiatre, soit du collège mentionné à l'article L. 3211-9 CSP³. Sans entrer dans les détails de la procédure complexe⁴, il convient de souligner que le représentant de l'État est lié par l'avis des psychiatres lorsque deux expertises constatent l'absence de nécessité du maintien de la mesure.

En second lieu, le JLD, dans le ressort duquel se situe l'établissement d'accueil, peut être saisi⁵ ou se saisir d'office, à tout moment, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate de la mesure⁶. Cette mainlevée est subordonnée à deux expertises établies par les psychiatres inscrits sur les listes mentionnées à l'article L. 3213-5-1 CSP⁷.

¹ § 67d, al. 2 StGB.

² BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, BVerfGE 70, 297 (312), *préc.*; BVerfG, 10 oct. 2003, 2 BvR 366/03; BVerfGK 2, p. 55, 59.

³ Ce collège est composé de trois membres appartenant au personnel de l'établissement : un psychiatre participant à la prise en charge du patient ; un psychiatre ne participant pas à la prise en charge du patient ; un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la prise en charge du patient.

⁴ V. not. les articles L. 3213-8 et L. 3213-9-1 CSP.

⁵ Les personnes pouvant saisir le juge sont énumérées à l'art. L. 3211-12 CSP.

⁶ Art. L. 3211-12, I CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013.

⁷ Art. L. 3211-12, al. 12 CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013. Lorsque la personne fait l'objet d'une mesure de soins ordonnée en application de l'article L. 3213-7 du même code ou de l'article 706-135 CPP à la suite d'un classement sans suite, d'une décision d'irresponsabilité pénale ou d'un jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale prononcés sur le fondement du premier alinéa de l'article 122-1 CP et concernant des faits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux personnes, ou d'au moins dix ans d'emprisonnement en cas d'atteinte aux biens, le JLD ne peut par ailleurs statuer qu'après avoir recueilli l'avis du collège mentionné à l'article L. 3211-9 CSP (Selon ce texte, le collège est composé de trois membres appartenant au personnel de l'établissement : un psychiatre participant à la prise en charge du patient, un psychiatre ne participant pas à la prise en charge du patient, et un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la prise en charge du patient) : Art. L. 3211-12, II CSP, modifié par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013.

Il ressort de l'ensemble de ces dispositions que la décision de mainlevée de la mesure est avant tout tributaire de l'expertise médicale du psychiatre¹. La mesure est donc dominée par des préoccupations curatives, ce qui doit emporter l'adhésion. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que, s'il résulte du rapport d'expertise que les troubles psychiatriques et la dangerosité potentielle du demandeur ont disparu, il y avait lieu d'ordonner la sortie immédiate de l'hôpital psychiatrique où l'internement d'office a été réalisé². De la même manière, la sortie immédiate d'un individu placé d'office dans un hôpital psychiatrique doit être autorisée s'il n'est pas démontré que l'affection mentale dont il est atteint le rend dangereux pour lui-même ou pour autrui³.

À l'issue de ces soins, la personne conserve la totalité de ses droits et devoirs de citoyen, sans que ses antécédents psychiatriques ne puissent lui être opposés⁴.

260. Cessation de la mesure en Allemagne. En Allemagne, il doit être mis fin à la mesure lorsque ses conditions ne sont plus réunies, c'est-à-dire lorsque l'état mental ayant justifié la mesure ou la dangerosité qui en résulte cesse, ou lorsque son exécution devient disproportionnée⁵. Il en va de même dans l'hypothèse où le tribunal se rend compte ultérieurement que le diagnostic sur la maladie mentale est erroné. La jurisprudence ne distingue pas selon que les conditions de la mesure ne sont plus réunies ou qu'elles ne l'ont jamais été⁶. La personne doit immédiatement être libérée, même si elle présente encore le risque de commettre des infractions⁷, à moins qu'elle ne fasse l'objet d'un internement de sûreté *a posteriori*⁸. Si la maladie n'est pas guérie, mais perd seulement en gravité, l'exécution de la mesure doit être suspendue⁹.

La mesure doit également prendre fin si elle a été ordonnée en raison d'une déviance psychique grave de la personne et si cette déviance, bien que persistante, n'est plus d'un degré de gravité suffisant¹⁰. Cette hypothèse équivaut, en effet, à une guérison.

¹ V. J.-P. Truffier, « Hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux », *art. cit.*

² CA Paris, 1^{re} ch., 20 mars 1987, *Juris-Data* n° 1987-021063.

³ CA Bordeaux, 1^{re} ch., 2 mars 1987, *Juris-Data* n° 1987-040620.

⁴ Art. L. 3211-5 CSP, modifié par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011.

⁵ § 67d, al. 6 StGB.

⁶ V. KG, 7 juin 2007, 1 AR 651/07, 2 Ws 330/07 ; OLG Dresde, 7 févr. 2008, 2 Ws 18/08; OLG Rostock, 8 févr. 2007, 1 Ws 438/06.

⁷ BGH, 27 nov. 1996, 3 StR 317/96, BGHSt 42, 306 (310); BVerfG, 28 déc. 1994, 2 BvR 1914/92, *NJW*, 1995, p. 2405 (2406).

⁸ V. *infra*, n° 306.

⁹ § 67d, al. 2 StGB.

¹⁰ OLG Brunswick, 5 févr. 2014, 1 Ws 340/13.

261. Observations. D'un point de vue statistique, la mesure d'internement en hôpital psychiatrique est plus importante que l'internement de sûreté. Ainsi, en 2013, 6.633 personnes étaient internées dans un hôpital psychiatrique¹ contre 475 seulement aux fins de sûreté². En outre, le nombre d'internés pour raison psychiatrique a plus que doublé en seize ans, étant passé de 3.216 personnes en 1997 à 6.633 personnes en 2013³. Cela témoigne sans doute du fait que les conditions d'application de la mesure sont trop larges.

Le législateur allemand souhaite actuellement réformer cette forme d'internement pour réduire son domaine en resserrant ses conditions d'application et en augmentant les droits octroyés aux personnes internées sur une longue durée. Une proposition de réforme présentée le 11 juin 2014 par le ministre de la Justice de la Bavière⁴ prévoit de favoriser l'intervention plus fréquente d'experts externes, d'instaurer une audition contradictoire et publique avant chaque prolongation de la mesure, et de renforcer globalement le respect du principe de proportionnalité. Un projet fédéral va également dans ce sens⁵.

Il serait souhaitable que le législateur français, lui aussi, encadre la mesure par des conditions plus strictes et des garanties plus élevées, afin de tenir compte de son extrême gravité. Par exemple, son champ d'application pourrait être réduit aux personnes présentant le risque de commettre des infractions graves contre les personnes. De plus, la subsidiarité de la mesure par rapport aux dispositifs de soins non privatifs de liberté devrait être assurée.

L'autre mesure à vocation curative est fondée non sur le trouble mental de la personne, mais sur sa dépendance à l'alcool ou aux produits stupéfiants.

¹ Au 1^{er} mars 2013. Source: Statistisches Bundesamt, Strafvollzugsstatistik, *Im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Maßregelvollzug)*, 2013/2014, p. 3:

<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/KrankenhausMaßregelvollzug.html> [dernière consultation le 28 août 2015].

² Au 1^{er} janvier 2013. Source: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, *Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres*, Stichtag 31. März 2003 bis 30. November 2013, p. 18:

<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrte.html> [dernière consultation le 28 août 2015].

³ Source : Statistisches Bundesamt, Strafvollzugsstatistik, *Im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Maßregelvollzug)*, 2013/2014, préc.

⁴ *Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch*, 2014:

<http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/unterbringung.pdf>.

⁵ *Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch, Diskussionsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, 20 janv. 2015:

http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/BL-AG%20Novellierung%2063%20StGB%20-%20Diskussionsentwurf.pdf?__blob=publicationFile.

§ 2 : Le placement en cure de désintoxication / *die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*

262. Le traitement curatif des causes de la criminalité. La commission d'une infraction sous l'emprise d'alcool ou de stupéfiants, ou la consommation de ces produits lorsqu'elle est érigée en infraction autonome¹, justifient, sous certaines conditions, que l'auteur soit soumis à des mesures de soins prenant la forme d'une cure de désintoxication (A). Celle-ci vise à enrayer les causes de la délinquance lorsqu'elles résident dans la consommation excessive d'alcool ou de substances illicites, en accordant la primauté aux soins. En effet, la consommation d'alcool ou de stupéfiants est alors considérée sinon comme la cause directe de l'infraction du moins comme un facteur déterminant du comportement infractionnel. C'est ainsi qu'« en soignant l'alcoolique ou le toxicomane, le droit s'attaque à ce qu'il considère comme les raisons profondes de sa criminalité »². En d'autres termes, ces mesures de sûreté visent « la disparition de facteurs criminogènes ayant leur siège dans le corps humain »³. Leur mise en œuvre (B) s'insère dans un cadre légal.

A. Les conditions d'application des cures de désintoxication

263. Application indépendante de la responsabilité pénale. Le placement curatif applicable aux personnes nécessitant un traitement de leur addiction vise aussi bien des personnes responsables pénalement que celles qui ne le sont pas. Il peut intervenir en sus de la peine ou alternativement à celle-ci. Contrairement à la maladie mentale, l'alcoolisme et la toxicomanie ne sont pas des causes de non-imputabilité, puisque la personne qui s'est volontairement mise en état d'ivresse n'a pas agi sans son libre arbitre. La faute et la responsabilité pénale restent donc entières, excepté si l'addiction est associée à une maladie mentale⁴. La dangerosité ainsi révélée requiert toutefois que soient prises des mesures curatives à l'égard de l'auteur car les peines sont souvent inadaptées. En Allemagne, l'internement en établissement de désintoxication (2) suppose nécessairement la commission

¹ Dès lors que l'usage de stupéfiants est érigé en infraction pénale, cette mesure peut même constituer la réponse pénale principale à l'infraction commise. V. *infra*, n° 274.

² Ph. Salvage, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Dr. pén.*, n° 2, févr. 2010, étude 3.

³ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 650, p. 542.

⁴ V. *infra*, n° 710.

d'une infraction, comme toutes les mesures de sûreté, tandis qu'en France, la cure de désintoxication (1) dispose d'un champ d'application plus vaste.

1. L'application de la cure de désintoxication

264. Dispositions pénales applicables aux personnes alcooliques ou toxicodépendantes. La loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 *relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses*¹, ainsi que les évolutions législatives ultérieures², se sont efforcées de rechercher un équilibre entre la répression et le renforcement du volet sanitaire face aux situations d'usage de stupéfiants³. La loi de 1970 a érigé la consommation de produits stupéfiants en délit puni d'une année d'emprisonnement, lequel a été intégré dans le Code de la santé publique lors de l'adoption du nouveau Code pénal, afin de marquer la prééminence de la prise en charge socio-sanitaire sur la répression⁴. Aussi, la lutte contre la toxicomanie se fonde-t-elle sur le constat que « la toxicomanie constitue toujours un état dangereux appelant un traitement thérapeutique »⁵, puisque, selon l'article L. 3411-1 CSP, toute « *personne usant d'une façon illicite de substances ou plantes classées comme stupéfiants bénéficie d'une prise en charge sanitaire* ». On trouve diverses mesures qui sont à la disposition des magistrats à différents stades de la procédure. Le volet répressif s'accompagne ainsi d'un volet sanitaire, notamment à travers l'injonction thérapeutique.

265. Injonction thérapeutique. Le Code de la santé publique prévoit, aux articles L. 3423-1 et suivants, une mesure d'injonction thérapeutique prenant la forme d'une mesure de soins ou de surveillance médicale pour les toxicomanes ou les alcooliques dangereux pour autrui⁶. Dans le cadre de la lutte contre la délinquance liée à la toxicomanie et à l'alcoolisme,

¹ Cette loi de défense sociale était dominée par une double préoccupation d'humanisme et de resocialisation des déviants : v. R. Colson, « Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants », in : O. Cahn et K. Parrot, *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales, op. cit.*, p. 107 s., not. p. 111.

² V. les lois mentionnées au présent paragraphe.

³ A. Legras, « L'injonction thérapeutique entre les mains du parquet : quel cadre d'intervention ? », *AJ pénal*, 2013, p. 329 s.

⁴ J.-P. Jean, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ pénal*, 2010, p. 182 s.

⁵ J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 652, p. 543.

⁶ Le placement curatif était anciennement prévu par les articles L. 628-1 et suivants CSP pour les toxicomanes (issus des lois du 24 décembre 1953 et du 31 décembre 1970) et par les articles 355-1 et suivants CSP en ce qui concerne les alcooliques (issus de la loi n° 54-439 du 15 avril 1954 *sur le traitement des alcooliques dangereux*

le procureur de la République peut alors proposer voire imposer, dès les premières étapes de la procédure pénale, des mesures de soins obligatoires¹. Il est en effet possible d'imposer un traitement à une personne alcoolique ou toxicodépendante paraissant dangereuse pour autrui, même si elle n'a pas encore commis d'infraction. Dans cette hypothèse, il s'agit d'une mesure de sûreté *ante delictum*, visant à prévenir les dommages qui pourraient être causés à l'intégrité corporelle ou aux biens d'autrui.

Le recours à l'injonction thérapeutique pour l'usager toxicodépendant a été systématisé à tous les stades de la procédure par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 *relative à la prévention de la délinquance*. Il s'agit d'une mesure de sûreté curative qui est définie comme une « *mesure de soins ou de surveillance médicale* »². La lutte contre les dépendances concerne aujourd'hui également les situations de consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques³. La mesure peut désormais être ordonnée aussi bien par le procureur de la République dans le cadre des alternatives aux poursuites, que par le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le juge des enfants, ainsi que par la juridiction de jugement⁴. Mais elle existe également dans le cadre de la composition pénale⁵ et comme modalité d'exécution d'une peine, notamment dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve⁶. Les modalités de l'injonction thérapeutique sont fixées par le décret du 16 avril 2008 *relatif au suivi des mesures d'injonction thérapeutique et aux médecins relais*⁷.

On mesure ainsi l'étendue du domaine d'intervention de la mesure, ses conditions d'application étant peu précises. Son homologue allemand, quant à lui, est soumis à des conditions plus élevées.

pour autrui et du décret du 11 mai 1955, dont la mise en œuvre a été organisée par un règlement d'administration publique du 28 juillet 1955. L'article 7 de la loi de 1954, puis l'article L. 355-6 CSP issu de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985, prévoyaient un placement dans un centre de rééducation des alcooliques dangereux pour six mois, renouvelable pour de nouvelles périodes inférieures ou égales à six mois, jusqu'à ce que la guérison paraissait obtenue).

¹ J.-L. Senon et C. Manzanera, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *AJ pénal*, 2007, p. 367 s.

² Art. L. 3413-1 CSP.

³ Depuis la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

⁴ Art. L. 3425-1 CSP, art. 132-45 CP.

⁵ Art. 41-2, 17° CPP, renvoyant aux articles L. 3413-1 à L. 3413-4 CSP.

⁶ Art. 132-45, 3° CP. V. J.-P. Jean, « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *art. cit.*, p. 182 s.

⁷ V. art. R. 3413-1 à R. 3413-15 CSP.

2. L'application de la *Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*

266. Commission d'une infraction en lien avec l'addiction. L'internement en établissement de désintoxication peut être ordonné à l'encontre d'une personne ayant tendance à faire une consommation excessive d'alcool ou de produits stupéfiants et qui a commis une infraction en état d'ivresse ou en raison de sa dépendance¹. L'auteur doit, en outre, avoir été condamné pour cette infraction, à moins que l'existence d'une cause de non-imputabilité soit établie ou ne puisse être exclue.

Contrairement à l'internement en hôpital psychiatrique, cette mesure n'est pas subordonnée à l'absence ou l'atténuation du discernement de l'auteur ; il suffit que l'infraction commise présente un lien symptomatique avec la dépendance de l'intéressé. Celle-ci doit donc avoir causé, au moins partiellement, la réalisation d'une infraction d'une certaine gravité et faire redouter sa répétition à l'avenir². Un trouble de la personnalité n'est pas requis³. Si la personne souffre néanmoins d'un tel trouble, celui-ci n'exclut pas que la dépendance toxicologique ait en partie contribué à la commission de l'infraction⁴.

267. Pronostic de dangerosité. Il doit également exister un risque que la personne commette des actes graves, pénalement répréhensibles, en lien avec sa dépendance⁵. Le pronostic sur l'état dangereux, qui doit être établi au moment du jugement principal⁶, peut découler de l'infraction commise, notamment s'il s'agit d'une infraction violente grave en relation avec la dépendance⁷. Aussi, la « dépendance » (*Hang*) au sens du § 64 du code pénal suppose-t-elle une dépendance physique chronique, ou un penchant à consommer régulièrement des produits stupéfiants qui repose sur une disposition psychologique ou une habitude. Il y a consommation excessive dès lors que la personne semble socialement en

¹ § 64 StGB.

² BGH, 2 août 2012, 3 StR 216/12, *NStZ*, 2012, p. 687; BGH, 21 août 2012, 4 StR 311/12, *R&P* 2013, p. 34; BGH, 28 août 2012, 5 StR 382/12 ; BGH, 23 janv. 2013, 5 StR 635/12; BGH, 7 févr. 2013, 3 StR 468/12.

³ BGH, 19 mars 2013, 3 StR 56/13.

⁴ BGH, 18 juil. 2012, 2 StR 605/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 54.

⁵ Concrètement, le tribunal compétent doit vérifier si les conditions de la mesure sont remplies dans les hypothèses suivantes notamment : une atténuation de la capacité de discernement de l'auteur en raison d'une consommation d'alcool ne peut être exclue (BGH, 26 sept. 2012, 5 StR 442/12) ; l'intéressé consomme depuis longtemps et régulièrement des stupéfiants (BGH, 9 oct. 2012, 2 StR 378/12) ; les actes commis reposent, au moins en partie, sur une consommation excessive de stupéfiants et il existe un danger que sa dépendance l'amène à commettre d'autres infractions graves (V. K. Detter, « Zum Maßregelrecht », *NStZ*, 2014, p. 22).

⁶ BGH, 9 nov. 2012, 1 StR 456/12.

⁷ BGH, 12 déc. 2012, 5 StR 580/12.

danger ou dangereuse en raison d'une dépendance psychique¹, ce qui est notamment le cas en présence d'infractions visant à se procurer de la drogue².

268. Perspective de succès du traitement. Une chance concrète de succès du traitement entrepris est une condition d'application de la mesure³. Il doit donc exister une réelle perspective que la personne dépendante puisse être soignée ou empêchée, pendant un certain temps, de retomber dans une dépendance aiguë⁴. Elle dépend notamment de la personnalité de l'auteur, de la nature et du degré de sa dépendance, ainsi que des changements ou atteintes physiques et psychiques survenus⁵. Cette condition n'est pas remplie si la durée prévisible du traitement dépasse la durée maximale de la mesure qui est de deux ans⁶. Le simple fait que le traitement ne soit pas voué à l'échec ne correspond pas à une réelle chance de succès⁷.

269. Propos conclusifs. En définitive, on constate que « la spécificité prophylactique du "traitement" juridique du consommateur de drogues illicites [ou de la personne alcoolique] est une constante du droit français »⁸. Néanmoins, la mesure de désintoxication mériterait d'être insérée dans un cadre plus strict, dès lors qu'elle intervient dans le domaine pénal, en réponse à la dangerosité révélée par la commission d'une infraction liée à une addiction toxicologique. Il serait notamment souhaitable de subordonner le prononcé de la mesure à la perpétration d'une infraction, afin d'assurer son intervention *post delictum*, plus respectueuse des libertés individuelles. Aussi, à l'instar du dispositif allemand, l'évaluation de la dangerosité devrait-elle être soumise à des critères précis.

La mise en œuvre des cures de désintoxication obéit, elle aussi, à des règles différentes en droit français et en droit allemand.

¹ BGH, 30 juil. 2013, 2 StR 174/13.

² BGH, 27 sept. 2012, 4 StR 253/12; BGH, 21 févr. 2013, 3 StR 2/13.

³ § 64 StGB.

⁴ BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, 2 BvR 387/92, BVerfGE 91, 1.

⁵ BGH, 18 déc. 2012, 4 StR 453/12.

⁶ BGH, 17 juil. 2012, 4 StR 223/12, *StraFo*, 2012, p. 413; BGH, 8 août 2012, 2 StR 279/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 7.

⁷ BGH, 11 avr. 2013, 2 StR 442/12.

⁸ R. Colson, « Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants », *art. cit.*, p. 112. L'auteur ajoute que « se perpétue ainsi une conception, directement héritée de la Défense sociale nouvelle, qui définit l'usage de stupéfiants comme une déviance pathologique dont la sanction est au service d'un objectif curatif d'abstinence, et qui envisage le système pénal comme un mode possible, et parfois nécessaire, de l'entrée dans le soin ».

B. La mise en œuvre des cures de désintoxication

270. Il convient de consacrer quelques développements au moment d'intervention de la mesure (1), ainsi qu'à son exécution (2).

1. Le moment d'intervention de la mesure

271. En droit allemand, la mesure est systématiquement prononcée par le juge pénal qui doit vérifier, au préalable, que les conditions d'application étudiées plus haut sont réunies. En droit français, au contraire, la mesure peut intervenir à différents stades de la procédure.

272. **Mesure ordonnée par le procureur de la République.** L'usage de stupéfiants constitue une infraction pénale¹. Le procureur de la République peut, depuis la loi précitée du 31 décembre 1970, enjoindre aux personnes ayant fait un usage illicite de stupéfiants de subir une cure de désintoxication sous surveillance médicale². L'actuel article L. 3423-1 CSP³ dispose que « *le procureur de la République peut enjoindre à la personne ayant fait un usage illicite de stupéfiants ou une consommation habituelle et excessive d'alcool de se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique prenant la forme d'une mesure de soins ou de surveillance médicale* ». Le texte prévoit en outre que l'action publique ne sera pas exercée à l'égard des personnes qui se seront conformées à la mesure d'injonction thérapeutique ordonnée et la suivent jusqu'à son terme, ou qui se sont volontairement soumises, depuis les faits qui leur sont reprochés, à une mesure de soins ou à une surveillance médicale adaptée – ce qui devrait inciter fortement les personnes concernées à accepter la mesure. Il s'agit donc ici d'une mesure alternative aux poursuites, intervenant en phase pré-sentencielle⁴. Depuis la

¹ Art. L. 3421-1 CSP.

² Anc. art. L. 628-1 CSP.

³ Modifié par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 - art. 67.

⁴ L'injonction thérapeutique est d'ailleurs expressément visée à titre de mesure alternative aux poursuites par le Code de procédure pénale dans le cadre de la composition pénale (art. 41-2, 17° CPP). Le procureur de la République peut même recourir à l'injonction thérapeutique pour toutes les mesures alternatives aux poursuites, qu'il s'agisse de la composition pénale ou des mesures de l'article 41-1 CPP. Cela résulte de la circulaire du 16 févr. 2012 relative à l'amélioration du traitement judiciaire de l'usage de produits stupéfiants, NOR : JUSD1204745C. Notons toutefois que la chambre criminelle a décidé que l'action publique n'était pas automatiquement éteinte après la prescription par le procureur de la République d'une des obligations prévues à l'article 41-1 CPP (Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80003, D., 2011. 2379, note F. Desprez : la Cour précise que « *le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, prescrire l'une des obligations prévues par [l'article 41-1], sans que l'exécution de cette obligation éteigne l'action publique* »), ce qui ne correspond pas tout à fait à la lettre de ce texte qui prévoit que des poursuites peuvent être engagées en cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur. On peut alors se demander si

loi précitée du 5 mars 2007, un médecin relais est responsable de la mise en œuvre de l'injonction thérapeutique et assure l'interface entre l'autorité judiciaire et le dispositif de soins¹.

On constate que le traitement médical se situe au premier plan de la lutte contre la toxicomanie et que c'est seulement si l'intéressé ne se soigne pas spontanément, ou sur injonction du procureur de la République, en se soumettant à l'autorité médicale pour suivre une cure de désintoxication, que des poursuites pénales seront intentées. Le dispositif pénal applicable aux personnes alcooliques ou toxicomanes incite, par conséquent, avant tout aux soins.

273. Mesure ordonnée en cours de poursuites. La cure de désintoxication peut aussi être ordonnée dans le cadre d'une instruction². Elle concerne alors les personnes mises en examen pour le délit d'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants (article L. 3421-1) ou pour le fait de se soustraire à l'exécution de la décision ayant ordonné une injonction thérapeutique (article L. 3425-2)³ – ce qui, dans le deuxième cas de figure, renvoie à la case départ. La mesure peut être ordonnée par le juge d'instruction, le juge des enfants ou le juge des libertés et de la détention, selon les modalités définies aux articles L. 3413-1 à L. 3413-4 CSP.

274. Mesure ordonnée par la juridiction de jugement. La cure de désintoxication peut enfin être ordonnée au stade du jugement⁴. C'est ainsi que la juridiction de jugement peut, à titre de peine complémentaire, astreindre les personnes ayant commis le délit d'usage illicite de produits stupéfiants à se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique, selon les

cette jurisprudence est transposable à l'article L. 3423-1 CSP qui mentionne explicitement l'extinction de l'action publique lorsqu'une personne se soumet à une mesure d'injonction thérapeutique et la suit jusqu'à son terme.

¹ V. A. Legras, « L'injonction thérapeutique entre les mains du parquet : quel cadre d'intervention ? », *art. cit.*, p. 329 s.

² L'ancien article L. 628-2 CSP disposait : « *la cure peut être imposée par le juge d'instruction aux inculpés du délit de l'usage des stupéfiants* ». L'actuel article 138, 10° CPP prévoit la possibilité, dans le cadre du contrôle judiciaire, d'astreindre la personne intéressée à se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, notamment aux fins de désintoxication.

³ Art. L. 3424-1, modifié par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 - art. 167.

⁴ L'ancien article L. 628-3 CSP disposait que : « *La juridiction de jugement pourra astreindre ces personnes à subir une cure de désintoxication* ».

modalités définies aux articles L. 3413-1 à L. 3413-4 CSP¹. Celle-ci peut également être prononcée à la place de la peine principale encourue².

Il est étonnant de voir que le législateur a opté pour la qualification de « *peine complémentaire* » alors que cette mesure est, de toute évidence, dépourvue de tout caractère répressif et poursuit une finalité exclusivement préventive. D'ailleurs, le même texte fait référence à la « mesure » d'injonction thérapeutique. Notons, enfin, que la mesure peut aussi être prononcée dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve³, auquel cas elle devient une modalité d'exécution de la peine.

275. Traitement des toxicomanes en milieu pénitentiaire en cas de cumul de la peine et du traitement. Il résulte implicitement des dispositions de la loi du 31 décembre 1970 que la cure de désintoxication peut avoir lieu en milieu pénitentiaire. D'une part, la juridiction de jugement peut ordonner la mesure à titre de peine complémentaire, parallèlement à la peine d'emprisonnement prononcée pour le délit d'usage de stupéfiants. Il peut en pareil cas s'avérer nécessaire de faire exécuter la cure en prison⁴.

D'autre part, il arrive qu'une personne condamnée pour un délit autre que l'usage de stupéfiants soit toxicodépendante et dangereuse. Or « l'établissement pénitentiaire ne peut pas constituer le lieu idéal de traitement car il ne peut se substituer à l'activité des hôpitaux psychiatriques ou des centres spécialisés »⁵. Ce phénomène a donc conduit à implanter des antennes de lutte contre la toxicomanie dans les maisons d'arrêt⁶, non pas dans l'optique de les substituer aux structures de soins et d'aide existantes, mais afin d'apporter une cohérence aux actions menées et un supplément aux possibilités de prise en charge à la sortie⁷.

276. Propos conclusifs. Cette cure est donc un moyen de traitement qui peut être employé aussi bien en milieu ouvert que dans un établissement spécialisé médical, voire en milieu carcéral. La priorité est d'ailleurs accordée à ce traitement médical qui peut se

¹ Art. L. 3425-1, modifié par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 - art. 167.

² L'ancien article L. 3424-2, al. 3 CSP, abrogé par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 - art. 49, prenait le soin de préciser que la juridiction ordonnant la mesure pouvait renoncer à prononcer les peines principales encourues. Il s'agissait donc d'un cas particulier de la dispense de peine. Or, cette règle peut également être déduite de la disposition générale de l'article 131-11 CP.

³ Art. 132-45, 3° CP.

⁴ V. B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 679, p. 499.

⁵ *Ibid.*, n° 680, p. 500.

⁶ Elles sont placées sous l'autorité administrative du directeur du centre hospitalier de rattachement du Service médico-psychologique régional et du médecin psychiatre responsable du secteur de psychiatrie en milieu pénitentiaire.

⁷ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 680, p. 500.

substituer, de la découverte de l'infraction au jugement sur le fond, aux sanctions répressives légalement encourues par les consommateurs d'alcool ou de stupéfiants¹. Le but premier est d'empêcher d'éventuelles infractions futures en soignant l'individu ; la répression revêt un caractère subsidiaire.

2. L'exécution de la mesure

277. Modalités d'exécution. Le dispositif français est complexe notamment du fait de son éparpillement entre plusieurs textes. L'exécution de la mesure relève de l'autorité sanitaire² à l'égard de personnes signalées par l'autorité judiciaire. En Allemagne, la réglementation relève du domaine du droit pénal. La loi fédérale sur l'exécution des peines dispose que l'internement vise à soigner la personne de sa dépendance et à remédier à son attitude fautive³. S'agissant de l'exécution de la mesure, chaque *Land* règlemente ses modalités précises.

278. Durée. La durée de la mesure française varie selon l'autorité qui la prononce. Lorsqu'elle est prononcée par le procureur de la République, elle l'est pour une durée de six mois, renouvelable trois fois⁴. Au stade des poursuites, la durée de la mesure est de vingt-quatre mois au plus. Son exécution se poursuit, s'il y a lieu, après la clôture de l'information⁵. Quand elle est prononcée au moment du jugement, sa durée est de vingt-quatre mois au plus⁶.

La durée de la mesure allemande est de deux ans au plus⁷. La possibilité de mettre un terme à la mesure ou de suspendre son exécution doit être vérifiée par la juridiction tous les six mois au plus tard, mais ce contrôle peut intervenir même plus fréquemment⁸. À l'inverse, les juges peuvent fixer des délais avant lesquels une nouvelle demande de contrôle ne sera pas recevable. Si les chances de réussite de la thérapie sont compromises, il doit être mis fin à la

¹ *Ibid.*, n° 671, p. 495.

² Sur l'organisation de la prise en charge sanitaire des personnes alcooliques ou toxicodépendantes, v. les articles L. 3412-1 s. CSP.

³ § 137 StVollzG.

⁴ Art. L. 3423-1, al. 2 CSP.

⁵ Les règles fixées par les deuxième à quatrième alinéas de l'article 148-1 CPP étant, le cas échéant, applicables.

⁶ Le fait de se soustraire à l'exécution de la décision ayant ordonné une injonction thérapeutique est puni des peines prévues aux articles L. 3421-1 et L. 3425-1 (art. L. 3425-2 CSP, créé par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007), c'est-à-dire d'un an d'emprisonnement et de 3.750 euros d'amende.

⁷ § 67d, al. 1, phrase 1 StGB.

⁸ § 67e StGB.

mesure¹. L'exécution de l'internement en établissement de désintoxication peut être ajournée si la personne se soumet à un traitement de sa toxicodépendance en milieu ouvert². À l'issue de la mesure, qu'elle prenne fin parce que ses conditions ne sont plus réunies³ ou parce que sa durée maximale est atteinte⁴, la personne est soumise à une surveillance de conduite⁵.

279. Cumul avec une peine. Parce qu'elles poursuivent des finalités différentes, la mesure peut être cumulée avec une peine privative de liberté. Cette possibilité ne contrevient pas, selon la Cour constitutionnelle fédérale, au droit fondamental à la liberté prévu par l'article 2, alinéa 2, phrase 2 de la Loi fondamentale⁶. En droit allemand, le temps que le condamné passe en établissement de désintoxication peut être déduit de la durée totale de la peine à hauteur des deux tiers de celle-ci⁷. Une libération conditionnelle est ensuite possible⁸. Si la personne est condamnée, parallèlement à la mesure, à une peine privative de liberté de plus de trois ans, le juge doit décider qu'une partie de la peine sera exécutée avant la mesure⁹. Cette partie doit être calculée de façon à permettre que l'auteur puisse bénéficier, à l'issue de l'internement, d'une libération conditionnelle¹⁰, c'est-à-dire si la moitié de la peine a été exécutée¹¹.

280. Conclusion de la Section 1. En France, l'internement psychiatrique ne relève de la sphère du droit pénal que depuis une période récente. Avant la loi du 25 février 2008, qui a introduit la possibilité pour le juge pénal d'ordonner certaines mesures de sûreté à l'encontre de l'auteur déclaré irresponsable, cette mesure relevait, en effet, exclusivement de l'autorité administrative. Son contenu reste toutefois inchangé. En droit français comme en droit

¹ BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, 2 BvR 387/92, BVerfGE 91, 1.

² § 35, al. 1 BtMG. Les § 35 et 37 de la loi sur la consommation de stupéfiants prévoient en outre la possibilité, dans pareille hypothèse, d'ajourner l'exécution de la peine ou de ne pas exercer de poursuites pénales.

³ § 67d, al. 5, phrase 1 StGB.

⁴ § 67d, al. 4, phrase 1 StGB.

⁵ § 67d, al. 4, phrase 3 et al. 5, phrase 2 StGB.

⁶ BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, 2 BvR 387/92, BVerfGE 91, 1.

⁷ Toutefois, il ne peut être imputé sur une peine privative de liberté prononcée, par la suite, pour une autre infraction, avec laquelle l'internement ne présente aucun lien. La jurisprudence considère que cette solution n'est pas contraire au respect de la dignité humaine, quand bien même la mesure d'internement se serait avérée, *a posteriori*, avoir été exécutée à tort : BVerfG, 3 janv. 1994, 2 BvR 1436/93, NJW, 1994, p. 2219.

⁸ § 57 StGB.

⁹ § 67, al. 2, phrase 2 StGB.

¹⁰ § 67, al. 2, phrase 3 StGB.

¹¹ § 67, al. 5, phrase 1 StGB. Le juge du fond ne dispose donc pas d'une marge d'appréciation à cet égard : BGH, 21 août 2012, 4 StR 284/12; BGH, 30 oct. 2012, 3 StR 413/12.

allemand, cette mesure mériterait de faire l'objet d'une réforme visant à resserrer ses conditions d'application afin de la réserver aux personnes dont la dangerosité justifie une privation de liberté.

En ce qui concerne la cure de désintoxication, elle témoigne de l'importance du soin contraint dans le cadre du droit pénal¹. Cette mesure vise à atteindre directement les sources de la dangerosité lorsque celle-ci résulte d'une toxicodépendance. Les mesures curatives revêtent en effet, en droit allemand comme en droit français, une coloration médicale et sont tournées principalement vers la réinsertion du délinquant par le traitement – tout en neutralisant son état dangereux. Compte tenu de sa finalité préventive et curative, il est étonnant que le législateur français qualifie la cure de désintoxication de « peine complémentaire » lorsqu'elle est prononcée par la juridiction de jugement. Le droit positif gagnerait en clarté si la mesure était insérée dans le Code pénal parmi les mesures de sûreté consacrées, lesquelles formeraient la deuxième voie de sanctions pénales². De plus, la durée limitée de la mesure dans les deux pays ne semble guère conforme à la logique des mesures de sûreté qui doivent suivre l'état dangereux du délinquant.

Leur nature incontestable de mesure de sûreté ressort, en droit allemand, de la règle selon laquelle les mesures curatives ne sont pas soumises à l'interdiction de la *reformatio in pejus*³. Cette exclusion s'explique par le fait que ces deux mesures sont indépendantes de toute culpabilité de l'intéressé et peuvent, contrairement aux autres mesures de sûreté, intervenir même en cas d'irresponsabilité pénale.

Il en va différemment de l'internement de sûreté, qui est, pour sa part, soumis au principe. En France comme en Allemagne, la détention de sûreté vise, en effet, avant tout, la neutralisation de l'état dangereux et suppose que la personne soit responsable pénalement.

¹ V. aussi *infra*, n° 574.

² Sur la proposition de réforme législative, v. *infra*, n° 789 s. et la Proposition de réforme législative en annexe.

³ § 331, al. 2 StPO.

Section 2 :

Les mesures neutralisatrices : les détentions de sûreté

281. Qualification légale de mesure de sûreté. La *Sicherungsverwahrung* est expressément qualifiée de mesure de sûreté par le code pénal allemand, s'intégrant ainsi dans le système dit de la « double voie »¹. La rétention de sûreté est implicitement qualifiée de mesure de sûreté par le législateur français, même si, rappelons-le, l'originalité du droit français réside dans le fait que le Code pénal de 1994 a entendu unifier les peines et les mesures de sûreté sous l'appellation de « peine », optant ainsi pour le système dit « à voie unique »². Le législateur semble être revenu sur son choix, en créant certaines mesures qu'il a ouvertement qualifiées de « mesures de sûreté »³. Sans doute pour échapper à la contradiction, il a inséré la rétention de sûreté non pas dans le Code pénal, mais dans le Code de procédure pénale. Cette mesure a été décrite comme « un objet juridique non identifié qui n'entre dans aucune catégorie élaborée jusqu'à ce jour par la doctrine »⁴. Pourtant, sa qualification de mesure de sûreté est approuvée par une partie de la doctrine qui estime que « la rétention de sûreté, malgré les contraintes qu'elle entraîne, répond à la notion de mesure de sûreté, car son principe dépend de l'état dangereux de l'intéressé, c'est-à-dire de la grande probabilité de le voir à nouveau violer la loi pénale, et de la possibilité d'un traitement visant à éliminer cet état dangereux et à empêcher ainsi la récidive »⁵. En Allemagne, la qualification de la mesure soulève régulièrement, depuis les années 1920 déjà, des critiques évoquant une « duperie des étiquettes »⁶.

282. Confirmation maladroite par le Conseil constitutionnel de la nature juridique de la rétention de sûreté. Les parlementaires ayant saisi le Conseil constitutionnel de la loi

¹ V. *supra*, n° 77 s.

² V. *supra*, n° 121 s. et 128 s.

³ V. *supra*, n° 124 s.

⁴ B. Lavielle, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *art. cit.*, p. 2 s.

⁵ H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

⁶ E. Kohlrausch, « Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand », *art. cit.*, p. 33. V. aussi J. Kinzig, « An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG », *art. cit.*, p. 913; du même auteur, « Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland », *art. cit.*, p. 237; F. Streng, « Zur Legitimation der Sicherungsverwahrung », *StV*, 2013, p. 236 s.; A. Kreuzer, « Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 10. Un auteur estime qu'avec la nouvelle réglementation de l'internement de sûreté lui conférant une orientation thérapeutique, le reproche tenant à une « duperie des étiquettes » n'est plus fondé : A. Dessecker, « Etikettenschwindel oder Behandlungsvollzug? Kritik der Sicherungsverwahrung und neues Recht », *ZfRSoz*, 2012/2013, p. 265 s.

instaurant la rétention de sûreté ont contesté cette qualification, estimant que la nouvelle mesure était en réalité une peine. Les sénateurs¹ ont fait valoir qu'il ne s'agissait pas d'une mesure de police « dépourvue de tout but rétributif ou expiatoire », le caractère potentiellement perpétuel de la privation de liberté mettant en évidence son caractère punitif. Ils ont affirmé qu'elle n'était pas non plus une simple modalité d'exécution de la peine, contrairement au placement sous surveillance électronique mobile, car elle s'ajoute à la peine de réclusion déjà purgée sans être limitée à la durée des réductions de peine dont bénéficie le condamné². De plus, le consentement de l'intéressé n'est pas requis, contrairement à ce que prévoit la loi pour le placement sous surveillance électronique dans le cadre d'un contrôle judiciaire³. Enfin, selon les auteurs de la saisine, l'intervention de la juridiction pénale lors du prononcé de la mesure constitue la reconnaissance par le législateur qu'il s'agit bien d'une sanction pénale après condamnation, au sens de l'article 5 de la CESDH. Le Conseil constitutionnel a rejeté ces arguments et a approuvé la qualification retenue par le législateur, sans pour autant employer expressément le terme de « mesure de sûreté ». Il a affirmé, rappelons-le, que la rétention de sûreté n'était « *ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition* »⁴.

Il apparaît donc que pour le Conseil constitutionnel, la rétention de sûreté constitue « un degré supplémentaire dans la panoplie des mesures de sûreté »⁵, puisqu'elle a vocation à s'appliquer lorsque les autres mesures, moins contraignantes, apparaissent insuffisantes⁶.

283. Confirmation explicite par la Cour constitutionnelle fédérale de la qualification de mesure de sûreté. La Cour constitutionnelle fédérale a, elle aussi, donné raison au législateur, dans sa décision précitée du 5 février 2004, rendue à propos de la loi de 1998 qui a supprimé la durée maximale de dix ans du premier internement de sûreté⁷. Elle a insisté, on l'a vu, sur le caractère de mesure de sûreté de l'internement pour approuver la rétroactivité de la loi⁸. La qualification de mesure de sûreté a été maintenue dans la décision du 4 mai 2011⁹ qui est pourtant revenue sur certains aspects de la mesure.

¹ V. Saisine par 60 sénateurs.

² En référence à Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*

³ En référence à Cons. const., déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, J.O. 10 sept. 2002, p. 14953 ; *Gaz. Pal.*, 5 sept. 2002, n° 248, p. 3, note J.-É. Schoetti.

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 9. V. *supra*, n° 219.

⁵ Commentaire de la décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *préc.*

⁶ Art. 706-53-14, 1° CPP.

⁷ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

⁸ V. *supra*, n° 157.

⁹ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, cette qualification est cependant vivement contestée par la doctrine¹, qui ne cesse de mettre en avant sa proximité avec la peine en évoquant un « système mixte »² ou une « peine élastique »³. Déjà pour von Liszt, la distinction entre peine et mesure de sûreté était une construction artificielle⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs, rappelons-le, jugé que l'internement de sûreté était une « peine » au sens de l'article 7 de la Convention⁵.

Les conditions d'application (§ 1) et les modalités de mise en œuvre (§ 2) de ces détentions de sûreté retiendront successivement notre attention.

§ 1 : Les conditions d'application des détentions de sûreté

284. Le prononcé d'une détention de sûreté requiert, en France comme en Allemagne, que certaines conditions subjectives et objectives soient réunies. En droit allemand, la *Sicherungsverwahrung* (B) revêt trois formes différentes : l'internement « primaire » (*Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*), l'internement « sous réserve » (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*) et l'internement « a posteriori » (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*). De manière comparable, il existe trois sources de placement en rétention de sûreté en droit français (A) : le placement en fin de peine, le retour en rétention de sûreté pour non-respect des obligations de la surveillance de sûreté après un premier placement en rétention, et le placement pour non-respect des obligations d'une surveillance de sûreté après une surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire.

¹ V. T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 279.

² H. Jung, *Was ist Strafe ? Ein Essay*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 38.

³ P.-A. Albrecht, « Strafrecht ist für die Politik ein Kommunikationsmedium », Interview in: *Law zone*, 2004, n° 1, p. 19.

⁴ V. T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 280.

⁵ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC., 17 déc. 2009, n° 19359/04, préc. V. *supra*, n° 96 et *infra*, n° 531.

A. La rétention de sûreté

285. Les conditions entourant le prononcé de la rétention de sûreté ne sont pas les mêmes selon que la mesure est prononcée *ab initio*, pour s'appliquer en fin de peine (1), ou qu'elle intervient *a posteriori*, comme sanction de la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté (2).

1. Le placement en rétention de sûreté en fin de peine

286. Pour pouvoir être prononcée, la rétention de sûreté suppose que soient réunies certaines conditions, tenant, d'une part, à la personne du délinquant – les conditions subjectives (a) – et, d'autre part, aux actes commis et aux règles procédurales à observer – les conditions objectives (b).

a. Les conditions subjectives

287. Délinquants dangereux. La rétention de sûreté vise les personnes qui ont été condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration commis soit sur une victime mineure, soit sur une victime majeure à condition, dans ce dernier cas, que le crime ait été commis avec certaines circonstances aggravantes ou en état de récidive¹. Les crimes visés protègent donc uniquement les personnes et l'importance de la peine encourue témoigne de la gravité des faits. La mesure est, par conséquent, réservée aux délinquants les plus dangereux ayant commis des faits d'une gravité exceptionnelle.

288. Dangereusité et trouble de la personnalité. Il doit être établi, à l'issue d'un « réexamen de sa situation intervenant à la fin de l'exécution de sa peine », que la personne concernée présente « une particulière dangereusité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elle souffre d'un trouble grave de la personnalité »².

¹ Art. 706-53-13, al. 1^{er} et 2 CPP. En ce qui concerne les majeurs, la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 a étendu l'application de la rétention de sûreté aux infractions commises en état de récidive, sans avoir besoin dans ce cas d'être aggravées.

² Art. 706-53-13, al. 1^{er} CPP.

En premier lieu, il faut donc une « *particulière dangerosité* » de la personne. La dangerosité doit être entendue au sens criminologique du terme et non au sens psychiatrique¹, ce que la lecture des débats parlementaires permet d'affirmer. Si le législateur ne donne pas davantage de précisions sur ce qu'il faut entendre par dangerosité², ni par dangerosité « particulière », celle-ci doit sans doute être mise en relation avec les infractions susceptibles d'entraîner une rétention de sûreté, le domaine de la mesure étant réduit aux formes de criminalité les plus sévères.

Cette dangerosité doit être caractérisée par une probabilité très élevée de récidive³. Les infractions redoutées et dont il s'agit de prévenir la commission sont identiques à celles qui ont justifié la condamnation prononcée⁴. Les textes évoquent tantôt la « récidive », tantôt le risque de « commission » des infractions mentionnées⁵. 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 en l'absence de prononcé de la rétention de sûreté. En effet, ainsi 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 qu'elle a été libérée – pourvu qu'elle le soit un jour –, les conditions de la récidive légale seraient réunies quoi qu'il en soit dès lors que la récidive criminelle est perpétuelle.

En deuxième lieu, il doit s'agir d'individus souffrant d'un « *trouble grave de la personnalité* », c'est-à-dire qui sont susceptibles de faire l'objet d'une thérapie⁶. Il faut, en outre, que la dangerosité découle de ce trouble de la personnalité, la formulation légale « *parce que* » supposant un tel lien de causalité.

289. Évaluation de la dangerosité. Notons que malgré le silence de la loi sur cette question, la cour d'assises doit nécessairement se livrer à une appréciation de l'état dangereux du condamné afin de pouvoir envisager le prononcé ultérieur éventuel d'une rétention de sûreté. La situation des personnes concernées est ensuite examinée au moins un an avant la date prévue pour leur libération, par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté

¹ Sur la distinction entre dangerosité criminologique et psychiatrique, v. *infra*, n° 691.

² Sur la définition de la notion de dangerosité, v. *infra*, n° 682 s.

³ Art. 706-53-13, al. 1^{er} CPP.

⁴ Les infractions sont énumérées à l'article 706-53-13 CPP.

⁵ Art. 706-53-14, al. 3, 2° CPP.

⁶ J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *art. cit.*, p. 209 s.

(CPMS)¹. Celle-ci doit être saisie au moins dix-huit mois avant l'élargissement du condamné, par le JAP ou le procureur de la République². Afin de réaliser une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité des criminels concernés, assortie d'une expertise médicale, elle demande leur placement, pour une durée d'au moins six semaines, dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues³. Elle rend ensuite un avis motivé, indiquant si l'intéressé est d'une particulière dangerosité et si la rétention de sûreté constitue l'unique moyen susceptible de parer à celle-ci. Le législateur a omis de préciser si la commission devait également se prononcer sur le trouble grave de la personnalité qui constitue pourtant une des conditions de fond de la mesure.

L'évaluation de ces différents éléments, déterminante pour décider de l'application effective de la mesure, intervient donc en fin d'exécution de la peine. C'est à ce moment qu'il importe de savoir si la personne est toujours dangereuse, sa situation ayant pu évoluer en détention.

Le critère de la dangerosité reste cependant une condition éminemment floue et subjective, impossible à circonscrire avec certitude⁴. 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-ci⁵. 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 critiquables⁶ – doit établir un risque très élevée de récidive.

Il semble que le poids de l'expertise médicale, réalisée par deux experts, soit fortement limité par rapport à celui de l'évaluation pluridisciplinaire, même si une contre-expertise est de droit lorsque l'intéressé la sollicite⁷. Le résultat de cette expertise, qui ne fait qu'« assortir » l'évaluation pluridisciplinaire, ne conditionne en effet en rien le contenu de l'avis rendu par la commission. Quand bien même cette dernière, ou la contre-expertise,

¹ Sur cette commission, v. plus en détail, *infra*, n° 749 s.

² Art. R. 53-8-53 CPP.

³ Art. 706-53-14, al. 1 et 2 CPP.

⁴ V. *infra*, n° 683 s.

⁵ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 524.44, p. 706.

⁶ V. *infra*, n° 756 s.

⁷ Art. 706-53-15, al. 2, *in fine*, CPP.

conclurait à la non dangerosité de l'intéressé, c'est l'opinion de la commission qui reste déterminante pour la saisine de la juridiction par le parquet¹.

290. Subsidiarité et caractère exceptionnel de la rétention de sûreté. Aux termes de l'article 706-53-13, alinéa 1^{er} CPP, la rétention de sûreté peut être prononcée « à titre exceptionnel ». Or, ce critère relativement vague est d'une valeur normative restreinte. Dans la pratique, il est vraisemblable que les juridictions compétentes préféreront, dans le doute sur la dangerosité effective de la personne concernée, prononcer la rétention de sûreté, plutôt que de prendre le risque de remettre en liberté le condamné qui pourra s'avérer dangereux par la suite. On peut d'ailleurs se demander si le caractère exceptionnel de la rétention de sûreté n'a pas laissé place à une relative banalisation, dès lors que le domaine de la mesure a été élargi (la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 a notamment étendu les infractions pouvant justifier le prononcé de la mesure) et que la rétroactivité de la mesure, initialement écartée, a été confirmée (lorsque la mesure intervient consécutivement à une surveillance de sûreté)².

Il résulte, en outre, du dispositif que la rétention de sûreté présente un caractère subsidiaire, puisqu'elle ne saurait être prononcée que si les obligations résultant d'autres mesures (l'inscription dans le FIJASV, l'injonction de soins ou le PSEM 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 706-53-13³. Cela signifie donc que la rétention de sûreté doit être envisagée en dernier lieu, après vérification que les autres mesures de sûreté moins attentatoires à la liberté individuelle ne suffisent pas à remplir un rôle préventif. En d'autres termes, il faut s'assurer que cette mesure constitue l'unique moyen (*l'ultima ratio*) de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, des infractions visées⁴.

291. La nécessité d'une prise en charge adaptée durant l'incarcération. Se conformant à la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel en 2008⁵, le législateur a, par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, soumis le prononcé de la mesure à une condition supplémentaire. La commission pluridisciplinaire doit vérifier que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine,

¹ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.62, p. 765.

² M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 524.05, p. 703.

³ Art. 706-53-14, al. 3, 1° CPP.

⁴ Art. 706-53-14, al. 3, 2° CPP.

⁵ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 21. V. *supra*, n° 219.

d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre¹. Le Conseil avait affirmé, plus précisément, que le maintien en détention d'une personne condamnée au-delà du temps d'expiration de sa peine, devait être d'une rigueur nécessaire et qu'il en était uniquement ainsi « *lorsque ce condamné a pu, pendant l'exécution de sa peine, bénéficier de soins ou d'une prise en charge destinés à atténuer sa dangerosité mais que ceux-ci n'ont pu produire des résultats suffisants, en raison soit de l'état de l'intéressé soit de son refus de se soigner* »².

Cette condition peut paraître paradoxale dans la mesure où les personnes qui n'ont pas bénéficié d'une offre de soins destinée à diminuer leur dangerosité – et seront donc par hypothèse plus dangereuses que les autres – ne pourront pas se voir appliquer la rétention de sûreté³. Il s'agit, tout de même, d'une condition qui devrait avoir pour effet positif d'inciter à une meilleure prise en charge des détenus et ainsi permettre « d'éviter la prolongation commode et indue de détentions au cours desquelles rien n'aurait été tenté, l'abstention de tout un système étant ainsi compensée par des privations de liberté sans limite »⁴. Notons toutefois que cette prise en charge constitue une obligation de moyens, les traitements devant être proposés mais le condamné étant en droit de les refuser.

À ces conditions subjectives s'ajoutent certaines conditions objectives, offrant un cadre plus précis à la mesure.

b. Les conditions objectives

292. Conditions tenant à la condamnation. La rétention de sûreté ne saurait être prononcée *ante delictum*, en l'absence de toute infraction. Malgré son fondement qui repose sur la dangerosité du délinquant, elle suppose la commission d'une infraction sur laquelle elle prend légalement appui⁵. Cette infraction, qui aura au préalable donné lieu à une condamnation pénale, sert essentiellement d'indice de la dangerosité.

S'agissant d'une mesure particulièrement coercitive, la liste des infractions susceptibles d'entraîner le prononcé d'une rétention de sûreté (énumérée à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale) est relativement courte⁶. La mesure est, de la sorte, réservée aux criminels

¹ Art. 706-53-14 CPP.

² Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 19.

³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 524.14, p. 704.

⁴ *Ibid.*, n° 524.14, p. 704.

⁵ V. *infra*, n° 761 s.

⁶ V. *supra*, n° 287.

les plus dangereux – ce qui n’empêche toutefois pas que son domaine d’application puisse faire l’objet d’une extension à l’avenir¹.

Outre la nature des infractions commises, le législateur prévoit encore que les faits doivent donner lieu à une condamnation à la réclusion criminelle d’une durée de quinze ans au moins. Ce seuil semble constituer une garantie objective de la gravité des faits commis, bien que certains auteurs estiment qu’il est encore trop bas au regard du caractère exceptionnel de la mesure². Signalons que ce seuil est, en tout cas, considérablement plus élevé que celui qui est prévu pour l’internement de sûreté allemand, ce qui tient sans doute au fait que les peines prononcées en Allemagne sont généralement moins élevées³.

Aussi la rétention de sûreté ne peut-elle, en toute logique, être prononcée à l’encontre d’une personne ayant bénéficié d’une libération conditionnelle⁴. Ces deux mesures sont par essence incompatibles, l’une étant une faveur accordée à la personne dont la dangerosité a disparu, l’autre étant fondée sur la persistance de celle-ci à l’issue de l’incarcération. La rétention de sûreté redevient toutefois applicable si la libération conditionnelle est révoquée.

293. Conditions tenant aux règles procédurales. S’agissant du placement en fin de peine, il existe deux conditions procédurales à l’application de la rétention de sûreté.

D’une part, il faut que le principe d’une éventuelle rétention ait été expressément prévu par la cour d’assises lors du jugement de condamnation. Cette modalité ressemble à la procédure applicable en droit allemand à l’internement de sûreté sous réserve⁵. S’il ne s’agit, à ce stade de la procédure, que d’une simple éventualité d’application de la rétention de sûreté, cette mention conditionne le prononcé ultérieur de la mesure par la juridiction

¹ Le législateur a, en effet, procédé par élargissements successifs en ce qui concerne les autres mesures de sûreté (suivi socio-judiciaire, surveillance judiciaire, inscription au FIJAISV...), et a, d’ailleurs, d’ores et déjà élargi la liste des infractions faisant encourir la rétention de sûreté par la loi précitée n° 2010-242 du 10 mars 2010 (v. *supra*, n° 128).

² M. Herzog-Evans, *Droit de l’exécution des peines*, *op. cit.*, n° 524.24, p. 705.

³ Il ressort ainsi des statistiques portant sur les condamnations intervenues en 2012 que 1823 personnes ont été condamnées à des peines allant de 5 à 10 ans en France (réclusion criminelle et emprisonnement confondus pour crimes et délits), contre 1519 en Allemagne ; 962 personnes ont été condamnées à 10 ans et plus, et 163 à 20 ans et plus en France, contre 126 en Allemagne à 10 - 15 ans ; et 16 personnes à la perpétuité en France, contre 95 en Allemagne. On constate donc clairement que les peines de longue durée sont beaucoup plus fréquemment prononcées en France qu’en Allemagne.

Sources : Ministère de la Justice, *Les condamnations*, Année 2012, SDSE, Casier judiciaire national, déc. 2013, not. p. 82, 108 et 111 :

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/2_Stat_Conda_2012.pdf [dernière consultation le 30 août 2015].

Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, *Strafverfolgung 2012*, Wiesbaden 2014, not. p. 159:

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung2100300127004.pdf?__blob=publicationFile [dernière consultation le 30 août 2015].

⁴ Art. 706-53-20 CPP.

⁵ V. *infra*, n° 303 et 314.

régionale de la rétention de sûreté (JRRS). Il est vraisemblable que cette décision a une répercussion sur le *quantum* de la peine prononcée, les juges étant conscients du fait que la mesure n'est applicable qu'à partir d'un seuil de quinze ans de réclusion criminelle. En cas de doute sur la dangerosité de l'accusé, il est permis de penser qu'ils opteront, par précaution, pour une peine plus élevée, et pour une référence à une éventuelle rétention de sûreté. La possibilité de retenir une rétention de sûreté doit faire l'objet d'une délibération spéciale à partir du moment où le crime jugé figure sur la liste de l'article 706-53-13 CPP et où la peine prononcée est égale ou supérieure à quinze ans de réclusion criminelle¹.

D'autre part, le placement en rétention doit avoir été proposé, par un avis motivé, par la CPMS après que celle-ci a examiné, en fin de peine, la situation de la personne concernée à l'aide de l'évaluation pluridisciplinaire mentionnée ci-dessus².

294. Décision effective sur l'application de la mesure. La décision effective est prise par la JRRS qui doit être saisie par le procureur général sur proposition de la CPMS, au moins trois mois avant la date prévue pour la libération du condamné³. Le parquet est donc ici fortement limité dans son pouvoir souverain de saisine des juridictions⁴ – l'avis favorable de la commission pluridisciplinaire étant la condition de la saisine, et obligeant, dans le même temps, le procureur à y procéder⁵ – si bien que la décision finale de placement en rétention de sûreté est tributaire de l'avis favorable de la commission. La juridiction statue après un débat contradictoire par une décision spécialement motivée et exécutoire immédiatement à l'issue de la peine. Un recours est ouvert devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté (JNRS), dont la décision est susceptible d'un pourvoi en cassation.

Si la commission pluridisciplinaire rend un avis défavorable parce qu'elle 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 (JAP) pour qu'il apprécie l'éventualité d'un placement sous surveillance judiciaire⁶. Elle doit alors faire connaître son avis sur les obligations éventuelles auxquelles peut être astreinte la personne et notamment son placement sous surveillance électronique mobile⁷.

¹ Art. 362, dernier alinéa, CPP.

² Art. 706-53-14, al. 1 et 2 CPP. V. *supra*, n° 289.

³ Art. 706-53-15 CPP.

⁴ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.23, p. 763.

⁵ Art. R. 53-8-53, al. 2 CPP.

⁶ Art. 706-53-14, dernier alinéa, CPP.

⁷ Art. R. 53-8-53, al. 3 CPP.

Le cadre légal est considérablement moins protecteur lorsque la mesure prend le relais d'une surveillance de sûreté.

2. Le placement en rétention de sûreté à l'issue d'une surveillance de sûreté

295. Violation des obligations découlant de la surveillance de sûreté. La rétention de sûreté peut en deuxième lieu concerner une personne soumise à une surveillance de sûreté dont elle a méconnu les obligations¹. Le non-respect des obligations doit faire apparaître que la personne présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 CPP. Il faut en outre s'assurer qu'un renforcement des obligations de la surveillance de sûreté est insuffisant pour prévenir la commission de ces infractions. On retrouve ici le caractère subsidiaire de la rétention de sûreté par rapport aux formes moins graves de surveillance des délinquants dangereux. Le domaine d'application matériel de la mesure est le même que lors de son prononcé *ab initio*, puisque la surveillance de sûreté, à laquelle elle fait suite, suppose au préalable qu'ait été commise l'une des infractions faisant encourir la rétention de sûreté².

Le texte précise que constitue une méconnaissance par la personne des obligations qui lui sont imposées le fait pour celle-ci de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins³. De la même manière, la rétention de sûreté peut être ordonnée si la personne soumise à une surveillance de sûreté refuse d'être placée sous surveillance électronique mobile ou si elle manque aux obligations qui en découlent⁴.

296. Procédure allégée. Le président de la juridiction régionale peut alors ordonner en urgence son placement provisoire dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté, placement qui devra être confirmé dans un délai maximal de trois mois par la juridiction régionale statuant conformément à l'article 706-53-15 CPP, à défaut de quoi il sera mis fin d'office à la rétention. Cette décision de confirmation doit intervenir après avis favorable de la CPMS et peut faire l'objet des recours prévus par l'article 706-53-15⁵.

¹ Art. 706-53-19 CPP.

² Sur la surveillance de sûreté, v. *infra*, n° 382.

³ Art. 706-53-19, dernier alinéa, CPP.

⁴ Art. 706-53-19, al. 5 CPP.

⁵ Art. 706-53-19, al. 3 CPP.

En cas de placement en rétention de sûreté par le président de la JRRS, la personne peut être « *retenue le temps strictement nécessaire à sa conduite dans le centre socio-médico-judiciaire de sûreté* »¹. Cette mesure peut faire suite à une « *rétention* » ordonnée par un officier de police judiciaire dans le cadre de l'article 712-16-3 CPP ou à un mandat d'arrêt ou d'amener prévu par l'article 712-17, décerné par le JAP ou, en cas d'urgence et d'empêchement de celui-ci ou du magistrat le remplaçant, par le procureur de la République².

On remarque qu'une décision préalable par la cour d'assises prévoyant l'éventualité d'un placement en rétention de sûreté n'est pas requise dans cette configuration, la mesure intervenant *a posteriori*.

297. Régime moins protecteur. Dans ce cas de figure, la loi qui a instauré la rétention de sûreté s'est appliquée rétroactivement³. Le législateur a, de surcroît, contourné les conditions de fond qui s'imposent lors du prononcé de la mesure *ab initio* et qui représentent autant de garanties pour le justiciable. L'article 706-53-19, alinéa 3 CPP n'exige, en effet, que la démonstration d'une « *particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13* » – la dangerosité de la personne étant une condition indispensable de toute mesure de sûreté –, en laissant de côté le trouble grave de la personnalité, ainsi que le caractère exceptionnel de la rétention. De la même manière, est ici abandonné le critère résultant de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel selon lequel la rétention de sûreté est subordonnée à une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont souffre la personne pendant l'exécution de sa peine.

La rétention de sûreté constitue dès lors la sanction de la violation des obligations d'une mesure non privative de liberté, ce qui peut paraître particulièrement sévère. Il s'agit, en somme, d'une sanction privative de liberté, d'une durée illimitée, s'appliquant à des faits commis avant son entrée en vigueur. Si, au contraire, l'on considère qu'elle repose exclusivement sur des faits postérieurs, à savoir la méconnaissance de la surveillance de sûreté, elle paraît pour le moins disproportionnée. La conformité de la mesure à la Convention européenne des droits de l'homme laisse dubitatif⁴.

¹ Art. 706-53-19, dernier alinéa, CPP.

² Art. 706-53-19, dernier alinéa, CPP.

³ V. *supra*, n° 131 et 219. La rétroactivité de la surveillance de sûreté entraîne, en effet, avec elle la rétroactivité de la rétention de sûreté, de manière à venir contredire directement la solution que le Conseil constitutionnel avait apparemment voulu retenir : Cons. const., 21 février 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

⁴ Sur la confrontation de la mesure aux normes européennes, v. *infra*, n° 587 s.

Cette variante est celle qui s'apparente le plus à l'internement de sûreté *a posteriori* prévu par le droit allemand.

B. Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

298. La mesure allemande suppose, elle aussi, la satisfaction d'un certain nombre de conditions subjectives (1) et objectives (2).

1. Les conditions subjectives

299. Propension et dangerosité. La *Sicherungsverwahrung* s'adresse aux 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, particulièrement celles qui causent à leurs victimes un préjudice moral ou corporel important¹. L'ancienne réglementation (en vigueur avant le 1^{er} janvier 2011) visait également celles qui occasionnent un préjudice important sur le plan économique², mais la mesure était en pratique rarement appliquée pour protéger des biens, la liberté de la personne prévalant dans ce cas.

300. Notion de propension. La « *propension* » (*Hang*) correspond à une réalité psychologique (« *psychologische Tatsache* »)³, un état intérieur constant qui conduit la personne à violer la loi pénale de manière habituelle, dès que l'occasion se présente⁴. Il peut s'agir aussi bien de l'individu qui a une tendance profondément enracinée, dont l'origine importe peu, que de celui qui manque de volonté et commet de ce fait régulièrement des infractions⁵. Un concours de circonstances qui serait la cause unique de l'infraction ne suffit pas à révéler une telle propension⁶. Il convient donc de procéder à un examen approfondi de la

¹ § 66, al. 1, n° 4 StGB.

² Ancien § 66, al 1^{er}, n° 3 StGB.

³ BGH, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, n° 21.

⁴ BGH, 15 févr. 2011, 1 StR 645/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 204. V. K. Detter, « Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht », *NStZ*, 2004, p. 486, spéc. 491.

⁵ BGH, 29 juil. 2008, 1 StR 248/08, *NStZ-RR*, 2008, p. 337.

⁶ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 60.

personnalité de l'agent, le constat de l'existence de la propension relevant de l'office du juge¹. Dans la pratique, les juges déduisent souvent la propension des infractions commises².

Les infractions dont on entend empêcher la commission par l'enfermement relèvent d'un certain degré de gravité, bien que le texte soit vague sur ce point. On s'accorde généralement à dire que la petite ou moyenne délinquance n'est pas suffisante pour conclure à cette gravité³, cette question relevant néanmoins d'une appréciation *in concreto* des juges du fond. Les infractions déjà commises par l'auteur servent ici d'indice.

301. Notion de dangerosité. La « *dangerosité pour la collectivité* » correspond, comme en droit français, à la très forte probabilité que l'agent commette à l'avenir de nouvelles infractions graves – et elle doit résulter de sa propension. On peut donc se demander si la dangerosité représente une condition autonome par rapport à la propension, ou si elle n'en est que la conséquence⁴. La Cour fédérale de justice insiste sur la différence entre ces deux conditions. Si la propension, définie comme une « *habitude comportementale enracinée* » (« *eingeschliffenes Verhaltensmuster* »), correspond à un état actuel constaté sur la base d'une étude complète du passé du délinquant, le pronostic de dangerosité correspond, pour sa part, à la probabilité ou non que l'auteur s'abstienne à l'avenir, malgré sa propension, de commettre d'autres infractions graves⁵.

Les modalités d'appréciation de cette condition varient selon les trois formes d'internement existantes.

302. Particularités de l'internement de sûreté primaire. Pour le prononcé *ab initio* de la mesure, ce pronostic de dangerosité doit être établi au moment du jugement de condamnation et non à la fin de l'exécution de la peine, la réforme de décembre 2010⁶ ayant

¹ J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *art. cit.*, p. 209 s. V., entre autres, BGH, 28 nov. 2002, *NStZ*, 2003, p. 310; BGH, 17 déc. 2009, 3 StR 399/09, n° 4, *BeckRS* 2010, 02974 ; BGH, 30 mars 2010, 3 StR 69/10, n° 5, *NStZ-RR*, 2010, p. 203.

² J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, *op. cit.*, p. 591 ; J. Kinzig, « Der Hang zu erheblichen Straftaten und was sich dahinter verbirgt », *NStZ*, 1998, p. 14-19.

³ J. Kern, *Brauchen wir die Sicherungsverwahrung – Zur Problematik des § 66 StGB*, *op. cit.*, p. 21; T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 60.

⁴ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 64.

⁵ BGH, 30 mars 2010, 3 StR 69/10, n° 7, *préc.* ; BGH, 15 févr. 2011, 1 StR 645/10, *préc.*

⁶ Issue des deux lois précitées du 22 décembre 2010, v. *supra*, n° 97.

pris le soin d'expliciter cette exigence¹ qui résultait déjà de la jurisprudence², approuvée par la majorité de la doctrine³. Certaines décisions n'ayant pas appliqué ce principe ont abouti soit à se réserver seulement le prononcé d'un internement de sûreté⁴, soit à renoncer à tout prononcé d'un internement⁵, alors que la personne a été jugée dangereuse au moment de sa condamnation et qu'un internement de sûreté primaire aurait dû être ordonné. La mention expresse dans le texte devrait désormais permettre d'éviter de telles disparités de jugements.

Le pronostic doit résulter d'une « *appréciation d'ensemble* », qui prend en compte la personnalité de l'agent, son histoire personnelle, son caractère, ses relations familiales, l'âge qu'il aura à sa sortie de prison, les effets attendus de l'exécution de sa peine, son passé pénal ainsi que l'infraction de référence pour laquelle il est jugé⁶. Il est nécessaire que les infractions en question soient symptomatiques de sa dangerosité. Le pronostic doit être favorable lorsque l'on peut dire avec certitude que l'intéressé ne présentera plus de danger après l'exécution de sa peine⁷. En revanche, un simple espoir ou une possibilité en ce sens ne sauraient suffire pour le déclarer non dangereux⁸.

L'intervention d'au moins un expert durant la procédure est obligatoire⁹, dès lors que la possibilité d'un internement de sûreté est envisagée. Les juges décident d'après leur intime conviction¹⁰, en respectant le principe de proportionnalité entre la dangerosité de l'agent et ses droits et libertés.

Avant la fin de l'exécution de la peine, le juge doit vérifier, à nouveau, si l'internement de sûreté est toujours nécessaire et justifié, c'est-à-dire si la personne est toujours dangereuse¹¹. En effet, on ne saurait prédire avec certitude au moment du jugement de condamnation que cette dangerosité persistera après de longues années de détention.

¹ § 66, al. 1, n° 4 StGB.

² V. p. ex. BGH, 5 sept. 2008, 2 StR 265/08.

³ V. T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 57^e éd., 2010, § 66 n° 36 ; R. Rissing-van Saan, J. Peglau, *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^e éd., 2008, § 66 n° 206 ; W. Stree, in : A. Schönke et H. Schröder, *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, 27^e éd., Beck, 2006, § 66, n° 35.

⁴ BGH, 5 sept. 2008, 2 StR 265/08 ; OLG Hamm, 5 janv. 2010, 4 Ws 348/09.

⁵ BGH, 2 déc. 2003, 1 StR 102/03.

⁶ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 65 s.

⁷ V. BGH, 21 oct. 1992, 5 StR 446/92, *NStZ*, 1993, p. 78 ; BGH, 22 janv. 1998, 4 StR 527/97, *NStZ-RR*, 1998, p. 206 ; BGH, 29 nov. 2001, 5 StR 507/01, *NStZ*, 2002, p. 535 (536) ; BGH, 4 févr. 2004, 1 StR 474/03, *NStZ-RR*, 2004, p. 202 (203).

⁸ BGH, 15 oct. 2008, 2 StR 391/08. Cette jurisprudence peut paraître contestable dans la mesure où le doute devrait profiter à la personne concernée. La privation de liberté ne devrait en effet pas pouvoir reposer sur l'impossibilité d'écarter avec certitude la dangerosité de la personne, mais devrait, au contraire, supposer le constat positif de sa dangerosité.

⁹ § 246a, phrase 1 StPO.

¹⁰ BGH, 27 sept. 1994, 4 StR 528/94, *NStZ*, 1995, p. 178.

¹¹ § 67c StGB.

303. Particularités de l'internement de sûreté sous réserve. L'internement sous réserve présente la particularité que la dangerosité ne peut être établie avec suffisamment de certitude au moment du jugement de condamnation¹. Là réside tout son intérêt. Le tribunal ne peut cependant se contenter d'affirmer que l'appréciation de la dangerosité est impossible ; il doit avoir, au préalable, procédé aux investigations nécessaires afin de découvrir une éventuelle dangerosité.

Plus précisément, la propension et la dangerosité de la personne condamnée (conditions figurant au § 66, al. 1^{er}, n° 4 relatif à l'internement primaire) ne doivent pouvoir être vérifiées avec certitude, mais leur existence doit être probable². Cette forme d'internement ne doit pas être prononcée de façon préventive, « au cas où », mais suppose d'établir une « probabilité importante »³ que l'agent commettra d'autres infractions. Or, si, à ce stade de la procédure, la dangerosité actuelle de l'agent venait à être révélée, il deviendrait alors impossible d'ordonner un internement sous réserve ; les juges seraient obligés de prononcer un internement de sûreté primaire. En effet, ces deux formes d'internement sont exclusives l'une de l'autre, leur condition d'application matérielle tenant au pronostic de dangerosité n'étant pas la même.

La frontière entre la dangerosité *probable* (requis pour l'internement réservé), et la dangerosité *avérée* (requis pour l'internement primaire) qui correspond à une forte *probabilité* que l'agent commette des infractions à l'avenir, semble toutefois incertaine⁴.

La dangerosité sera appréciée de manière définitive à la fin de l'exécution de la peine. Le juge ordonnera l'internement du condamné s'il résulte d'une appréciation d'ensemble portant sur le condamné lui-même, ses actes et son évolution jusqu'à la décision, qu'il y a lieu de

¹ § 66a, al. 1, n° 3 StGB.

² Cette condition résulte d'une réécriture du § 66a du code pénal par la réforme de décembre 2010, le texte opérant désormais un renvoi aux conditions du § 66 relatif à l'internement de sûreté primaire. Cette clarification devrait permettre une application plus aisée de la mesure, les juges n'étant plus tenus de démontrer l'existence d'une telle propension dès l'ajournement du prononcé de la mesure. Avant la réforme de décembre 2010, il existait en effet une controverse sur la question de savoir s'il fallait démontrer une propension au moment du jugement. La doctrine majoritaire et la jurisprudence récente se sont prononcées en faveur de cette solution (T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 70 ; BGH, 8 juil. 2005, *BGHSt* 50, 188, 2 StR 120/05, *NJW*, 2005, p. 3155). Une telle solution pouvait paraître paradoxale, dans la mesure où la démonstration de la propension de l'agent à commettre des infractions implique que celui-ci soit déjà considéré comme dangereux au moment de sa condamnation, au vu de la relation quasi inséparable existant entre propension et dangerosité.

³ V. W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder, *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, *op. cit.*, § 66a, n° 12. Aussi, s'il est prévisible, à ce stade de la procédure, que le temps passé en détention ne sera pas suffisant pour permettre une meilleure évaluation de la dangerosité, le prononcé de la mesure ne saurait être réservé : BGH, 11 déc. 2012, 5 StR 521/12, *BeckRS*, 2013, 00989.

⁴ V. J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.

s'attendre à ce qu'il commette des infractions graves, causant aux victimes un préjudice moral ou corporel important¹. Le texte ne fait plus référence à la propension à ce stade de la procédure (contrairement à ce qui est prévu pour le premier jugement), la démonstration de la dangerosité étant dès lors suffisante, ce qui peut paraître incohérent.

304. Nouveautés issues de la réforme du 22 décembre 2010. Depuis la réforme de décembre 2010, on l'a vu², l'internement sous réserve est applicable également aux primo-délinquants³. Dans ce cas de figure, la mesure peut intervenir quand bien même la dangerosité du délinquant serait avérée au moment du jugement de condamnation, dès lors que les autres conditions de l'internement primaire font défaut⁴. C'est sans doute l'aspect le plus surprenant de cette nouvelle possibilité d'ajournement de la décision sur l'internement, la mesure étant ici amputée de sa spécificité principale.

En revanche, dans l'hypothèse où la dangerosité est avérée et les conditions objectives de l'internement primaire sont réunies, il n'est pas possible d'avoir recours à l'internement réservé en tant que « sanction plus douce », l'internement primaire ayant dans ce cas l'exclusivité⁵.

305. Appréciation critique. On a quelque peu l'impression que ce dispositif vient combler un vide sécuritaire, engendré notamment par la quasi suppression de l'internement *a posteriori*⁶, auparavant applicable aux primo-délinquants.

Cette extension de la mesure devrait toutefois trouver son contrepois dans le fait que l'appréciation de la propension et de la dangerosité est, en grande partie, fondée sur le passé pénal de la personne et, partant, sur le nombre et la gravité des infractions commises. Or, pour un primo-délinquant, cette base est très mince, si bien que le recours à cette mesure sera fortement réduit.

¹ § 66a, al. 3, phrase 2 StGB. On remarque qu'il s'agit ici d'infractions d'une particulière gravité, puisque le risque d'infractions causant un préjudice économique est exclu du domaine d'application de l'internement sous réserve, et l'était même déjà avant la réforme de décembre 2010.

² V. *supra*, n° 97.

³ § 66a, al. 2 StGB.

⁴ § 66a, al. 2, n° 2 et 3 StGB.

⁵ V. le *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung* (projet de loi pour une nouvelle réglementation du droit relatif à la détention de sûreté), Deutscher Bundestag, 26 oct. 2010, Drucksache 17/3403, p. 28 s.

⁶ V. *supra*, n° 97.

306. Particularités de l'internement de sûreté *a posteriori*. Depuis la réforme de décembre 2010, ayant abrogé l'internement *a posteriori* consécutif à une peine privative de liberté¹, la mesure ne subsiste que pour les cas où une personne est libérée de l'hôpital psychiatrique parce que son affection mentale (excluant ou atténuant sa responsabilité pénale) a cessé et que la personne demeure dangereuse pour la collectivité en raison de la grande probabilité qu'elle commette des infractions graves à l'avenir². Contrairement aux formes d'internement *a posteriori* abrogées, il n'est ici pas nécessaire de démontrer l'apparition de faits nouveaux³. Le texte n'exige pas non plus la démonstration d'une propension à commettre des infractions, ce qui signifie que la dangerosité de la personne peut être indépendante d'une telle propension, même si, dans la pratique, le pronostic d'infractions futures en découle fréquemment⁴.

La mesure trouve également à s'appliquer lorsqu'une peine privative de liberté reste à exécuter après la libération de l'hôpital psychiatrique, dans l'hypothèse où la responsabilité de la personne n'avait pas été exclue mais seulement atténuée⁵. Cette précision a été ajoutée par la loi du 22 décembre 2010, car auparavant la question ne se posait pas : dans l'ancien dispositif, l'internement de sûreté *a posteriori* pouvait, en tout état de cause, être prononcé même après l'exécution de la peine⁶.

307. Problèmes posés par l'internement *a posteriori* consécutif à l'internement l'hôpital psychiatrique. Cette possibilité d'internement *a posteriori* a sans doute été maintenue – malgré les doutes quant à sa conformité à la Convention européenne⁷ – pour

¹ Rappelons toutefois que pour les « cas anciens » (faits commis avant l'entrée en vigueur de la réforme), les dispositions transitoires prévoient le maintien de l'internement de sûreté *a posteriori*. V. *supra*, n° 97 et 100.

² § 66b, al. 1, n° 2 StGB, dans sa version issue de la loi précitée du 22 déc. 2010. V. *supra*, n° 97.

³ Rappelons qu'avant la réforme, l'internement *a posteriori*, ordonné au stade de l'exécution de la peine, supposait qu'apparaissent, avant la fin de la détention en prison, des faits nouveaux (appelés *Nova*) indiquant que le condamné présente un danger important pour la collectivité. La mesure était donc applicable à la personne qui n'était pas jugée dangereuse au moment de sa condamnation, mais se révélait l'être par la suite. Les *Nova* devaient présenter un certain lien symptomatique avec l'infraction pour laquelle l'individu a été condamné, puisque c'était cette infraction qui servait de base objective à la mesure. L'internement de sûreté *a posteriori* était très problématique en raison de son fondement matériel, le pronostic de dangerosité étant établi sur une base factuelle extrêmement mince. Notons que La Cour fédérale de justice insistait sur la priorité des autres formes de *Sicherungsverwahrung*, et la Cour constitutionnelle accordait la primauté aux mesures moins attentatoires à la liberté de la personne, comme la surveillance de conduite, faisant de l'internement *a posteriori* l'*ultima ratio* du droit pénal : BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *préc.*

⁴ BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *préc.* ; BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, *préc.*

⁵ Le tribunal peut, dans ce cas, on l'a vu, prononcer cumulativement une peine privative de liberté et l'internement en hôpital psychiatrique, auquel cas celui-ci est en principe exécuté en premier lieu : § 67 StGB. V. *supra*, n° 249.

⁶ V. BGH, 7 oct. 2008, GSSt 1/08, NStZ, 2009, p. 141, note Ullenbruch.

⁷ V. *infra*, n° 619, 648, 658, 672 et 674.

éviter qu'une personne dont la dangerosité était déjà connue lors de son internement en hôpital psychiatrique ne puisse être libérée ultérieurement parce que sa maladie mentale a cessé, alors que sa dangerosité subsiste, ou pour le cas où l'on se rendrait compte, *a posteriori*, que le diagnostic portant sur la maladie mentale était en fait erroné. Se pose alors la question de l'atteinte portée à l'autorité de la chose jugée¹, puisque ce type d'internement ne repose pas sur des faits nouveaux mais sur la dangerosité de la personne, déjà connue lors du jugement. La juridiction, qui a eu le choix entre plusieurs sanctions, a décidé de prononcer l'internement en hôpital psychiatrique plutôt qu'un internement de sûreté primaire, ce qui signifie que les conditions de cette dernière mesure n'étaient pas réunies ou que l'autre mesure était plus adéquate. Lorsqu'il s'avère que la juridiction s'est trompée, une nouvelle appréciation de la situation ancienne permet de revenir sur la décision prise, ce qui est critiquable. Cela n'a pas échappé à la Cour européenne des droits de l'homme.

308. Position de la Cour européenne. La Cour européenne des droits de l'homme a, on l'a vu, condamné cette forme d'internement de sûreté comme étant contraire aux articles 5 § 1 et 7 § 1 de la Convention².

Pour la Cour de Strasbourg, la mesure ne saurait trouver son fondement dans l'article 5 § 1, a) de la Convention qui permet la détention après condamnation. En effet, elle ne repose pas sur le premier jugement qui, d'une part, a expressément refusé d'ordonner le placement de la personne en internement de sûreté (en optant pour l'hôpital psychiatrique) et, d'autre part, ne constitue pas nécessairement une « condamnation », puisque la personne internée en hôpital psychiatrique est, le plus souvent, jugée pénalement irresponsable. Le second jugement, intervenant *a posteriori* afin d'ordonner l'internement de sûreté, ne comporte, quant à lui, aucune appréciation de la culpabilité de l'agent, mais se fonde exclusivement sur la dangerosité de ce dernier³. La mesure ne semble pas davantage entrer dans les prévisions de l'alinéa e) de l'article 5 § 1 qui autorise la détention d'un aliéné. Cette hypothèse suppose en effet de démontrer une réelle maladie mentale chez la personne – alors qu'elle a été libérée de l'hôpital psychiatrique précisément en raison de la disparition de celle-ci. Un trouble

¹ V. aussi *supra*, n° 161.

² CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, § 76 ; CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, § 85 s. V. aussi *supra*, n° 160.

³ CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, § 84 s.

psychique au sens des dispositions transitoires et de la loi sur l'internement thérapeutique¹ ne paraît alors pas suffisant².

De plus, la mesure s'applique à des faits antérieurs à son introduction dans le code pénal allemand, ce qui ne saurait être justifié par la seule protection de l'intérêt général. L'internement de sûreté ordonné *a posteriori* constitue, par conséquent, une nouvelle peine plus sévère au sens de l'article 7 § 1, appliquée de manière rétroactive, et non une mesure prolongeant l'exécution d'une autre mesure de sûreté³.

309. Fléchissement de la jurisprudence constitutionnelle. En réaction aux arrêts de la Cour européenne, la Cour constitutionnelle est revenue sur sa position antérieure⁴ en admettant qu'il ne s'agissait pas d'un simple « passage » d'une mesure de sûreté à une autre, mais d'une nouvelle atteinte autonome aux droits fondamentaux⁵. Ainsi, si le droit allemand prévoit, par une disposition spécifique, la possibilité du passage entre différentes mesures de sûreté sans que la première mesure ne cesse définitivement⁶, le texte prévoit ici expressément que l'internement en hôpital psychiatrique doit prendre fin avant qu'un internement de sûreté ne puisse être ordonné. En outre, ces mesures se distinguent dans le fond, puisque leur prononcé cumulatif est possible lorsque leur finalité ne peut être atteinte par une seule mesure⁷. La Cour estime, à cet égard, et à l'instar de la Cour fédérale de justice⁸, que l'internement de sûreté ne constitue pas une atteinte plus grande, mais une atteinte différente aux droits de l'intéressé⁹. Si, au moment de la condamnation, un internement de sûreté n'a été ni prononcé, ni réservé, le droit fondamental à la protection de la confiance légitime de l'intéressé empêche, de ce fait, d'appliquer la mesure de manière rétroactive¹⁰.

¹ Sur ce trouble psychique, v. *supra*, n° 100 et 103.

² CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, § 92 s.

³ CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, § 77 et 78.

⁴ Pour contourner l'interdiction de la rétroactivité *in pejus*, la Cour constitutionnelle fédérale avait invoqué l'argument de la continuité existant dans l'enfermement, la mesure faisant seulement suite à une autre mesure privative de liberté (BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, *préc.* V. *supra*, n° 159). Or une telle analyse méconnaissait la différence entre les deux mesures, l'une étant avant tout curative, l'autre neutralisatrice, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour.

⁵ BVerfG, 6 févr. 2013, 2 BvR 2122/11, *préc.*, § 24 s.

⁶ § 67a, al. 1 et 2 StGB.

⁷ § 72 StGB.

⁸ V. *supra*, n° 161.

⁹ BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, *préc.* ; BVerfG, 6 févr. 2013, 2 BvR 2122/11, *préc.*

¹⁰ Une exception a toutefois été admise par la Cour en ce qui concerne les faits déjà jugés, dès lors qu'un risque important d'infractions graves à caractère sexuel ou violent émane de la personne et que celle-ci souffre d'un trouble psychique au sens de la loi sur l'internement thérapeutique (BVerfG, 6 févr. 2013, 2 BvR 2122/11, *préc.*, § 42) en application du contrôle strict de proportionnalité exigé par la Cour depuis sa décision du 4 mai 2011. Un risque d'inconventionnalité subsiste donc.

310. Propos conclusifs. Pour résumer, l'application d'un internement de sûreté est subordonnée à la démonstration de la dangerosité de la personne qui résulte de sa propension à commettre des infractions graves. Selon le moment du prononcé de la mesure, ces conditions sont à apprécier à différents stades de la procédure. Pour l'internement primaire, la dangerosité doit être avérée au moment de la condamnation, alors que pour l'internement sous réserve elle doit seulement être probable. Dans les deux cas, elle doit faire l'objet d'une nouvelle évaluation à l'issue de l'exécution de la peine, afin de s'assurer de la nécessité de placer le condamné en internement de sûreté. De ce fait, les deux formes d'internement ne se distinguent pas fondamentalement ; une fusion serait envisageable pour ne garder qu'un seul internement de sûreté dont la possible application serait prévue lors du jugement de condamnation et qui serait définitivement prononcé après l'exécution de la peine. Un tel système ressemblerait à celui qui est en vigueur en France¹. L'internement *a posteriori*, pouvant intervenir lorsqu'un internement en hôpital psychiatrique prend fin, est très critiquable eu égard aux normes européennes et mérite d'être abrogé.

En plus de ces conditions subjectives, le prononcé de l'internement de sûreté suppose la réunion de certaines conditions objectives. Le dispositif est très complexe et varie selon les différentes modalités de la mesure.

2. Les conditions objectives

311. La *Sicherungsverwahrung* est toujours prononcée par la juridiction de jugement. Comme pour les conditions subjectives, les conditions d'application varient selon les trois formes d'internement existantes.

312. L'internement de sûreté primaire. Lorsqu'il est prononcé *ab initio*, l'internement est tantôt obligatoire tantôt facultatif. Le prononcé de la mesure est obligatoire² lorsque plusieurs conditions se trouvent réunies. Tout d'abord, la personne doit être condamnée à une peine privative de liberté d'au moins deux ans pour une infraction intentionnelle faisant partie de la liste des infractions énumérées par le § 66, alinéa 1, n° 1 StGB (depuis la réforme de

¹ V. *supra*, n° 293 s.

² § 66, al. 1 StGB

décembre 2010). Celle-ci comprend notamment des infractions contre la vie ou l'intégrité physique, la liberté personnelle ou le libre consentement sexuel¹.

De plus, il faut que l'auteur ait déjà été condamné deux fois auparavant, pour des infractions intentionnelles faisant partie de cette liste, à une peine de privation de liberté d'un an au moins à chaque fois². Il doit également avoir purgé une peine ou mesure privative de liberté pendant deux ans ou plus avant la commission de la nouvelle infraction³. Afin de s'assurer que l'agent a bénéficié d'un véritable avertissement avant de réitérer, les infractions commises par lui doivent l'avoir été après que le jugement précédent a acquis l'autorité de chose jugée⁴. La mesure peut également être ordonnée à côté d'une peine perpétuelle⁵, ce qui n'est pas à l'abri de la critique⁶. Un tel cumul semble avant tout symbolique⁷, destiné à donner l'illusion d'une plus grande sécurité à la société.

¹ Figurant aux parties 13, 16, 17 et 18 de la partie spéciale StGB. Font également partie de la liste certaines infractions faisant encourir une peine maximale d'au moins dix ans : les infractions mentionnées aux parties 1 (infractions contre l'État), 7 (infractions contre l'ordre public), 20 (extorsion et menace) et 28 (infractions représentant un danger public) de la partie spéciale StGB, ainsi que celles qui sont réprimées par le Code pénal international (*Völkerstrafgesetzbuch*) et par la Loi sur la consommation de stupéfiants (*Betäubungsmittelgesetz*). Est enfin visée l'infraction prévue par le § 145a StGB consistant à violer l'une des obligations résultant de la surveillance de conduite (*Führungsaufsicht*), mais uniquement lorsque celle-ci a été ordonnée pour l'une des infractions énumérées plus haut, ou lorsque l'une de ces infractions a été commise en état d'ébriété totale causé par la faute intentionnelle de l'agent et en raison duquel il ne peut pas être puni pour l'infraction commise, faute de discernement (infraction autonome prévue au § 323a StGB et punie de 5 ans d'emprisonnement).

² § 66, al. 1, n° 2 StGB.

³ § 66, al. 1, n° 3 StGB.

⁴ BGH, 31 juil. 2012, 3 StR 192/12.

⁵ V. la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancienne réglementation interdisant le cumul entre une peine perpétuelle et l'internement de sûreté : BGH, 17 déc. 1985, 1 StR 564/85, *NStZ*, 1986, p. 476. V. aussi J. Peglau, « Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe », *NJW*, 2000, p. 2980.

⁶ J. Kinzig, « Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung », *NJW*, 2002, p. 3204 ; B. Steinhilber, *Mord und Lebenslang. Aktuelle Rechtsprobleme und Vorschläge für die überfällige Reform*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 243 s.

Une partie de la jurisprudence considère qu'un tel cumul n'est pas justifiable (BGH, 25 juil. 2012, 2 StR 111/12, *juris* n° 22 s.; BGH, 10 janv. 2013, 3 StR 330/12. En ce sens, v. aussi A. Kreuzer, « Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 7 s.) puisque la personne condamnée à une peine perpétuelle ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle qu'à la condition qu'elle ne soit plus dangereuse pour la collectivité (§ 57a, al. 1, phrase 1, n° 3 combiné au § 57, al. 1, phrase 1, n° 2 StGB), ce qui est incompatible avec la dangerosité persistante requise pour pouvoir mettre à exécution un internement de sûreté (§ 67c, al. 1, phrase 1 combiné au § 66, al. 1, n° 4 StGB). Rappelons à ce titre que la Cour constitutionnelle fédérale autorise que l'exécution de la peine perpétuelle se poursuive au-delà de la culpabilité du condamné en raison de sa dangerosité : BVerfG, 8 nov. 2006, 2 BvR 578, 796/02, *NJW*, 2007, p. 1933.

⁷ J. Kinzig, « Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 3204 s. La quatrième chambre criminelle de la Cour fédérale de justice considère toutefois que le cumul est justifié et qu'il peut s'avérer nécessaire dans certains cas de figure (BGH, 24 oct. 2013, 4 StR 124/13, *NJW*, 2013, p. 3735. Commentaire critique par: S. Kemme, « "Doppelt hält besser?" Zum praktischen (Un)Sinn des Festhaltens an der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe. Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 124/13 (Urteil vom 24.10.2013) = HRRS 2013 Nr. 1043 », *art. cit.*, p. 174 s.) en s'appuyant sur les fondements et la nature juridique différents des deux sanctions.

Le prononcé de la mesure est facultatif dans trois cas de figure. En premier lieu¹, il l'est, en l'absence de condamnation antérieure, si l'auteur a commis au moins trois des infractions intentionnelles énumérées, pour chacune desquelles la peine minimale encourue était d'un an ou plus, et s'il est condamné, pour une ou plusieurs de ces infractions, à une peine privative de liberté d'au moins trois ans. Sont ici visés les délinquants réitérants qui ont réussi à échapper jusque-là aux poursuites. En deuxième lieu, il est facultatif² dans le cas où l'auteur est condamné à deux ans de privation de liberté au moins, pour un crime ou un délit mentionné au § 66, alinéa 3, 1^{ère} phrase StGB, si, auparavant, il a déjà été condamné à une peine de trois ans ou plus, dont il a exécuté au moins deux ans. En troisième et dernier lieu, le prononcé de la mesure est facultatif³ si l'auteur a commis deux infractions pour lesquelles la peine minimale encourue était d'au moins trois ans, et s'il est condamné pour un ou plusieurs de ces faits à une peine d'emprisonnement de trois ans ou plus, sans avoir été condamné par le passé et sans avoir purgé une peine ou mesure privative de liberté.

313. Observations. On observe donc, d'une part, que la réforme de décembre 2010 a considérablement réduit le domaine d'application de l'internement primaire, en le limitant aux seules infractions de nature violente ou sexuelle (en excluant les infractions contre les biens), et, d'autre part, que cette limitation vaut tant pour l'infraction qui sert de déclencheur à la mesure que pour les antécédents de la personne. Une modification du dispositif vient cependant contrebalancer ce mouvement de restriction de la mesure. Le délai pendant lequel une infraction sexuelle est prise en compte comme constituant une première condamnation a, en effet, été allongé, passant de cinq à quinze ans⁴. Or, plus un acte a été commis dans un temps éloigné, moins il est représentatif de l'état actuel de l'individu, ce qui peut s'avérer problématique pour l'appréciation de la dangerosité de la personne.

314. L'internement de sûreté sous réserve. L'internement sous réserve est applicable aux personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées au § 66, alinéa 3, 1^{re} phrase, lorsque les conditions objectives de l'internement *ab initio* sont remplies, mais que la dangerosité de la personne est incertaine⁵. Cette forme d'internement prend donc appui sur le catalogue des infractions énumérées pour l'internement primaire, ce qui signifie que la

¹ § 66, al. 2 StGB.

² § 66, al. 3, phrase 1 StGB.

³ § 66, al. 3, phrase 2 StGB.

⁴ § 66, al. 4, phrase 3 StGB.

⁵ V. *supra*, n° 303.

restriction de ces infractions à la délinquance violente et sexuelle opérée par la réforme de décembre 2010 vaut également pour l'internement réservé. C'est donc essentiellement d'un point de vue matériel que ces deux variantes d'internement se distinguent, à savoir par la certitude ou non – si tant est que l'on puisse parler de certitude en matière de pronostic – que l'individu est dangereux.

La réforme a réalisé une innovation majeure, en ajoutant la possibilité de réserver le prononcé d'un internement de sûreté à l'égard des primo-délinquants¹, alors qu'il fallait, auparavant, des condamnations répétées. En effet, il est désormais applicable aux personnes condamnées, pour la première fois, à une peine privative de liberté « globale »² d'au moins cinq ans pour une ou plusieurs infractions, jugées lors d'une procédure unique, contre la vie, l'intégrité physique, la liberté personnelle ou le libre consentement sexuel³.

315. Observations. Cette nouvelle variante est, en quelque sorte, venue remplacer l'internement de sûreté *a posteriori*, sans pour autant reprendre la condition essentielle de ce dernier, à savoir l'apparition de faits nouveaux (*Nova*) pendant l'exécution de la peine. Cela risque de conduire à une application extensive de l'internement sous réserve aux délinquants n'ayant commis qu'une seule des infractions du catalogue légal, dans un souci de protection de la société. En outre, pour les personnes jugées pour plusieurs infractions à la fois, une peine globale de cinq années suffit pour pouvoir avoir recours à l'internement sous réserve. Partant, même si chaque infraction prise individuellement n'est que de moindre importance, c'est la peine globale qui doit être prise en compte pour décider de la mesure⁴.

L'élargissement du champ d'application de l'internement réservé n'est pas négligeable. En 2009, 1.024 personnes ont été condamnées pour l'une des infractions mentionnées au § 66a, alinéa 2, n° 1 StGB à une peine privative de liberté de plus de cinq ans⁵. Par rapport au

¹ § 66a, al. 2 StGB.

² Le concept de peine « globale » (*Gesamtstrafe*) signifie, selon le § 53 du code pénal allemand, qu'une peine unique est prononcée en cas de concours réel d'infractions qui sont jugées lors d'une procédure unique.

³ Selon la partie 28 StGB ou selon les §§ 250, 251, aussi en combinaison avec les § 252 ou § 255 StGB.

⁴ Rappelons que dans ce cas de figure, la condition matérielle tenant à la probable dangerosité de la personne est reléguée au second rang – la dangerosité pouvant être d'ores et déjà avérée – si les conditions objectives d'un internement primaire ne sont pas réunies et que les juges veulent tout de même se réserver la possibilité de prononcer un internement de sûreté ultérieurement. C'est notamment l'hypothèse où une personne est jugée pour une ou plusieurs infractions qui n'entrent pas dans les prévisions du § 66, alinéa 3, phrase 2, à savoir que chacune d'entre elles ne fait pas encourir une peine minimale de deux ans de privation de liberté.

⁵ Selon la *Strafverfolgungsstatistik* (statistique des poursuites pénales) 2009, p. 152 et s. ; citée par J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.

nombre de personnes se trouvant internées au 31 mars 2011, à savoir 504¹, on s'aperçoit que le domaine d'application de la mesure a connu une forte extension.

316. Application aux mineurs. L'internement sous réserve peut également être prononcé à l'encontre des primo-délinquants mineurs de plus de quatorze ans condamnés à une peine d'au moins sept ans de privation de liberté pour les infractions les plus graves contre la vie ou l'intégrité physique, les atteintes sexuelles et les atteintes aux biens ayant entraîné la mort².

317. Dispositions procédurales. La décision sur le prononcé *ab initio* ou sous réserve d'un internement de sûreté doit être motivée³. Dans la seconde hypothèse, le président du tribunal doit informer l'intéressé de ce que le prononcé de la mesure a été réservé et lui indiquer à quel moment la décision définitive sur l'internement interviendra⁴.

Celle-ci sera prise lors d'une nouvelle instance, avant la fin de l'exécution de la peine, si la juridiction de jugement en a prévu la possibilité. Auparavant, cette décision devait intervenir au plus tard six mois avant la date à laquelle le condamné était éligible à la libération conditionnelle⁵, mais cette condition a été abandonnée. Le texte précise désormais que la décision définitive sur l'internement peut intervenir jusqu'à l'achèvement de l'exécution de la peine, et ce, même si la personne a bénéficié d'une libération conditionnelle qui est finalement révoquée. On observe ainsi un rallongement du délai pendant lequel la mesure peut être prononcée. L'intervention d'un expert est à nouveau requise.

318. L'internement de sûreté *a posteriori*. L'internement *a posteriori* applicable aux personnes libérées de l'internement en hôpital psychiatrique – seule variante toujours en vigueur pour les faits commis après le 1^{er} janvier 2011⁶ – suppose que la personne ait été internée en raison de la commission de plusieurs des infractions énumérées au § 66, alinéa 3, 1^{ère} phrase, ou qu'elle ait été, par le passé, condamnée à une peine privative de liberté d'au moins trois ans ou internée en hôpital psychiatrique pour l'une ou plusieurs de ces infractions.

¹ Selon la *Strafvollzugsstatistik* (statistique de l'exécution des peines) 2011, p. 12 et s.

² § 7 JGG.

³ § 267, al. 6, phrase 1 StPO.

⁴ § 268d StPO.

⁵ Ancien § 66a, al. 2, phrase 1 StGB.

⁶ V. *supra*, n° 97. Pour les « cas anciens » et les dispositions transitoires, v. *supra*, n° 100.

319. Propos conclusifs. L'internement de sûreté est considéré comme l'*ultima ratio* des sanctions pénales et paraît même « être l'une des plus graves – sinon la plus grave – de celles prévues par le code pénal allemand »¹. Or, eu égard à sa gravité, la récente réforme est jugée insuffisante par une grande partie de la doctrine qui préconise une refonte plus approfondie du régime de l'internement². Certains auteurs suggèrent, par exemple, de ne laisser subsister que la possibilité du prononcé sous réserve et de renoncer aux internements primaire et *a posteriori*³. Le professeur Kinzig craint d'ailleurs un recul du caractère d'*ultima ratio* de la mesure par l'extension du domaine de l'internement sous réserve⁴.

La rétention de sûreté française, instaurée par la loi du 25 février 2008, semble s'être inspirée de son homologue allemand. Néanmoins, chaque mesure doit être considérée dans son contexte, c'est-à-dire dans le système pénal de l'État dans lequel elle s'inscrit. Il ne faut pas oublier que les peines prononcées en Allemagne en matière de délinquance sexuelle sont sensiblement inférieures à celles qui sont prononcées en France⁵, ce qui peut expliquer que le seuil des condamnations prononcées autorisant le prononcé de la mesure soit nettement inférieur dans le dispositif allemand. En outre, les textes d'incrimination allemands ne prévoient, en général, qu'un seuil minimal pour la peine encourue, alors que les textes français ne fixent que le maximum légal⁶. Les conditions objectives sont donc difficilement

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, G.C., 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 132. Rappelons que la jurisprudence allemande est également en ce sens : *supra*, n° 87 et 161.

² V. p. ex. S. Kemme, « "Doppelt hält besser?" Zum praktischen (Un)Sinn des Festhaltens an der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe. Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 124/13 (Urteil vom 24.10.2013) = HRRS 2013 Nr. 1043 », *art. cit.*, p. 174 s.; J. Feest, « Sind wir vor der Sicherungsverwahrung noch zu retten? - Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung », *art. cit.*, p. 33 s.; K. Höffler, « Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff », *art. cit.*, p. 168 s. V. aussi *supra*, n° 98 et 101.

³ Il est vrai que si l'internement *a posteriori* paraît incompatible avec les principes fondamentaux, l'internement primaire, quant à lui, semble dépourvu d'intérêt, dans la mesure où la persistance de la dangerosité de la personne concernée fait systématiquement l'objet d'un nouvel examen avant la mise en œuvre effective de la mesure. Le prononcé réservé de la mesure pourrait donc aisément, dans un souci de cohérence, remplacer les différentes formes existantes. En ce sens, v. A. Kreuzer et T. Bartsch, « Gesetzgeberische Flickschusterei und Vollzugsprobleme bei der Sicherungsverwahrung », *FS*, 2008, p. 30 s.

⁴ J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 180.

⁵ Pour l'année 2012, 482 personnes ont été condamnées en France à une peine privative de liberté de 10 ans et plus pour viols et d'attentats à la pudeur (dont 23 à plus de 20 ans et 2 à la perpétuité) ; en Allemagne, seulement 13 personnes ont été condamnées en matière d'infractions sexuelles à 10 ans et plus.

Sources : Ministère de la Justice, *Les condamnations*, Année 2012, *préc.*, not. p. 82, 108 et 111 ; Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, *Strafverfolgung 2012*, *préc.*, not. p. 159.

V. également, pour des statistiques concernant les condamnations en général, *supra*, n° 292.

⁶ À titre d'exemple, le viol est puni en France de quinze ans de réclusion criminelle au plus (art. 222-23 CP), en Allemagne de deux ans d'emprisonnement au moins (§ 177, al. 2 StGB). Dans certains cas, lorsque la gravité des faits est atténuée, la loi allemande prévoit un minimum réduit, ainsi qu'un maximum applicable. Par exemple, si le viol avec usage d'une arme est en principe puni d'une peine minimale de cinq ans (§ 177, al. 4 StGB), il fait encourir, en présence de circonstances atténuantes, une peine allant de un an à dix ans de privation de liberté (§ 177, al. 5 StGB).

comparables, dès lors que le dispositif allemand fait à plusieurs reprises référence aux peines minimales encourues, alors que le texte français ne se réfère qu'à la peine prononcée. Enfin, le droit allemand, contrairement au droit français, ne fait pas de la récidive une cause générale d'aggravation de la peine¹. Par conséquent, le fait que l'internement de sûreté soit plus facilement applicable se trouve compensé par le fait qu'en France, la rétention de sûreté est applicable à des personnes très lourdement condamnées, s'ajoutant souvent à une peine aggravée en cas de récidive. Ce cumul de sanctions privatives de liberté dont l'une est prononcée pour une durée indéterminée, peut, comme nous le verrons², paraître problématique au regard de certains principes fondamentaux.

À supposer que leurs conditions subjectives et objectives soient réunies, les détentions de sûreté peuvent être mises en œuvre.

§ 2 : La mise en œuvre des détentions de sûreté

320. Étudier la mise en œuvre des détentions de sûreté implique de s'intéresser aux incidences du prononcé de la mesure (A) et à ses modalités d'exécution (B).

A. Les incidences du prononcé de la mesure

321. Bien que la détention de sûreté possède des fondements et finalités propres, on constate un impact considérable de la mesure sur les autres composantes du système de sanctions pénales. En effet, contrairement aux mesures curatives, cette mesure s'ajoute systématiquement à une peine privative de liberté. Les incidences de son prononcé se ressentent particulièrement sur la peine (1), sur les pratiques pénitentiaires (2) et sur l'attitude des détenus éligibles à la mesure (3).

¹ Il est seulement prévu au § 46 StGB que le juge, lors de la fixation de la peine, prend en considération, entre autres, le passé de la personne.

² V. *infra*, n° 668 s.

1. Incidence sur la peine

322. Incidence sur le prononcé de la peine. Au moment de déterminer la peine applicable, les juges, en vertu de leur pouvoir d'individualisation, doivent prendre en compte sa finalité préventive¹. Se pose donc la question de savoir si la perspective d'une détention de sûreté, mesure exclusivement préventive, a une incidence sur le *quantum* de la peine prononcée. Il est en effet permis de penser que la peine retenue est plus sévère en l'absence d'une mesure qui la complète, et *vice versa*. De même, on peut redouter une inflation des longues peines, dans le seul but de ménager l'ouverture au dispositif de la rétention de sûreté², en raison des conditions objectives liées à la durée de la peine prononcée. Ceci peut avoir pour conséquence que la peine effectivement subie ne se trouve pas en relation adéquate avec la culpabilité de la personne. De plus, la rétention de sûreté étant seulement prévue comme possibilité dans le jugement d'origine, les juges saisis ultérieurement restent libres de prononcer ou non sa mise en œuvre effective, ce qui n'est pas prévisible à l'avance. Son existence théorique ne devrait donc avoir aucune influence sur la peine prononcée.

Il existe cependant des arguments en faveur d'une prise en compte de la détention de sûreté au moment de l'individualisation de la peine. En effet, la mesure n'est pas cantonnée à la durée de la peine, contrairement à la période de sûreté ou la surveillance judiciaire. Elle représente, de ce fait, une souffrance supplémentaire pour la personne, ce qui peut expliquer une plus grande indulgence des juges dans le prononcé de la peine. La Cour fédérale de justice a ainsi décidé qu'il pouvait y avoir une « *interaction* » (*Wechselwirkung*) entre le prononcé de la peine et celui de la mesure de sûreté privative de liberté³. Elle affirme également de manière constante qu'en cas d'appel, la révision d'un jugement ayant renoncé au prononcé de l'internement de sûreté doit entraîner une révision de la peine prononcée, puisqu'il n'est pas à exclure qu'en présence d'un internement de sûreté, la peine prononcée aurait été moins élevée⁴.

¹ V. l'art. 132-1, al. 3 CP.

² J. Danet, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *art. cit.*, p. 10.

³ En ce sens, BGH, 7 oct. 1992, 2 StR 374/92, BGHSt 38, p. 362; NJW, 1993, p. 477 ; BGHSt 37, 5 s. ; M. Holtz, « Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen », *MDR*, 1993, p. 1038.

⁴ V. entre autres BGH, 12 déc. 1979, 3 StR 436/79, NJW, 1980, p. 1055; BGH, 8 sept. 1987, 1 StR 393/87; BGH, 31 mai 1988, 1 StR 182/88, BGH, 3 févr. 2011, 3 StR 466/10, BeckRS, 2011, 04177; BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610/12, NStZ, 2013, p. 522.

Il a d'ailleurs été reproché à la décision *M. c. Allemagne* de la Cour européenne des droits de l'homme¹ de ne pas avoir suffisamment pris en compte la spécificité du système de la double voie lorsqu'elle a souligné la proximité entre peine et internement de sûreté². Or celui-ci conduit notamment à abaisser le niveau des peines prononcées en Allemagne³, alors que d'autres États dans lesquels l'internement de sûreté n'existe pas connaissent, de ce fait, des peines privatives de liberté bien plus élevées. Si une telle corrélation semble confortée par les statistiques⁴, il convient toutefois d'observer que l'instauration de la rétention de sûreté en France ne produira pas le même effet. Sa mise en œuvre est en effet subordonnée au prononcé d'une peine d'au moins quinze ans de réclusion criminelle – ce qui est, on l'a vu, bien plus élevé qu'en Allemagne. Son instauration ne conduira par conséquent pas nécessairement à abaisser le niveau des peines prononcées, bien au contraire. S'il n'est « pas exclu que la rétention de sûreté provoque un effet déflationniste sur [les] très lourdes peines »⁵, encore faudrait-il adapter le dispositif en abaissant le seuil de la peine permettant le prononcé de la mesure. En effet, comme le note un auteur, il serait intéressant de « s'inspirer, de manière moins fragmentaire, de ce que pratiquent les pays dont les modèles ont servi de références pour la mise en place de la rétention de sûreté en France, ceux-ci ne cumulant jamais des durées d'enfermement aussi longues que ce qu'autorise aujourd'hui notre système pénal »⁶.

Une grande partie de la doctrine analyse les peines et les mesures de sûreté comme une « unité d'action »⁷. Il semble donc indéniable que l'existence de la détention de sûreté influence, dans un sens ou dans un autre, la décision fixant la peine applicable.

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*

² V. H. Schöch, « Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten », *art. cit.*, p. 1193 s.

³ Ce point a été, rapidement, évoqué par la Cour européenne qui a mentionné des statistiques selon lesquelles le nombre de personnes détenues, condamnées à des peines d'emprisonnement comprises entre dix ans et la réclusion à perpétuité, au 1^{er} septembre 2006 était de 2.907 en Allemagne contre 8.620 en France : v. CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 68. Il semble donc en effet y avoir un lien entre l'importance des peines prononcées et l'existence ou non d'un internement de sûreté prenant le relais de cette peine.

⁴ V. *supra* (n° 292) ainsi que les statistiques citées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *M. c. Allemagne* (v. la note précédente).

⁵ J. Danet, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *art. cit.*, p. 10.

⁶ E. Senna, « Premières réflexions sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux », *AJ pénal*, 2008, p. 223.

⁷ H.-J. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung: eine systematische Darstellung für die Praxis*, Heymann, 1985, p. 87 ; J. Kinzig, « Schrankenlose Sicherheit? - Das Bundesverfassungsgericht vor der Entscheidung über die Geltung des Rückwirkungsverbots im Maßregelrecht », *StV*, 2000, p. 330.

323. Incidence sur l'exécution de la peine. La détention de sûreté est susceptible d'avoir un impact sur l'aménagement de la peine au stade de son exécution. Le prononcé d'une telle mesure en sus de la peine risque en effet d'être interprété comme le signe d'une plus grande culpabilité de la personne. De plus, l'individu est, par cette décision, classé comme « dangereux » et il est peu probable qu'il bénéficiera des mêmes mesures d'aménagement qu'un détenu « ordinaire ». Les mesures d'aménagement de la peine paraissent en effet inconciliables avec l'état jugé dangereux de la personne pour la société¹.

À l'inverse, on observe également une influence de la manière dont se déroule l'exécution de la peine sur la décision d'imposer ou non une mesure de sûreté post-carcérale. Cette décision repose sur la dangerosité de la personne qui est évaluée, en grande partie, à partir du comportement de celle-ci pendant son enfermement. Aussi le prononcé définitif de la mesure est-il subordonné en France comme, depuis la réforme de décembre 2012², en Allemagne à une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité du détenu pendant l'exécution de sa peine³. Les juridictions de l'application des peines perdent donc une partie de leur compétence au profit d'instances hybrides⁴ comme la nouvelle juridiction régionale de la rétention de sûreté ou la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. En Allemagne, la décision sur la mise en œuvre effective de l'internement de sûreté revient, au contraire, à la juridiction de jugement. On constate dès lors qu'avec la détention de sûreté, le sort du condamné au stade de l'exécution de la peine n'est pas exclusivement déterminé par les juridictions de l'application des peines, mais relève en grande partie d'instances différentes, se prononçant essentiellement sur la question de sa dangerosité.

La mesure semble également avoir un impact sur les pratiques pénitentiaires.

2. Incidence sur les pratiques pénitentiaires

324. Transformation de la mission des professionnels pénitentiaires. À propos de la rétention de sûreté, un auteur s'est posé la question du devenir de l'article 725 du Code de procédure pénale, selon lequel « *nul agent de l'administration pénitentiaire ne peut, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir ni retenir aucune*

¹ V. l'art. 706-53-20 CPP : « ces dispositions ne sont pas applicables à la personne qui bénéficie d'une libération conditionnelle... ».

² V. *supra*, n° 99.

³ Art. 706-53-14 CPP ; dans des termes très similaires: § 66c, al. 2 StGB.

⁴ P. Bruston, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », *AJ pénal*, 2008, p. 403.

personne qu'en vertu d'un arrêt ou jugement de condamnation »¹. Or, en France, la rétention de sûreté s'effectue dans des centres socio-médico-judiciaires qui sont sous la responsabilité de l'administration pénitentiaire. En Allemagne, l'internement de sûreté s'exécute même dans de véritables prisons. La rétention de sûreté est certes prononcée par l'autorité judiciaire, mais la décision n'est pas une « condamnation », qui peut être définie comme une déclaration de culpabilité et le prononcé d'une peine². Alors que la détention de sûreté est ordonnée en raison de l'état dangereux et non de la culpabilité de la personne, on peut estimer qu'elle constitue « une poursuite de l'emprisonnement dans un autre lieu », dans lequel « les personnels de surveillance de prison exerceront les missions de garde et de sécurité selon les modalités qui seront définies par le règlement intérieur de ces centres »³.

Cette mesure représente, à n'en point douter, un changement des missions du personnel pénitentiaire, habituellement en charge de personnes incarcérées en raison d'une faute pour laquelle elles doivent « payer ». Leur travail se transforme progressivement en mission de prévention de la récidive, de plus en plus conçue comme une obligation de résultat⁴. La loi exige, en effet, une prise en charge médicale, sociale et psychologique du retenu, destinée à permettre une fin rapide de la mesure⁵, tout en affirmant qu'il s'agit d'un individu dangereux dont il faut amoindrir la tendance à récidiver.

L'absence de consensus sur la nécessité de cette mesure peut, en outre, provoquer un sentiment d'injustice chez les retenus, avec le risque de fragiliser la légitimité des surveillants, et de dégrader les relations entre ceux-ci et les retenus. Aussi, la méfiance pourrait-elle prendre le dessus sur le sentiment d'alliance nécessaire au bon déroulement de la détention, les retenus refusant d'obéir et de coopérer. Une attitude de rejet vis-à-vis de l'institution pénitentiaire risque d'accroître la violence et de renverser les rôles, les retenus prenant le dessus sur les surveillants⁶. Le statut stigmatisant de « détenu dangereux » que l'on confère aux retenus peut également exercer une influence sur l'attitude du personnel, guidé par ses *a priori*. Enfin, les retenus pourraient instrumentaliser ce statut, selon la théorie de la prophétie auto-réalisatrice, en abandonnant tout effort de réinsertion.

¹ P. Mbanzoulou, « Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ? », *art. cit.*, p. 400 s.

² Elle peut encore être définie comme la « décision prononcée par une autorité ayant pouvoir de juridiction et imposant à un individu une sanction à raison des agissements qui lui sont imputés » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Condamnation », p. 227.

³ P. Mbanzoulou, « Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ? », *art. cit.*, p. 400 s.

⁴ *Ibid.*

⁵ Art. 706-53-13, al. 4 CPP.

⁶ En ce sens, P. Mbanzoulou, « Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ? », *art. cit.*, p. 400 s.

325. Prise en charge préalable. S'agissant de la prise en charge préalable des personnes concernées pendant l'exécution de leur peine, le Conseil constitutionnel a posé, dans une réserve interprétative, l'obligation pour l'administration pénitentiaire de les affecter dans des établissements permettant une prise en charge et des soins adaptés à leur état. C'est seulement si ces derniers n'ont pu produire les résultats suffisants pour atténuer la dangerosité que la rétention de sûreté peut s'avérer nécessaire¹. En Allemagne, une telle obligation de prise en charge préalable à la mesure n'a été instaurée que récemment, afin de mettre le dispositif en conformité avec les exigences européennes². On pouvait alors « raisonnablement craindre [...] que les objectifs de réinsertion ne passent au second plan, derrière l'impératif de sécurité »³.

Pour une réelle efficacité de la mesure, il faudrait mettre en place, dès le début de l'incarcération, une véritable prise en charge pluridisciplinaire, au plan criminologique, pénitentiaire, affectif, social et sanitaire⁴. Il pourrait, toutefois, s'avérer compliqué d'assurer l'articulation des tâches de nombreux intervenants tout en préservant le respect du secret professionnel, condition essentielle du bon déroulement de la thérapie.

Le prononcé de la détention de sûreté semble également avoir une influence sur l'attitude des détenus éligibles à la mesure.

3. Incidence sur l'attitude des détenus éligibles à la détention de sûreté

326. Risque de désocialisation et de déresponsabilisation. La durée de la détention de sûreté étant indéterminée, sa fin est imprévisible. C'est pourtant bien la certitude de la libération qui favorise chez le condamné les efforts de réinsertion. Ainsi, la perspective de la détention de sûreté prenant le relais de la peine risque d'entraîner un effet inhibiteur, dû à l'incertitude ou au manque d'espoir⁵. Le risque de désocialisation accrue, voire de déresponsabilisation est donc important.

Au demeurant, c'est l'adhésion de l'individu à la finalité de sa peine qui conditionne le bon déroulement de celle-ci. Or la personne qui sait qu'après l'exécution de sa peine elle

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 19 et 21.

² V. la loi précitée du 5 décembre 2012, *supra*, n° 99.

³ P. Mbanzoulou, « Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ? », *art. cit.*, p. 400 s.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. P. Bruston, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », *art. cit.*, p. 403 s.

restera enfermée, ne fournira vraisemblablement pas les mêmes efforts qu'un individu pouvant bénéficier d'une mesure d'aménagement de la peine afin de préparer sa sortie. Les personnes soumises à la détention de sûreté sont soupçonnées *a priori* d'être dangereuses pour les autres. On les responsabilise donc moins pour ce qu'elles ont fait que pour ce qu'elles sont. Mais « pour mettre un individu en face de ses responsabilités, n'est-il pas nécessaire de lui témoigner une certaine confiance »¹ ?

327. Risque de simulation d'efforts. Inversement, lorsque la détention de sûreté est ordonnée sous réserve, ce qui sera toujours le cas en France en l'état actuel de la législation, le détenu peut être incité à bien se comporter afin d'échapper à la mesure en fin de peine. Mais ce comportement ne sera pas nécessairement le reflet d'un réel amendement de la personne qui abandonnera peut-être ses efforts dès qu'elle aura recouvré la liberté.

328. Propos conclusifs. En définitive, une peine juste et proportionnée par rapport à la culpabilité de l'individu, et ainsi comprise et acceptée par celui-ci, peut contribuer à sa resocialisation. Mais il sera bien plus difficile de faire accepter à l'intéressé un enfermement qui n'est plus justifié par la commission d'une infraction. Ceci peut entraîner un effet pervers, de désocialisation, l'individu cessant de se projeter dans l'avenir et renonçant à préparer un projet pour sa sortie, se montrant finalement indifférent aux possibilités qu'on peut encore lui offrir.

Une fois la détention de sûreté prononcée, se pose la question de ses modalités d'exécution.

B. Les modalités d'exécution des détentions de sûreté

329. La rétention de sûreté comme la *Sicherungsverwahrung* consiste en une privation de liberté, mise à exécution à l'issue de la peine et subie par la personne dans un lieu précis et avec un contenu déterminé (1). La durée de cette privation de liberté est, elle, indéterminée (2).

¹ O. Razac, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des "nouvelles mesures de sûreté" », *AJ pénal*, 2008, p. 397.

1. Le lieu d'exécution et le contenu de la mesure

330. La personne soumise à la détention de sûreté est placée, en France (a) comme en Allemagne (b), dans un centre rattaché à un établissement pénitentiaire. Elle dispose de certains droits et peut faire l'objet de sanctions en cas de mauvaise conduite.

a. L'exécution de la rétention de sûreté française

331. Placement en centre socio-médico-judiciaire de sûreté. En France, la personne retenue est placée dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté qui est sous la tutelle conjointe du ministère de la Justice et du ministère de la Santé¹, en raison de la vocation à la fois carcérale et sanitaire de la mesure. Malgré l'appellation de ce centre, l'exécution de la mesure obéit à un régime très similaire au régime carcéral. On peut même déceler une hiérarchie entre ses différentes dimensions, parmi lesquelles semble dominer « d'abord la rétention, ensuite le soin et enfin le social »². Le législateur a renvoyé à un décret pris en Conseil d'État le soin de préciser les conditions dans lesquelles s'exerceraient les droits des personnes retenues, « *y compris en matière d'emploi, d'éducation et de formation, de visites, de correspondances, d'exercice du culte et de permissions de sortie sous escorte ou sous surveillance électronique mobile* »³. Il a également affirmé que le décret ne pouvait apporter à l'exercice de ces droits que les restrictions strictement nécessaires aux exigences de l'ordre public, ce qui ne dissimule cependant pas la forte inspiration carcérale du dispositif⁴.

Dans ces centres, les personnes sont retenues « *dans des conditions permettant d'assurer la sécurité et le bon ordre du centre et d'éviter qu'elles ne se soustraient à la mesure prononcée, avec la rigueur strictement nécessaire et dans le respect de leur dignité* »⁵. Au niveau local, ces établissements sont en outre placés sous la responsabilité conjointe d'un directeur des services pénitentiaires et d'un directeur d'établissement public de santé⁶. Le premier « *assure les missions de sécurité, de surveillance, de maintien de l'ordre, de greffe, d'hébergement et d'organisation de la vie quotidienne des personnes retenues [en tenant] compte des prescriptions ou contre-indications médicales liées à l'état d'une personne*

¹ Art. R. 53-8-55 CPP.

² M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.204, p. 772.

³ Art. 706-53-22, al. 2 CPP. Le texte qui est venu régler le régime applicable à la mesure est le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008.

⁴ V. sur ce point, M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 512.83, p. 675; n° 534.201, p. 772.

⁵ Art. R. 53-8-55, 2° CPP.

⁶ Art. R. 53-8-56, al. 1 CPP.

retenue ainsi que de tout autre élément de nature à le renseigner sur sa situation » ; le second « organise la prise en charge médicale et psychologique des personnes retenues [et] peut [pour ce faire] passer des conventions avec un ou plusieurs établissements publics de santé afin qu'une prise en charge sanitaire et psychologique permanente soit assurée aux personnes retenues »¹. Enfin, les deux « organisent conjointement la prise en charge pluridisciplinaire, dont la prise en charge socio-éducative, des personnes retenues destinée à permettre leur sortie du centre »².

Le premier centre de rétention de sûreté a été construit au sein de l'établissement pénitentiaire de Fresnes, plus précisément au sein de son établissement public de santé national³. Celui-ci est destiné à l'accueil des personnes incarcérées ou des personnes faisant l'objet d'une rétention de sûreté⁴. Partant, on constate que la rétention de sûreté est, en réalité, exécutée, comme en droit allemand, dans une aile séparée du centre pénitentiaire, sans différence significative entre la situation des détenus et des retenus.

332. Prise en charge du retenu. Pendant la rétention de la personne, il lui est proposé, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à réduire sa dangerosité. L'objectif de la mesure est de permettre le retour de la personne à la société, ce qui devrait l'inciter à suivre les traitements proposés dès l'accomplissement de sa peine. Cette mesure permet donc, d'une part, de neutraliser l'état dangereux de la personne en l'enfermant et en la contrôlant, et, d'autre part, de favoriser sa resocialisation par un traitement essentiellement médical. La prise en charge peut ainsi notamment comporter, à la condition que la personne donne son accord écrit, un traitement utilisant des médicaments qui entraînent une diminution de la libido⁵. Si la situation personnelle d'une personne retenue justifie une prise en charge spécifique, en particulier dans le domaine médico-social, des travailleurs sociaux peuvent être chargés de l'aider, notamment dans l'exercice de ses droits sociaux, le maintien de ses liens familiaux et ses démarches de réinsertion⁶.

On peut s'interroger sur l'efficacité de l'offre de soins à l'égard de condamnés qui, par hypothèse, ont déjà pu bénéficier d'une telle offre pendant leur incarcération, mais l'ont soit refusée ou n'ont pas évolué favorablement en dépit du traitement reçu. Le professeur Herzog-

¹ Art. R. 53-8-56, al. 2 et 3 CPP.

² Art. R. 53-8-56, al. 4 CPP.

³ Art. R. 53-8-75 CPP.

⁴ Art. L. 6141-5 CSP.

⁵ Art. R. 53-8-55, dernier alinéa CPP.

⁶ Art. R. 53-8-56, dernier alinéa CPP.

Evans évoque un « acharnement curatif » et déplore le risque existant que ces centres – à moins d’instaurer un cadre thérapeutique sortant radicalement des traditions médico-psychologiques actuelles – ne se transforment en réalité en centres de détention durable sans que le moindre effort de traitement ne soit déployé à l’égard des retenus souffrant pourtant d’un trouble grave de la personnalité, la rétention de sûreté se trouvant alors réduite à sa mission de neutralisation et de surveillance¹.

333. Droits du retenu. Le décret précise que « *l’exercice des droits reconnus aux personnes retenues ne peut faire l’objet d’autres restrictions que celles strictement nécessaires au maintien de l’ordre et de la sécurité dans les centres, à la protection d’autrui, à la prévention des infractions et de toute soustraction des personnes retenues à la mesure dont elles font l’objet* »². Si cette disposition semble, de prime abord, constituer une garantie pour le retenu, on remarque néanmoins que les critères permettant de réduire ses droits sont énumérés de manière particulièrement large, de sorte que la protection de la société contre le risque de récidive émanant de la personne considérée comme dangereuse prévaut. De surcroît, on ne manquera pas de souligner les fortes similitudes existant entre ce texte et celui qui est relatif aux droits des détenus (« *l’exercice de ceux-ci ne peut faire l’objet d’autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l’intérêt des victimes* »³).

Sont ensuite mentionnés dans le dispositif les droits de la personne relatifs aux activités professionnelles, culturelles, sportives et de loisir, aux activités religieuses ou philosophiques, ainsi qu’aux formations, visites et correspondances écrites ou téléphoniques⁴. En accordant au retenu davantage de droits qu’au détenu, le législateur a sans doute voulu marquer une différence entre la rétention et l’incarcération en tant que peine. Celle-ci reste cependant minimale, d’autant plus que ces droits peuvent, comme on vient de le voir, faire l’objet de restrictions. L’encellulement nocturne est dans les deux cas de figure individuel⁵, même s’il est appelé « *hébergement* » pour les retenus. Contrairement aux détenus en maison d’arrêt, les retenus ne sont toutefois pas soumis à l’isolement de jour. En effet, ils peuvent, en journée, participer aux activités du centre, sauf décision contraire du directeur des services

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l’exécution des peines*, op. cit., n° 534.301 et 534.302, p. 781.

² Art. R. 53-8-66 CPP.

³ Art. 22 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite pénitentiaire.

⁴ Art. R. 53-8-68 CPP.

⁵ Art. R. 53-8-61 al. 1 CPP pour la rétention de sûreté et art. 717-2 al. 1 CPP pour les établissements pour peine.

pénitentiaires ou du directeur d'établissement public de santé motivée par des raisons de sécurité ou médicales¹.

Afin de favoriser le maintien des liens familiaux ou de préparer la fin de la mesure de rétention, le JAP peut faire bénéficier la personne concernée d'une permission de sortie sous surveillance électronique mobile d'un ou plusieurs jours, à condition que celle-ci ne soit pas incompatible avec la dangerosité de cette dernière et le risque qu'elle présente de commettre à nouveau des infractions². L'octroi effectif d'une telle permission semble fortement limitée par cette condition, dans la mesure où tous les retenus sont, par définition, considérés comme dangereux et présentent un risque de commission d'infractions auquel le seul port d'un bracelet électronique ne pourra pas efficacement remédier³. Dans l'hypothèse où elle est accordée, la permission peut être assortie d'une ou plusieurs conditions, notamment relatives à la fixation de la résidence, aux mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, à l'interdiction de paraître en tout lieu déterminé ou d'entrer en relation avec certaines personnes, ainsi qu'à l'interdiction de porter une arme⁴. Cette liste n'étant pas exhaustive, le juge peut évidemment ajouter des mesures de contrôle, voire des mesures resocialisatrices. La personne peut également bénéficier de permissions de sortie sous escorte, notamment en cas d'événement familial grave⁵. Ces mesures qui ne font pas l'objet d'une réglementation précise s'apparentent aux permissions de sortir⁶ et autorisations de sortie sous escorte⁷ existant dans le régime pénitentiaire.

L'intéressé est informé de ses droits et obligations dès le début de la mesure dans une langue qu'il comprend⁸. Cette information doit également porter sur les recours et requêtes qu'il peut former et sur son droit à être assisté par un avocat devant les juridictions de la rétention de sûreté, le JAP et le directeur des services pénitentiaires.

334. Sanctions de nature disciplinaire et quasi-disciplinaire. Signalons, enfin, qu'il existe la possibilité d'avoir recours à des sanctions disciplinaires, dès lors que « *le comportement des personnes retenues met en péril le bon ordre du centre, la sûreté des*

¹ Art. R. 53-8-61, al. 2 CPP.

² Art. R. 53-8-70 CPP.

³ Dans le cas contraire, la personne devrait être libérée, conformément au caractère exceptionnel et subsidiaire de la rétention de sûreté. V. *supra*, n° 290.

⁴ Art. R. 53-8-70, al. 3 CPP, renvoyant aux obligations prévues aux 2°, 3°, 9°, 13° et 14° de l'article 132-45 CP.

⁵ Art. R. 53-8-69 CPP.

⁶ Art. 723-3 CPP.

⁷ Art. 723-6 CPP.

⁸ Art. R. 53-8-67, al. 1 CPP.

individus, la sécurité des biens ou cause des désordres persistants »¹. Le directeur des services pénitentiaires prend alors « *toute mesure appropriée dans le respect des exigences mentionnées à l'article R. 53-8-66* », relatives au caractère strictement nécessaire des restrictions apportées aux droits des retenus.

Plus précisément, il peut ordonner la suspension, totale ou partielle, pour une période maximum de vingt et un jours, d'activités mentionnées à l'article R. 53-8-68 CPP ou le confinement en chambre individuelle². Ce confinement emporte suspension de toutes activités et de la libre circulation au sein du centre socio-médico-judiciaire de sûreté, à l'exception des visites et des activités liées à la prise en charge médicale et psychologique. La mesure est suspendue si le médecin constate que son exécution est de nature à compromettre l'état de santé de la personne retenue³. La suspension étant applicable aux « *activités* », on peut en déduire que ne peuvent faire l'objet de sanctions les visites et les correspondances⁴.

Le président de la JRRS, saisi par le JAP, peut aussi délivrer un ordre de recherche, contre une personne retenue qui se soustrait à la mesure de rétention dont elle fait l'objet ou qui ne réintègre pas le centre à l'issue d'une permission de sortie⁵. À ces sanctions s'ajoutent les restrictions générales qui peuvent être apportées à l'exercice des droits des retenus, mentionnées ci-dessus⁶. Il est précisé que la personne retenue peut faire valoir ses observations y compris par son avocat ou par un mandataire agréé par le directeur des services pénitentiaires⁷.

335. Appréciation critique. Or d'une part, on constate que ces restrictions et les sanctions pouvant être prises par le directeur des services pénitentiaires sont encadrés par des conditions floues, peu protectrices de l'individu concerné, et qu'elles ne font pas l'objet d'un régime précis⁸. Ce manque de précision mène à s'interroger sur le respect du principe de légalité. D'autre part, ces sanctions et restrictions renvoient aux sanctions quasi-disciplinaires pénitentiaires, comme le confinement en cellule individuelle, appelée chambre individuelle en matière de rétention de sûreté. Les ressemblances existant entre l'exécution de la peine et de la rétention de sûreté sont de ce fait accentuées.

¹ Art. R. 53-8-72 CPP.

² Art. R. 53-8-73 CPP.

³ Art. R. 53-8-73, al. 4 CPP.

⁴ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.265, p. 777.

⁵ Art. R. 53-8-74 CPP. Précisons que ce texte parle, de manière erronée, de la juridiction régionale de la « détention » de sûreté.

⁶ V. art. R. 53-8-66 et R. 53-8-67 CPP.

⁷ Art. R. 53-8-73, dernier alinéa, CPP.

⁸ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.261, p. 776.

Qui plus est, par les lacunes qu'elles comportent, ces règles s'apparentent surtout au droit disciplinaire pénitentiaire tel qu'il existait avant l'importante réforme du 2 avril 1996¹ qui a instauré un régime précis énumérant une liste des fautes et des sanctions disciplinaires². Or il paraît essentiel qu'une différence existe – conformément aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme³ – entre la situation des retenus et celle des détenus, en raison de l'atteinte supplémentaire et particulièrement importante que représente, pour la liberté individuelle, la rétention de sûreté.

336. Surveillance des centres socio-médico-judiciaires de sûreté. Le contrôle des conditions de détention est assuré par une visite semestrielle du centre par le président de la JNRS, le directeur de l'administration pénitentiaire du ministère de la Justice et le directeur de l'hospitalisation et de l'organisation des soins du ministère de la Santé, ou de leurs représentants⁴. Lors de cette visite, ces personnes se font communiquer le registre de rétention ainsi que, le cas échéant, les dossiers individuels des individus retenus et doivent ensuite adresser un rapport annuel conjoint au ministre de la Justice et au ministre chargé de la Santé sur le fonctionnement des centres. À cette obligation s'ajoute la possibilité pour le président de la JRRS et pour le procureur général et le procureur de la République de visiter les centres situés dans leur ressort⁵. Un auteur fait toutefois remarquer que l'efficacité d'un tel contrôle est douteuse en l'absence d'intervention d'instances dotées d'un réel pouvoir de contrôle, telles que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et la Commission nationale de déontologie de la sécurité⁶.

La situation de chaque personne retenue (principales modalités de mise en œuvre et déroulement de la mesure) fait en outre l'objet d'un contrôle par un vice-président chargé de l'application des peines de l'un des tribunaux de grande instance de la cour d'appel, désigné par le premier président de cette cour, qui visite les centres relevant de sa compétence au moins une fois par mois⁷. Si ce magistrat dispose du pouvoir de procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions ou

¹ Décret n° 96-287 du 2 avr. 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, NOR: JUSE9640017D, *J.O.* n° 82 du 5 avr. 1996, p. 5260.

² Aux articles D. 249-1 et s. CPP. Notons toutefois que ce dispositif a été abrogé par le décret n° 2010-1635 du 23 déc. 2010 portant application de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *J.O.* n° 0300 du 28 déc. 2010, p. 22796.

³ V. CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 127.

⁴ Art. R. 53-8-62 CPP.

⁵ Art. R. 53-8-63 CPP.

⁶ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 534.271, p. 778.

⁷ Art. R. 53-8-64 CPP.

vérifications utiles à l'exercice de ses attributions, il ne rédige pas de rapport et ne dispose d'aucun pouvoir d'injonction, ce qui limite considérablement son rôle.

Enfin, l'organisation des soins dispensés dans les centres socio-médico-judiciaires de sûreté fait l'objet des contrôles prévus par les articles L. 6116-1 et L. 6116-2 du Code de la santé publique¹, réalisés notamment par les médecins et pharmaciens inspecteurs de santé publique².

337. Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. En dépit du silence de la loi sur ce point, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a été saisi de la question du contrôle des conditions de détention dans les centres socio-médico-judiciaires de sûreté³. Estimant qu'il lui appartenait de porter une appréciation sur l'état, l'organisation et le fonctionnement de ces centres et que la prévention d'atteintes aux droits fondamentaux des personnes retenues relevait de son activité, il a procédé, en octobre 2013, à une visite des locaux du centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes qui a donné lieu à un rapport, puis à un avis⁴.

Cet avis a, tout d'abord, critiqué le fait que, malgré la décision du Conseil constitutionnel prohibant la rétroactivité de la mesure, quatre personnes aient été placées, de 2011 à 2013⁵, en rétention de sûreté sur le fondement d'un manquement aux obligations de la surveillance de sûreté prolongeant une surveillance judiciaire. Il s'est, dès lors, interrogé sur la conformité de la mesure à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, notamment en raison de l'impossibilité d'en prévoir l'application au moment de la condamnation. Compte tenu de la position de la Cour européenne à l'égard de l'internement de sûreté allemand – qu'elle qualifie de « *peine* »⁶ – il est, en effet, vraisemblable que la mesure française soit, elle aussi, soumise au respect du principe de non-rétroactivité de la loi pénale. De plus, le critère d'application de la mesure, à savoir la particulière dangerosité du délinquant duquel il faut

¹ Art. R. 53-8-65 CPP.

² Mentionnés à l'art. L. 1421-1 CSP.

³ Il a été saisi, conformément à l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007, de la situation de deux personnes qui y avaient été placées en application des dispositions conjuguées du chapitre III du titre XIX du livre IV du Code de procédure pénale (articles 706-53-13 s.), et du chapitre II (section 9) du titre II du livre V du même code (en particulier de l'article 723-37).

⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, *préc.*

⁵ Parmi ces personnes, la première a été placée en rétention de sûreté le 23 décembre 2011, la dernière en est sortie le 24 novembre 2013. L'une d'entre elles a été placée à tort le 24 août 2013, car elle avait fait l'objet d'une condamnation à dix ans de réclusion criminelle, alors que le dispositif exige une peine de quinze ans au moins. Son placement fut levé par la juridiction compétente le 22 novembre 2013.

⁶ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.* V. plus en détail, *infra*, n° 531.

protéger la société, ne saurait être déduite, de manière automatique, de la seule inobservation des obligations dont est assortie la surveillance de sûreté. L'avis a ajouté que, sur les quatre personnes placées en rétention de sûreté, la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, dont l'avis favorable est nécessairement requis avant tout placement (article 706-53-19 CPP), avait rendu, dans la moitié des cas, un avis défavorable. La procédure était donc entachée d'irrégularité¹.

Il ressort également de cet avis que les personnes qui font l'objet d'une telle mesure sont soumises à un régime quasi-carcéral, avec notamment la présence du personnel pénitentiaire, l'interdiction d'un certain nombre d'objets et la présence de surveillants pendant les extractions sanitaires, les mesures disciplinaires et les rondes nocturnes. En outre, alors que le directeur des services pénitentiaires et le directeur d'hôpital devraient exercer une responsabilité conjointe sur le centre de Fresnes, seul le premier était présent lors de la visite.

En ce qui concerne la finalité affichée de la mesure qui est de permettre un retour rapide de la personne à sa vie en liberté, le Contrôleur a constaté que les retenus ne bénéficiaient pas d'une réelle prise en charge socio-médico-judiciaire. Aucune activité destinée à favoriser leur réinsertion et diminuant leur dangerosité, à l'image d'un projet éducatif, d'une activité professionnelle ou d'une activité de plein air, ne leur était en effet proposée. Il en allait de même du projet médical de prise en charge thérapeutique, le faible nombre de personnes retenues n'ayant pas permis de mettre en œuvre les thérapies de groupe pourtant essentielles au traitement, et l'administration pénitentiaire s'étant opposée à ce qu'elles rejoignent des groupes thérapeutiques organisés au bénéfice d'auteurs d'infractions à caractère sexuel détenus à l'unité psychiatrique du centre pénitentiaire de Fresnes. Enfin, aucune des quatre personnes retenues n'a bénéficié, à sa sortie, d'un suivi spécialisé ouvert aux auteurs d'infractions à caractère sexuel.

En l'absence d'une prise en charge effective, le bien-fondé même de la mesure ainsi que la légitimité de son maintien au regard des droits fondamentaux peut soulever des doutes car la mesure se trouve alors réduite à sa finalité sécuritaire d'élimination. Le Contrôleur a, par conséquent, préconisé des éclaircissements sur la nature du régime applicable, un enrichissement de la prise en charge actuellement pratiquée, ainsi qu'une réflexion sur le bien-fondé d'une privation de liberté appliquée aux personnes ayant méconnu les obligations d'une surveillance de sûreté.

La mesure allemande suscite des observations analogues.

¹ Rappelons en effet que le prononcé de la mesure est subordonné à un avis favorable de la commission : art. 706-53-19, al. 3 CPP. V. plus en détail, *supra*, n° 296.

b. L'exécution de l'internement de sûreté

338. Mise à exécution en établissement pénitentiaire. La *Sicherungsverwahrung* est subie en établissement pénitentiaire, les personnes internées étant séparées de celles qui sont condamnées et poursuivies¹. À l'issue de l'exécution de la peine, le tribunal compétent doit vérifier si la mise en œuvre de l'internement est toujours nécessaire au regard de la dangerosité de la personne², l'intervention d'un expert étant requise³. Si tel n'est pas le cas, la chambre de l'application des peines suspend, après l'avis d'un expert, son exécution et place l'intéressé sous surveillance de conduite⁴.

Il est à noter que parmi les deux finalités assignées aux mesures de sûreté et ressortant de leur appellation (l'amendement ou resocialisation et la sûreté ou neutralisation⁵), les modalités d'exécution de l'internement de sûreté mettent avant tout l'accent sur la neutralisation, délaissant largement la resocialisation. Il est ainsi prévu dans les lois relatives à l'exécution de l'internement que les personnes soumises à la mesure doivent être enfermées de manière sûre pour la protection de la collectivité. Ce n'est qu'en second lieu qu'est affirmé qu'il faut aider les internés à s'insérer à la vie en liberté⁶. Toutefois, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 4 mai 2011⁷ a donné une forte impulsion au législateur pour qu'il réforme le droit de l'exécution de l'internement de sûreté, afin de mettre en œuvre l'exigence de la distance obligatoire (*Abstandsgebot*) entre les modalités de cette mesure de sûreté et l'exécution de la peine ordinaire, faisant ainsi écho aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme⁸.

Au fil des extensions législatives de l'internement de sûreté au cours de la dernière décennie, on l'a vu, le nombre de personnes internées n'a cessé de croître⁹. Or, si les

¹ § 129 Strafvollzugsgesetz (StVollzG).

² § 67c, al. 1 StGB.

³ § 463, al. 3, phrase 3 StPO, renvoyant au § 454, al. 2 StPO.

⁴ § 67c, al. 1, phrase 2 StGB.

⁵ V. *supra*, n° 9.

⁶ § 129 StVollzG. V. également, entre autres, l'art. 159 de la loi sur l'exécution des peines bavaroise (BayStVollzG), ancienne version ; § 93 de la loi sur l'exécution des peines de Hambourg (HmbStVollzG), ancienne version.

⁷ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.* V. plus en détail, *supra*, n° 175.

⁸ Notamment l'arrêt *M. c. Allemagne* du 17 déc. 2009 (n° 19359/04), ainsi que les arrêts *Kallweit c. Allemagne* (req. n° 17792/07), *Mautes c. Allemagne* (n° 20008/07) et *Schummer c. Allemagne* (n° 27360/04 et 42225/07) du 13 janv. 2011.

⁹ V. *supra*, n° 87.

condamnations par la Cour européenne ont conduit à la libération d'un certain nombre de personnes enfermées, leur impact d'un point de vue quantitatif a été limité¹.

339. Modalités d'exécution. Les modalités précises de l'exécution de l'internement relèvent, dans une large mesure, des législations des différents *Länder* qui réglementaient celles-ci, avant la décision constitutionnelle, par le biais des lois relatives à l'exécution des peines. Le régime de l'internement était ainsi largement calqué sur celui de la peine², à l'exception de quelques dispositions spéciales. Ces dernières étaient majoritairement conçues sous la forme de normes obligatoires relatives (*Sollvorschriften*)³, c'est-à-dire qui autorisent des exceptions si elles sont justifiées. Ainsi, par exemple, l'équipement des locaux d'internement ainsi que des mesures spéciales d'encouragement et de prise en charge devaient permettre aux internés d'organiser leur vie de manière sensée, et préserver ceux-ci des effets nocifs qui pourraient résulter d'une privation de liberté à long terme⁴. Certains privilèges étaient également accordés aux personnes placées en internement de sûreté par rapport aux détenus⁵, tels que le droit d'avoir leur propre linge et leurs propres vêtements⁶. En revanche, la disponibilité d'offres thérapeutiques était loin d'être pleinement assurée dans la pratique⁷ et la resocialisation ne semblait pas être la priorité⁸.

340. Réforme législative du régime d'exécution de l'internement de sûreté. En réponse à la décision constitutionnelle précitée⁹, le législateur fédéral a adopté, le 5 décembre

¹ On peut ainsi relever qu'au 30 novembre 2012, 460 personnes étaient soumises à un internement de sûreté (v. Stat. Bundesamt, *Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten*, Stichtag: 30. 11. 2012, p. 6) contre 500 au 31 août 2009, 415 au 31 mars 2007, 365 au 30 novembre 2005, 324 au 31 mars 2004 et 310 au 31 mars 2003 (v. Stat. Bundesamt, *Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten*, Stichtag: 31. 3. 2003 bis 30. 11. 2013). Or, ce nombre est remonté par la suite : au 31 mars 2014, le nombre de personnes internées était de 498 (v. Stat. Bundesamt, *Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten*, Stichtag: 31. 3. 2014, p. 7). V. aussi *supra*, n° 87.

² § 130 StVollzG. V. aussi, p. ex., les art. 160 s. BayStVollzG, dans leur version en vigueur avant la réforme opérée par la loi du 22 mai 2013 (*GVBl*, p. 275), entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013.

³ V. I. Appel, « Sicherungsverwahrung und Sicherheitsrecht, zur Sicherungsverwahrung im Schnittfeld von einfachem Recht und Verfassungsrecht », *art. cit.*, p. 93.

⁴ Ancien art. 161 BayStVollzG ; ancien § 95 HmbStVollzG.

⁵ V. également au sujet des privilèges nécessaires en internement de sûreté : BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (148), *préc.*

⁶ § 132 StVollzG. V. aussi, entre autres, l'ancien art. 162 BayStVollzG ; ancien § 96 HmbStVollzG.

⁷ Ce n'est qu'avec la réforme de l'exécution des peines en 2007 qu'ont, par exemple, été créées des places en thérapie psychologique pour les délinquants placés en internement de sûreté en Bavière. V. à ce sujet, *Süddeutsche Zeitung*, n° 65 du 19 mars 2007, p. 49 ; n° 273 du 27 nov. 2007, p. 39.

⁸ V. I. Appel, « Sicherungsverwahrung und Sicherheitsrecht, zur Sicherungsverwahrung im Schnittfeld von einfachem Recht und Verfassungsrecht », *art. cit.*, p. 93.

⁹ V., en détail, *supra*, n° 175.

2012, une loi visant à traduire le principe de la distance obligatoire entre les modalités d'exécution de la peine privative de liberté et de l'internement de sûreté¹. Bien que l'exécution des sanctions pénales relève en principe de la compétence des législateurs des *Länder*², cette loi a posé, conformément aux préconisations de la Cour³, quelques lignes directrices contraignantes en matière d'exécution de l'internement de sûreté⁴. La personne internée doit, désormais, se voir proposer une prise en charge individuelle et intensive, permettant de favoriser sa volonté de coopérer, comprenant notamment des traitements psychiatriques et psychologiques ainsi que socio-thérapeutiques. L'objectif est de réduire la dangerosité de l'intéressé de façon à permettre qu'il soit mis fin rapidement à la mesure ou que son exécution soit suspendue. L'internement doit être le moins contraignant possible et, dans la mesure où cela est conciliable avec la sécurité, adapté aux conditions de la vie en société. Il doit avoir lieu dans des établissements ou des ailes séparés des lieux d'exécution de la peine, sauf si la prise en charge requiert exceptionnellement le contraire. Des mesures d'aménagement de la privation de liberté doivent donc être accordées pour préparer la libération⁵, s'il n'existe pas de raisons de craindre que cela est inconciliable avec la dangerosité de l'intéressé. Un suivi en liberté doit également être organisé en aval de l'élargissement, en coopération avec des organismes étatiques ou indépendants.

Ces lignes directrices ont, par la suite, donné lieu à l'adoption, au niveau régional, de lois consacrées entièrement aux modalités d'exécution de la mesure⁶ – toutes entrées en vigueur le 1^{er} juin 2013 – ayant, pour l'essentiel, repris les principes prescrits et élaboré un régime détaillé, séparé de celui de la peine⁷. L'internement doit avoir lieu dans un quartier spécifique

¹ *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, 5 déc. 2012, *préc. V. supra*, n° 99.

² Depuis la réforme du fédéralisme par la loi du 28 août 2006 (*FöderalismusreformG (BGBl. I, p. 2034)*) : art. 74, al. 1, n° 1 combiné à l'art. 70, al. 1 GG.

³ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc., juris*, § 129.

⁴ Désormais prévues au § 66c, al. 1 StGB.

⁵ V. le projet de loi: *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, BT-Dr 17/9874 du 6 juin 2012, p. 17.

⁶ Ces lois ont été élaborées sur une base commune émanant d'un groupe de travail réunissant les différents *Länder* avec la participation du ministère fédéral de la Justice. Pour consulter les résultats de travail de ce groupe posant les bases pour les réformes du droit de l'exécution de l'internement de sûreté, comprenant un projet de loi détaillé, v. :

http://www.mj.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=30988&article_id=106805&_psmand=13.

V. aussi M. Schäfersküpper et J. Grote, « Vollzug der Sicherungsverwahrung – Aktuelle Entwicklungen », *art. cit.*, p. 447 s.

⁷ Ainsi, la Bavière a-t-elle adopté une loi très complète relative à l'exécution de l'internement de sûreté : *Loi relative à l'exécution de l'internement de sûreté en Bavière (Gesetz über den Vollzug der Sicherungsverwahrung (Bayerisches Sicherungsverwahrungsvollzugsgesetz - BaySvVollzG))* du 22 mai 2013, *GVBl* 2013, p. 275. Elle a été suivie par les autres *Länder* ayant adopté des lois très similaires.

de l'établissement pénitentiaire¹ et de nombreux avantages sont accordés aux internés par rapport aux personnes détenues à titre de peine².

Ces lois ont reformulé la finalité de l'internement de sûreté de manière plus respectueuse des libertés fondamentales, mettant davantage l'accent sur la resocialisation des personnes concernées. Ainsi, est-il explicitement indiqué que l'exécution de la mesure vise à réduire la dangerosité des personnes internées en vue de permettre la fin de la mesure ou une libération conditionnelle³. Les intéressés doivent, en outre, être mis en mesure de mener à l'avenir une vie socialement responsable sans commettre d'infractions. Mais il est également rappelé que l'exécution de la mesure vise, dans le même temps, à protéger la société contre d'autres infractions graves⁴.

Les modalités d'exécution doivent être axées sur la thérapie et orientées vers la vie en liberté, et les effets nocifs engendrés par une longue privation de liberté doivent être limités. Aussi, les liens avec le monde extérieur doivent-ils être préservés, voire favorisés, et la personne internée doit-elle être responsabilisée et avoir la possibilité de mener une vie digne⁵. La personnalité des personnes internées doit, de surcroît, être respectée et leur indépendance développée. Elles doivent participer à l'organisation de la vie quotidienne en internement⁶.

Les différentes lois règlementent ensuite, en détail, les modalités d'exécution de la mesure, abordant les questions relatives aux traitements et thérapies, aux formations professionnelles ou scolaires, aux visites et communications, aux séjours à l'extérieur, aux loisirs, aux revenus et frais, au travail, aux formes d'internement et transferts, à l'équipement des lieux et aux objets autorisés, aux vêtements et achats, etc.

341. Répercussions sur le régime d'exécution de la peine privative de liberté précédant la mesure. En parallèle, certaines dispositions relatives à l'exécution de la peine ont été retouchées pour les personnes incarcérées à l'encontre desquelles un internement de

¹ Art. 1, al. 2 BaySvVollzG.

² La taille des « chambres » doit être d'une surface minimale de 15 m² (art. 16 s. BaySvVollzG) ; les personnes internées disposent d'une grande liberté d'aller et de venir à l'intérieur de l'établissement et dans les parties extérieures (art. 15, al. 1 BaySvVollzG) ; l'établissement dispose de salles de groupe et de visite aménagées (art. 84, al. 1 et 3 BaySvVollzG) ; les personnes internées ont le droit d'utiliser leurs propres vêtements et leur linge personnel (art. 18 BaySvVollzG), peuvent faire leurs propres courses (art. 20, al. 1 BaySvVollzG) et se préparer les repas (art. 19, al. 2 BaySvVollzG). Elles peuvent recevoir de la visite pendant au moins 12 heures par mois (art. 22, al. 1 BaySvVollzG) et ont le droit de mener des conversations téléphoniques (art. 25, al. 1 BaySvVollzG) ou d'utiliser d'autres formes de télécommunications (art. 30 BaySvVollzG). Des sorties peuvent être autorisées, allant jusqu'à une durée de deux semaines (art. 54 BaySvVollzG), etc.

³ V. § 2 HmbSVVollzG ; § 2 SVVollzG Bln ; art. 2 BaySvVollzG.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. p. ex. § 3 SVVollzG Bln, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2013.

⁶ § 4 SVVollzG Bln.

sûreté a simultanément été prononcé ou réservé. En vertu du caractère d'*ultima ratio* de ce dernier, ces règles visent à renforcer la finalité resocialisatrice de l'incarcération qui doit d'ores et déjà servir à réduire la dangerosité de l'intéressé, en anticipant sur la mesure de sûreté dont la mise à exécution doit, dans la mesure du possible, être rendue superflue et ainsi évitée¹. Par conséquent, le condamné doit bénéficier d'une prise en charge adéquate² – notamment d'un traitement socio-thérapeutique³ – pendant l'exécution de sa peine d'emprisonnement⁴. Ce traitement individuel doit favoriser l'implication active de la part du détenu⁵.

La loi fédérale sur l'exécution des peines prévoit une disposition imposant aux tribunaux de vérifier, à intervalles réguliers, qu'une telle prise en charge a bien été mise en œuvre, ou, à défaut, quelles mesures sont proposées pour la permettre à l'avenir. De la même manière, s'il s'avère, à l'issue de l'exécution de la peine, qu'une prise en charge suffisante n'a pas été proposée au détenu, l'internement de sûreté sera considérée comme disproportionnée et ne pourra pas être mis à exécution. Le tribunal prononcera alors un sursis accompagné d'une surveillance de conduite⁶.

342. Limites au principe de la distance obligatoire. L'obligation de prévoir des modalités d'exécution plus favorables pour les personnes soumises à un internement de sûreté par rapport aux personnes incarcérées connaît toutefois des limites. C'est ainsi que le tribunal régional supérieur de Hamm a eu l'occasion d'apporter des précisions aux dispositions de la loi régissant l'exécution de la mesure de Rhénanie du Nord-Westphalie, en refusant d'accorder aux intéressés le droit de détenir leur propre machine à laver ou leur propre sèche-linge, estimant que ces appareils dépassaient l'équipement raisonnable des chambres⁷.

Notons, enfin, que la séparation physique des lieux de privation de liberté entre détenus et internés n'est pas toujours perçue comme un avantage par ces derniers, sur la base de considérations individuelles et subjectives. Ce principe ne constituant pas une fin en soi, mais

¹ § 66c, al. 2 combiné à l'al. 1, n° 1 StGB.

² Au sens du § 66c, al. 2, combiné au § 66c, al. 1, n° 1.

³ Le cas échéant, le détenu doit être transféré vers un établissement socio-thérapeutique si la participation aux traitements qui y sont proposés paraît opportune pour réduire sa dangerosité pour la société : v. art. 162 BayStVollzG, nouvelle version ; § 96 HmbStVollzG, nouvelle version.

⁴ § 66c, al. 2 StGB. Cette prise en charge vise à rendre l'internement dispensable: v. BGH, 25 mars 2014, 3 StR 11/14.

⁵ V. entre autres les art. 159 s. BayStVollzG, dans leur version issue de la loi du 22 mai 2013 (*GVBl* p. 275), entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013 ; § 93 s. HmbStVollzG, dans leur version issue de la loi du 21 mai 2013 (*HmbGVBl* p. 211), entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013.

⁶ § 67c, al. 1, phrase 1, n° 2 StGB.

⁷ OLG Hamm, 22 mai 2014, 1 Vollz (Ws) 182/14.

visant à améliorer la situation des personnes internées, la réglementation doit être interprétée de manière favorable aux intéressés et conformément à la finalité du principe. Il arrive ainsi que la personne soumise à l'internement préfère rester enfermée en établissement pénitentiaire ordinaire, en raison, par exemple, des liens sociaux qu'elle a tissés pendant sa détention avec les codétenus et du plus grand isolement dans les locaux de l'internement de sûreté. Sa demande ne doit en principe pas être rejetée¹. Des raisons tenant au traitement de la personne peuvent aussi commander que celle-ci soit placée en établissement pénitentiaire, par exemple dans le but de continuer une thérapie commencée auparavant ou de suivre une thérapie de groupe avec les détenus ordinaires. La proximité avec un grand établissement pénitentiaire peut enfin s'avérer avantageuse en raison des offres complètes de travail et de loisir².

343. Propos conclusifs. Alors que les règles relatives au lieu d'exécution et au contenu de l'internement de sûreté sont relativement précises, la rétention de sûreté ne dispose pas d'un régime aussi complet. Dans les deux pays, on constate une certaine proximité entre les modalités d'exécution de la mesure et le régime carcéral, malgré les efforts du législateur tendant à distinguer ces différentes formes de détention, conformément aux exigences européennes. Cela n'est toutefois pas toujours défavorable aux personnes concernées et peut même favoriser, dans certains cas, leur réinsertion.

La mesure étant tributaire de l'évolution de la dangerosité des personnes qui la subissent, sa durée est, en toute logique, indéterminée.

2. La durée indéterminée de la mesure

344. Durée illimitée de la rétention de sûreté. La rétention de sûreté est prononcée pour une durée initiale d'un an, renouvelable chaque année sans limitation, tant que la dangerosité de la personne le justifie³. La durée initiale ne peut pas être réduite et la loi n'a pas prévu de limite maximale à la mesure. Dans les faits, elle peut donc devenir perpétuelle, avec un réexamen de ses conditions tous les ans. Trois mois avant la fin prévue de la rétention, le JAP fait connaître son avis sur son renouvellement au procureur général près la cour d'appel qui saisit la CPMS afin qu'elle examine la situation de l'intéressé. Si le renouvellement de la mesure suppose, en effet, un nouvel avis de cette dernière, la procédure est toutefois allégée

¹ V. BVerfG, 12 juil. 2012, 2 BvR 1278/10.

² BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc., juris*, n° 115. V. aussi M. Schäfersküpfer et J. Grote, « Vollzug der Sicherungsverwahrung – Aktuelle Entwicklungen », *art. cit.*, p. 447 s.

³ Art. 706-53-16 CPP.

au regard du placement dans le centre d'observation qui n'est, à ce stade, plus requis¹. Par son avis, la commission propose soit le renouvellement de la rétention de sûreté, soit sa mainlevée, soit enfin le placement de la personne sous surveillance de sûreté, avec ou sans placement sous surveillance électronique mobile. Le procureur général procède alors à la saisine de la JRRS qui se prononce sur ces mesures avant la fin de la période d'un an².

345. Suspension ou fin de la rétention de sûreté. En cas de détention intervenant au cours de son exécution, la rétention de sûreté est suspendue³. Ce cas de figure devrait rester rare en pratique, la rétention constituant une mesure tellement coercitive qu'elle ne laisse pas beaucoup de place à la délinquance. Cependant, elle ne permet évidemment pas d'empêcher avec certitude toute infraction commise *intra muros*, pouvant conduire à une détention provisoire ou une incarcération de la personne. Après la détention, la rétention reprend de plein droit. Toutefois, si cette détention excède une durée de six mois, la reprise de la rétention de sûreté doit être confirmée par la JRRS au plus tard dans un délai de trois mois après la cessation de la détention, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la mesure⁴.

La juridiction régionale doit d'office et immédiatement mettre fin à la mesure dès que ses conditions ne sont plus remplies⁵. De même, après un délai de trois mois à compter de la décision définitive de placement en rétention de sûreté, le retenu peut lui-même demander à la juridiction qu'il y soit mis fin⁶ et en cas de rejet de sa demande, il peut renouveler celle-ci à l'issue d'un nouveau délai de trois mois. Dans ce cas de figure, la juridiction est directement saisie par le retenu. À la réception de la demande, elle dispose de trois mois pour statuer sur la mise en liberté, qu'elle accordera vraisemblablement si les conditions de la mesure ne sont plus réunies. Si elle ne statue pas dans le délai qui lui est imparti, la mesure prend fin d'office. En cas de non-renouvellement de la rétention, ou en cas d'infirmité d'une décision de placement ou de renouvellement, la juridiction doit envisager une éventuelle surveillance de sûreté si la personne est toujours dangereuse⁷.

346. Durée illimitée de la *Sicherungsverwahrung*. Si la mesure était auparavant limitée à une durée maximale de dix ans, cette limite a été supprimée, on l'a vu, par la loi du 26

¹ Art. R. 53-8-54, al. 1 CPP.

² Art. R. 53-8-54, al. 2 CPP.

³ Art. 706-53-21, al. 1 CPP, modifié par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

⁴ Art. 706-53-21, al. 2 CPP.

⁵ Art. 706-53-18 CPP.

⁶ V. l'art. 706-53-17 CPP.

⁷ Art. 706-53-19 CPP.

janvier 1998¹, si bien que la *Sicherungsverwahrung* est désormais prononcée pour une durée indéterminée². Cependant, tous les ans au moins, la juridiction réexamine le bien-fondé de l'internement, voire tous les neuf mois lorsque la durée de celui-ci dépasse dix ans³. Elle est libre de procéder à ce contrôle plus fréquemment si elle l'estime nécessaire, ou de fixer des intervalles plus courts à respecter pour un contrôle régulier. À l'inverse, elle peut fixer, dans les limites légales, des délais pendant lesquels aucune demande de vérification ne sera recevable.

Pour que l'internement puisse être renouvelé, la juridiction doit établir un pronostic sur la dangerosité. La persistance de la dangerosité doit découler d'indices concrets et actuels⁴ – des considérations générales ou abstraites ne sauraient suffire pour prolonger la mesure⁵. La juridiction doit suspendre l'exécution si elle estime que la personne retenue ne présente plus de danger pour la collectivité⁶. Pendant cette suspension, la personne est placée sous surveillance de conduite. La suspension peut être révoquée si la personne libérée commet de nouveau un acte illégal ou méconnaît ses obligations, et si l'internement paraît, de nouveau, nécessaire⁷. À l'issue d'un délai de dix ans, l'internement ne peut se poursuivre que si le tribunal est convaincu que la dangerosité de la personne persiste et qu'on peut s'attendre à ce qu'elle commette d'autres infractions graves contre les personnes⁸. Dans le cas inverse ou s'il existe un doute, la mesure prend fin et la personne est soumise à une surveillance de conduite. Le texte est formulé de telle manière que la libération constitue le principe et le maintien de la mesure l'exception après dix ans d'internement, le doute devant conduire à la remise en liberté⁹. Une expertise est requise pour préparer la décision sur le maintien de la mesure¹⁰ et le condamné a droit à un défenseur¹¹. Le tribunal doit toutefois non seulement vérifier que

¹ V. *supra*, n° 85.

² Rappelons que la suppression de la limite maximale de dix ans y compris pour les cas dits « anciens » a été approuvée par la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*), mais condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme comme constituant une violation des articles 5 § 1 et 7 § 1 CESDH (arrêt *M. c. Allemagne* du 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*).

³ § 67e, al. 2 StGB. Ces délais ont été raccourcis par la loi précitée du 5 déc. 2012. Auparavant, ce contrôle intervenait à intervalles de deux ans.

⁴ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (161), *préc.*

⁵ BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, *préc.*

⁶ § 67d, al. 2, 1^{ère} phrase StGB.

⁷ § 67g StGB.

⁸ § 67d, al. 3 StGB.

⁹ OLG Hamm, 4 août 2004, 4 Ws 343/05, *NStZ-RR*, 2006, p. 27; OLG Koblenz, 19 nov. 2007, 1 Ws 141/07; W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, 29^e éd., 2014, § 67d, n° 17.

¹⁰ § 463, al. 3, 3^{ème} phrase StPO, renvoyant au § 454, al. 2 StPO. La Cour constitutionnelle a souligné qu'une nouvelle expertise devait intervenir dès lors que le pronostic de dangerosité de la personne concernée était susceptible d'avoir évolué depuis la dernière évaluation : BVerfG, 6 août 2014, 2 BvR 2632/13.

¹¹ § 463, al. 3, 5^{ème} phrase StPO.

l'expertise établissant le pronostic réponde à des normes scientifiques minimales, mais aussi la soumettre à une analyse critique¹. C'est au juge qu'il revient donc d'établir, sur la base des différents éléments soumis à son appréciation critique, le pronostic sur la dangerosité qui servira de fondement au prolongement de l'internement.

Comme dans l'hypothèse d'une prise en charge insuffisante pendant l'incarcération², la juridiction doit suspendre l'internement (dont l'exécution deviendrait alors disproportionnée) si l'intéressé n'a pas bénéficié, dans un délai maximum de six mois fixé par la juridiction, de la prise en charge nécessaire prévue au § 66c, alinéa 1, n° 1 du code pénal³. Cette suspension s'accompagne, là aussi, d'une surveillance de conduite⁴. Or, cette règle peut aboutir à une situation paradoxale⁵ : en raison d'une offre thérapeutique et resocialisante insuffisante, l'exécution de l'internement est suspendue avec placement sous surveillance de conduite ; l'intéressé méconnaît par la suite l'une des obligations probatoires prévues au § 68b du code pénal (dans le cadre de la surveillance de conduite) ou commet une nouvelle infraction ; la suspension est, par conséquent, révoquée conformément au § 67g et la personne est (ré)internée avec une prise en charge insuffisante, etc. On peut se poser la question de savoir comment un internement auparavant disproportionné deviendrait, de cette manière, proportionné. Les arguments avancés dans le projet de loi selon lesquels cette proportionnalité pourrait découler de la gravité des faits qui motivent la révocation de la suspension⁶, ne paraissent guère convaincants.

347. Conclusion de la Section 2. L'instauration, en France, de la rétention de sûreté témoigne de l'orientation sécuritaire croissante de la politique pénale actuelle, le législateur n'hésitant plus à avoir recours à des mesures de sûreté privatives de liberté, en dépit de la conception unitaire du système de sanctions pénales en vigueur. On observe à cet égard que la mesure se trouve en dehors du Code pénal, sans doute pour contourner les difficultés liées à sa qualification juridique et à l'incohérence qu'il y aurait à l'insérer ouvertement dans le code « des peines ». Or, la comparaison de la mesure avec son homologue allemand révèle de grandes similitudes et conforte sa nature de mesure de sûreté. Un tel mécanisme n'est donc en

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* ; BGH, 12 nov. 2004, 2 StR 367/04 ; OLG Karlsruhe, 30 nov. 2005, 2 Ws 125/05, *NStZ-RR*, 2006, p. 90 (91).

² § 67c, al. 1, n° 2 StGB.

³ § 67d, al. 2, 2^{ème} phrase StGB.

⁴ § 67d, al. 2, 3^{ème} phrase StGB.

⁵ J. Renzikowski, « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 1638 s.

⁶ *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, 6 juin 2012, BT-Dr 17/9874, p. 21.

rien une innovation du législateur contemporain – le dispositif allemand est relativement ancien.

Sous l'influence de la jurisprudence européenne, les droits allemand et français tendent à se rapprocher, en s'articulant davantage autour du respect des droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel semble avoir anticipé la censure européenne de la rétroactivité de la mesure¹, le recours du requérant Monsieur *M.* introduit contre l'Allemagne² étant pendant devant la Cour strasbourgeoise lors de l'adoption du dispositif français. Toutefois, des imperfections subsistent dans les deux ordres juridiques, notamment parce que la mesure demeure dans certains cas de figure d'application rétroactive.

Elle est, en définitive, la mesure neutralisatrice par excellence, dans le sens où elle permet d'empêcher physiquement et de manière effective le délinquant de répéter ses méfaits. Aussi, cette mesure particulièrement controversée constitue-t-elle, à n'en point douter, la mesure la plus sévère de l'arsenal pénal. De ce fait, il est hautement souhaitable qu'une conformité plus aboutie aux droits fondamentaux ainsi qu'un renforcement de son aspect resocialisateur soient assurés.

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc. V. supra*, n° 219.

² V. la décision rendue ultérieurement : CEDH, *M. c. Allemagne*, GC., 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc. V. infra*, n° 531.

Conclusion du Chapitre I

348. L'étude des mesures de sûreté privatives de liberté témoigne de la nécessité, face à certains individus particulièrement dangereux, d'avoir recours à des mécanismes visant à assurer une protection effective de la société contre d'éventuelles futures infractions. La logique étant toutefois très différente d'une mesure à l'autre, l'on peut adopter une *summa divisio* entre les mesures curatives et les mesures éliminatrices. Les premières ont, avant tout, vocation à se substituer à la peine, dès lors que celle-ci est inapplicable aux personnes irresponsables. Elles visent à remédier aux causes de la dangerosité et, partant, de la délinquance, qui peuvent se trouver dans une maladie mentale ou une dépendance à l'alcool ou aux stupéfiants. En traitant ces facteurs criminogènes, leur but est de réinsérer l'individu dangereux dans la société. Les secondes, quant à elles, viennent s'ajouter à la peine, afin de pallier ses insuffisances. Pour ce faire, elles consistent à neutraliser l'état dangereux du délinquant en l'excluant de la société. Comme le constatait le professeur Pinatel en 1964 déjà, « les conditions techniques de l'exécution de l'internement correctif ou de sûreté ne peuvent différer sensiblement de celles de l'exécution pénitentiaire. Au contraire, les conditions techniques d'exécution des mesures médicales et socio-éducatives sont susceptibles d'en différer profondément »¹.

Bien que ces mesures aboutissent toutes à une privation de liberté – ce qui en fait les mesures de sûreté les plus attentatoires aux libertés fondamentales –, la détention de sûreté s'avère particulièrement sévère en raison de son cumul avec la peine pour le délinquant responsable de ses actes. Cela explique certainement que ses conditions d'application soient plus strictes ; elle doit être réservée aux personnes les plus dangereuses. Néanmoins, selon nous, les conditions des mesures curatives mériteraient, elles aussi, d'être resserrées.

La comparaison s'avère enrichissante dans le sens où l'émergence des mesures de sûreté dans la sphère pénale est encore très récente en France et manque, de ce fait, d'expérience pratique. En droit allemand, les mesures de sûreté, et notamment l'internement de sûreté, ont subi d'importantes évolutions, reflétant l'orientation générale de la politique pénale, mais aussi, plus récemment, la nécessité de prendre en considération les normes européennes. Celles-ci doivent, par conséquent, servir de référence au développement des mesures de sûreté en France, qu'elles soient privatives ou, comme nous allons le voir maintenant, non privatives de liberté.

¹ J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 769.

Chapitre II :

Les mesures de sûreté non privatives de liberté

349. Multiplication et diversité des mesures non privatives de liberté. Si le droit pénal a pour objet premier de punir les auteurs d'infractions, il s'est aussi efforcé de surveiller ceux-ci. Pour reprendre le titre d'un ouvrage célèbre de Michel Foucault, « surveiller et punir [...] sont ainsi les deux fonctions désormais classiques du droit pénal »¹. La surveillance des délinquants intervient en raison de leur dangerosité, pour éviter la réitération d'infractions. Lorsqu'elle intervient de manière préventive, cette surveillance peut constituer une menace pour la présomption d'innocence et la liberté individuelle, et il est donc primordial de trouver un équilibre entre la défense des libertés et la protection de la société².

C'est sous l'influence du courant de pensée positiviste, mettant l'accent sur la prise en compte de l'état dangereux du délinquant, que sont apparues les premières formes de surveillance en tant qu'alternatives à la peine d'emprisonnement. Ainsi, la loi du 14 août 1885 a institué la libération conditionnelle et celle du 26 mars 1891 le sursis simple. Si ces mesures sont des mesures d'aménagement de la peine qui s'apparentent à des mesures de faveur pour le condamné, les réformes législatives récentes s'engagent davantage sur une voie sécuritaire et de rigueur. On songe notamment à l'instauration de la période de sûreté, puis la multiplication de véritables mesures de surveillance autonomes, telles que le suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire et, enfin, la surveillance de sûreté.

Ayant à la fois une finalité sécuritaire et curative et étant destinées à favoriser la réinsertion du délinquant, ces mesures reçoivent, pour certaines d'entre elles, l'appellation de peine, et, pour d'autres, celle de mesure de sûreté. Ce qui rend leur véritable qualification juridique difficile est lié au fait que les principes classiques de distinction de ces deux catégories de sanctions pénales sont le plus souvent malmenés³. On s'intéressera donc à toutes les mesures de surveillance présentant les caractéristiques d'une mesure de sûreté, dont le critère fondamental tient à son fondement matériel qui est la dangerosité de la personne.

Comme pour les mesures privatives de liberté, ne seront étudiées que les mesures de sûreté qui constituent une réponse pénale à un acte infractionnel, la surveillance préjudicielle

¹ Ph. Bonfils, « Les modèles de surveillance extra-pénitentiaire des délinquants en France », *RPDP*, 2009, n° 2, p. 389 s.

² *Ibid.*

³ V. É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 28, p. 13.

ne relevant pas de la définition ici retenue pour les mesures de sûreté¹. Pour autant, l'existence de ces mesures préjudicielles ne peut être passée sous silence, le législateur pénal ayant fait le choix de les qualifier de mesures de sûreté conformément à leur finalité exclusivement préventive. Elles s'appliquent avant toute condamnation à une personne présumée innocente et interviennent dans le souci de protéger la société ou la personne surveillée, cette protection étant alors considérée comme constituant un intérêt supérieur à la sauvegarde de la liberté individuelle ou à la protection de la vie privée².

Or, il s'agira ici d'étudier les mesures applicables après jugement, qui concernent donc des délinquants avérés³. Une partie des mesures de surveillance post-sentencielles sont à visée exclusivement sécuritaire (Section 1), tandis que d'autres sont davantage probatoires⁴ (Section 2), c'est-à-dire qu'elles tendent à la resocialisation de l'individu par une mise à l'épreuve. En sus de ces mesures restrictives de liberté, on trouve toute une panoplie de mesures privatives

¹ V. *supra*, n° 7.

² On y trouve le contrôle judiciaire, instauré par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, qui permet d'éviter le placement en détention provisoire de la personne mise en examen (articles 137 à 143 CPP). Cette mesure peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention. Le mis en examen est alors astreint à se soumettre à une ou plusieurs obligations (art. 138 CPP), allant de la simple surveillance de l'individu, comme certaines interdictions territoriales, à des mesures plus éducatives à finalité resocialisante, comme la contribution aux charges familiales, jusqu'à des mesures de traitement ou de soins, aux fins de désintoxication notamment. Un tel régime permet ainsi aux juges de mettre en place un « pré-traitement de l'individu » (R. Gassin, « Influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in : *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t. II, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Études de science pénale et de politique criminelle, Paris, A. Pedone, 1975, p. 3 s., cit. p. 15). Le Code de procédure pénale prévoit expressément que les obligations du contrôle judiciaire sont prononcées « à titre de mesure de sûreté », et la Cour de cassation reprend cette qualification en affirmant que le placement sous contrôle judiciaire constitue non une sanction mais une mesure de sûreté (Cass. crim., 10 juil. 2013, n° 13-82740). Le bien-fondé des obligations du contrôle judiciaire doit donc être apprécié au regard des impératifs de la sûreté publique et des nécessités de l'instruction.

On y trouve ensuite l'assignation à résidence (sous surveillance électronique), également qualifiée de mesure de sûreté par la loi (articles 137 et suivants CPP). Enfin, on peut mentionner la liberté surveillée préjudicielle applicable aux mineurs délinquants en vertu de l'ordonnance du 2 février 1945, créée par loi du 22 juillet 1912 et qui est une mesure de sûreté à vocation avant tout éducative.

³ Certaines d'entre elles sont appelées modalités d'exécution de la peine, comme le sursis simple (institué par la loi Béranger du 26 mars 1891) ou avec mise à l'épreuve (existant depuis 1958) qui vise à faire dépendre l'exécution d'une peine d'emprisonnement non seulement de l'absence de récidive, mais aussi du respect d'un certain nombre d'obligations, à savoir les mesures de contrôle prévues à l'article 132-44 du Code pénal, et les obligations prévues à l'article 132-45. La personne est donc étroitement surveillée sous la menace d'une incarcération en cas de non respect des épreuves (Ph. Bonfils, « Les modèles de surveillance extra-pénitentiaire des délinquants en France », *art. cit.*, p. 389 s.). On y trouve également l'ajournement de peine avec mise à l'épreuve ou le placement sous surveillance électronique. La surveillance est, en outre, envisageable dans le cadre des aménagements de peine, comme la libération conditionnelle. Ces modalités d'exécution et mesures d'aménagement de la peine fondées sur un pronostic favorable quant à la dangerosité du condamné ne feront pas l'objet d'une analyse approfondie. Une autre mesure, au contraire, constitue un renforcement de la peine principale en ce qu'elle est fondée sur un mauvais pronostic criminologique résultant de la dangerosité du condamné : la période de sûreté. Celle-ci entre par conséquent dans le champ de cette étude.

⁴ Le caractère probatoire de ces mesures peut être défini comme « étant destiné à éprouver l'honnêteté » des délinquants, leur « capacité à demeurer dans le droit chemin, sans récidive » : v. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Probatoire », p. 809.

ou restrictives de droits, visant à neutraliser l'état dangereux d'une personne ou d'une chose (Section 3).

Section 1 :

Les mesures restrictives de liberté à visée exclusivement sécuritaire

350. Les mesures à visée exclusivement sécuritaire n'ont d'autre vocation que de venir renforcer ou compléter les dispositifs répressifs applicables aux délinquants dangereux, sans comporter de finalité resocialisatrice. Ne seront étudiées que les mesures françaises que nous considérons comme étant des mesures de sûreté, car elles ne connaissent pas d'équivalent parmi les mesures de sûreté allemandes. On y trouve la période de sûreté et l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes.

351. Présentation de la période de sûreté. La période de sûreté consiste en une période de temps fixée par la juridiction de jugement lors du prononcé de la décision de condamnation durant laquelle une personne condamnée à une peine privative de liberté sans sursis ne pourra bénéficier d'aucune des mesures favorables d'aménagement de sa peine visées à l'article 720-2 CPP. Pendant la durée de cette mesure, l'incarcération du condamné présente donc un « caractère préfix »¹. Il s'agit d'une mesure de strict enfermement dont la finalité est de préserver l'ordre public, excluant toute possibilité de personnalisation de la peine². Les textes régissant cette mesure se trouvent actuellement en partie dans le Code pénal³, en partie dans le Code de procédure pénale⁴.

Adoptée à une époque où la resocialisation des délinquants gagnait en importance, cette mesure avait vocation à constituer un contrepoids au principe d'individualisation de la peine. L'idée de réadaptation sociale est apparue, pour la première fois, dans la loi du 14 août 1885 instituant la libération conditionnelle et l'on assiste, depuis 1945, à un assouplissement du régime des peines. Avec le Code de procédure pénale ont été instituées de nombreuses techniques d'individualisation comme la réduction de peine, le placement à l'extérieur, la permission de sortir, la semi-liberté et la suspension et le fractionnement de la peine. Il est

¹ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 574, p. 265.

² J.-F. Seuvic, « La période de sûreté », Acte du Congrès de l'Association française de droit pénal tenu à Versailles le 29 février et 1^{er} mars 1996, *RPDP*, 1996, p. 311 s.

³ Art. 132-23 CP.

⁴ Art. 720-2 et 720-4 CPP.

vrai qu'au stade de l'exécution de la peine, « une certaine dose de réinsertion sociale doit intervenir, l'espoir d'une libération anticipée ou même seulement d'aménagements en cours d'exécution étant de nature à inciter le condamné à la bonne conduite »¹. Si ces mesures d'indulgence pouvaient paraître inégalitaires aux yeux de certains, force est de constater que le principe même de l'individualisation implique une adaptation de la sanction aux différentes personnalités des délinquants. Avec ces mesures d'individualisation, « la peine exécutée n'allait plus correspondre à la peine prononcée »². Cela allait susciter des « revendications répressives »³ visant à voir les pouvoirs du juge d'application des peines limités pour assurer un meilleur respect de l'autorité de la chose jugée avec une mise à exécution effective de la peine prononcée par la juridiction de jugement.

Ces idées se sont concrétisées avec les lois n° 78-1097 du 22 novembre 1978⁴ introduisant la période de sûreté en droit pénal français et du 2 février 1981, dite « Sécurité et Liberté », qui a étendu les cas d'application de la période de sûreté et allongé sa durée. Il ressort de l'exposé des motifs de la loi de 1978 un souci de répression sévère d'infractions particulièrement odieuses, la période de sûreté visant à corriger le régime d'exécution alors en vigueur, jugé trop libéral, qui ne permettait « pas toujours de tenir suffisamment compte du caractère dangereux de certains délinquants »⁵.

Le mouvement s'est poursuivi avec la loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 qui a prévu des cas de période de sûreté portée à 30 ans, pouvant apparaître comme une alternative à la peine de mort⁶, puis avec la loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 introduisant notamment l'idée d'une peine incompressible, encore étendue par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011. À ces textes d'inspiration « sécuritaire » répondent toutefois parfois des textes libéraux, comme la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 abrogeant les innovations de la loi de 1981 et rétablissant l'essentiel des dispositions de 1978⁷.

Le Code pénal de 1994 a finalement constitué un compromis, certains aménagements étant permis en cours d'exécution et le juge répressif conservant son rôle de décision, ayant le

¹ J. Pradel, « Vers le retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *D.*, 1987, chron. p. 5 s.

² *Ibid.*

³ J.-F. Seuvic, « La période de sûreté », *art. cit.*, p. 311 s.

⁴ Loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978 *modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale*.

⁵ Compte rendu des débats parlementaires de l'Assemblée nationale, *J.O.*, Doc. parl. A.N. n° 72, 1^{ère} session ordinaire de 1978-1979, 1^e séance du mardi 3 octobre 1978, p. 2. Plus précisément, le nouveau régime pénitentiaire visait à mieux tenir compte du « caractère particulièrement dangereux de certains délinquants » (J. Douffiagues, *ibid.*, p. 36) commettant des crimes « odieux » (J. Piot, *ibid.*, p. 32).

⁶ J. Pradel, « Vers le retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *art. cit.*, p. 5 s.

⁷ J.-F. Seuvic, « La période de sûreté », *art. cit.*, p. 311 s.

pouvoir de réduire ou même d'exclure la période de sûreté lorsqu'elle est de plein droit. Très controversée¹, cette mesure constituait, pour certains auteurs, « un pas en arrière » à contre-courant de toute l'évolution pénitentiaire opérée depuis 1945² ; pour d'autres, elle était simplement « inutile »³. Rétablissant une plus grande certitude de la peine⁴, on peut lui reprocher de « tradui[re] une curieuse méfiance vis-à-vis du juge de l'application des peines, au moment même où l'individualisation [était] emblématiquement brandie »⁵. Or, bien que la période de sûreté fasse obstacle à toute mesure d'individualisation, la possibilité de prononcer des mesures de sûreté à l'égard des personnes les plus dangereuses peut, en elle-même, être considérée comme faisant partie du pouvoir d'individualisation judiciaire de la sanction pénale⁶.

352. Présentation de l'inscription au FIJAISV. L'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAISV) a été instaurée par la loi du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*⁷. Le fichier est tenu par le service du casier judiciaire sous l'autorité du ministre de la Justice et le contrôle d'un magistrat. Il a pour vocation de recenser les personnes faisant l'objet d'une mesure ou d'une décision judiciaire pour avoir commis une infraction à caractère sexuel ou violent, afin de prévenir le renouvellement des infractions en cause par les auteurs déjà condamnés, et de faciliter leur identification pour pouvoir les localiser rapidement et à tout moment. Conçue à l'origine exclusivement pour les auteurs d'infractions sexuelles – partant de la présomption que ces délinquants sont dangereux et présentent une propension à la réitération – la mesure a par la suite été élargie aux auteurs d'autres types d'infractions violentes. Ainsi le champ d'application de la mesure a-t-il été substantiellement étendu à certains crimes particulièrement graves par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, qui a d'ailleurs rebaptisé le fichier en conséquent. Sont donc désormais saisies par la mesure les infractions mentionnées à l'article 706-47 CPP, comprenant des atteintes à la fois sexuelles et violentes.

¹ V. aussi *infra*, n° 582.

² S. Plawski, « La nouvelle loi pénitentiaire », *RPDP*, 1979, p. 31 s.

³ P. Poncela, « Livre I du nouveau code pénal. Dispositions générales », *RSC*, 1993, p. 455.

⁴ J. Pradel, « Vers le retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *art. cit.*, p. 5 s.

⁵ P. Poncela, « Livre I du nouveau code pénal. Dispositions générales », *art. cit.*, p. 455.

⁶ V. les développements sur le principe de l'individualisation de la sanction par J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, n° 50, p. 762 s., not. p. 765.

⁷ La mesure est règlementée aux art. 706-53-1 à 706-53-12 CPP. Ses modalités d'application ont été fixées par le décret n° 2005-627 du 30 mai 2005, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

L'examen du régime juridique (§ 1) et des effets (§ 2) de ces deux mesures sécuritaires permettra de tenter de les qualifier juridiquement (§ 3).

§ 1 : Le régime juridique des mesures à visée exclusivement sécuritaire

353. L'inscription au FIJ AISV et l'application d'une période de sûreté s'inscrivent dans un cadre juridique définissant leur champ d'application matériel (A) et temporel (B).

A. Le champ d'application matériel

354. Période de sûreté de plein droit ou facultative. La période de sûreté affecte un nombre limité de crimes et de délits, exclusivement commis par des majeurs¹, soit de plein droit, soit sur décision de la juridiction de jugement².

Elle s'applique de plein droit si la juridiction prononce une peine privative de liberté, non assortie du sursis, d'une durée supérieure ou égale à dix ans pour certaines infractions spécialement prévues par la loi³. Elle est alors obligatoire et automatique et la juridiction n'a pas à énoncer que la peine est assortie d'une période de sûreté ni à motiver spécialement sa décision sur ce point. La cour d'assises n'a donc l'obligation de rendre une décision spéciale que si elle estime devoir réduire ou, au contraire, augmenter la durée légale de la période de sûreté⁴.

Or, une telle mesure automatique n'est-elle pas contraire à l'article 132-17 CP aux termes duquel « aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée » ? Les infractions concernées, dont la liste est longue, sont énumérées dans divers articles du Code pénal, chaque texte d'incrimination et de pénalité faisant alors mention de la période de sûreté. On y trouve autant des infractions contre les biens que contre les personnes,

¹ V. art. 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui précise que « Les dispositions de l'article 132-23 du code pénal relatives à la période de sûreté ne sont pas applicables aux mineurs ». La Cour de cassation a rappelé, par référence à l'ancien article 720-3 du code de procédure pénale, que les dispositions de l'article 720-2 du même code, instituant en cas de condamnation pour certaines infractions une période de sûreté pendant laquelle le condamné ne pourra bénéficier d'aucun aménagement de la peine prononcée à son encontre, ne sont pas applicables aux mineurs : Cass. crim., 11 mai 1988, n° 87-84337, *Bull. crim.*, n° 210, p. 548. A l'égard des mineurs, la période de sûreté ne serait en effet pas conciliable avec la primauté de l'éducatif sur le répressif pour lequel le législateur a opté, permettant une plus grande adaptation de la sanction à l'évolution du jeune.

² Art. 132-23 CP.

³ Art. 132-23, al. 1^{er} CP.

⁴ Cass. crim., 10 mars 1992, n° 91-84011, *Bull. crim.*, n° 107, p. 281.

ainsi que contre la Nation, l'État et la paix publique¹. Le *quantum* de la peine encourue importe peu, puisque le texte s'attache à la peine prononcée, qui doit être d'au moins dix années. On constate également que la période de sûreté est exclusive d'un éventuel sursis, qu'il soit simple ou avec mise à l'épreuve, total ou partiel, une mesure de clémence n'étant pas conciliable avec cette mesure de rigueur. Le critère qui semble avoir guidé le législateur quant aux infractions concernées est leur caractère particulièrement odieux², beaucoup d'entre elles étant d'ailleurs assorties de circonstances aggravantes.

En dehors des cas où elle s'applique de plein droit, la période de sûreté est facultative et peut être prévue par la juridiction de jugement si elle prononce une peine privative de liberté, non assortie du sursis, d'une durée supérieure à cinq ans. Elle a donc vocation à s'appliquer à toutes les infractions autres que celles limitativement énumérées par les textes, son domaine étant, de ce fait, très vaste.

355. Conditions objectives de l'inscription au FIJAISV. Si le contenu de l'inscription au FIJAISV est plus léger que celui des autres mesures de surveillance, ses conditions d'application semblent néanmoins relativement larges au regard des enjeux de la mesure. Sont inscrites au fichier les personnes condamnées, même non définitivement (y compris celles qui sont condamnées par défaut ou font l'objet d'une déclaration de culpabilité assortie d'une dispense ou d'un ajournement de la peine) pour avoir commis une infraction sexuelle ou violente visée à l'article 706-47. Y figurent également les personnes ayant exécuté une composition pénale, celles qui ont fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou d'une mise en examen assortie d'un placement sous contrôle judiciaire par une juridiction d'instruction qui ordonne l'inscription de sa décision, ou encore les ressortissants français ayant fait l'objet à l'étranger d'une de ces décisions³. Dans ces derniers cas, il est permis de douter du respect de la présomption d'innocence.

L'inscription est automatique pour les infractions punies d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. S'agissant des délits prévus par l'article 706-47, le dispositif distingue entre deux hypothèses. D'une part, les décisions relatives aux délits punis d'une peine d'emprisonnement égale à cinq ans sont inscrites dans le fichier, sauf décision contraire

¹ Parmi les infractions concernées figurent par exemple les crimes contre l'humanité (art. 211-1 à 212-3 CP), les tortures et actes de barbarie (art. 221-1 à 222-6), les meurtres aggravés (art. 221-2 à 331-4), l'empoisonnement (art. 221-5) et le terrorisme (art. 421-3).

² É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 599, p. 278.

³ Art. 706-53-2 CPP. Dans l'hypothèse de la décision rendue à l'étranger, il faut qu'elle ait fait l'objet d'un avis aux autorités françaises ou ait été exécutée en France à la suite du transfèrement des personnes condamnées, en application d'une convention ou d'un accord internationaux.

spécialement motivée de la juridiction ou, en cas de composition pénale ou de décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, du procureur de la République. D'autre part, les décisions concernant les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans ne sont pas inscrites dans le fichier, sauf si cette inscription est ordonnée par décision expresse de la juridiction ou, dans les cas sus-évoqués, du procureur de la République¹. En d'autres termes, l'inscription est de plein droit uniquement pour les infractions punies d'une peine supérieure à cinq ans ; elle constitue le principe pour les peines égales à cinq ans, et l'exception pour les peines inférieures à cinq ans².

En ce qui concerne les mineurs, le texte opère à nouveau une distinction. Pour les mineurs qui ont moins de treize ans, aucune information n'est enregistrée dans le fichier. S'agissant des mineurs de treize à dix-huit ans, les décisions relatives aux crimes mentionnés à l'article 706-47 sont inscrites au fichier, alors que celles qui sont relatives à des délits prévus au même texte ne sont pas inscrites dans le fichier, sauf si cette inscription est ordonnée par décision expresse de la juridiction ou du procureur de la République, en cas de composition pénale ou de décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

356. Condition subjective tenant à la dangerosité. Contrairement aux autres mesures de sûreté, la période de sûreté et l'inscription au FIJ AISV ne supposent pas toujours la démonstration préalable de la dangerosité des personnes concernées. Celle-ci est donc présumée par référence aux infractions commises qui sont d'une particulière gravité et non pas « déterminée en fonction des caractéristiques de l'agent alors que c'est en lui qu'elle réside »³. Dans le silence des textes, l'état dangereux de la personne condamnée n'a donc d'incidence ni sur le principe d'assortir la peine d'une période de sûreté, ni sur la durée de cette dernière qui ne peut pas être élevée en cas de récidive⁴.

Il peut sembler insuffisant de fonder une mesure « *de nature à affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés, tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile et le secret de la vie privée* »⁵, sur une simple présomption de dangerosité. Cette économie s'explique sans doute par la complexité du processus de détermination de la dangerosité qui, de surcroît, n'est pas à même d'aboutir à des résultats

¹ Art. 706-53-2, al. 9 et 10 CPP.

² Le régime de la mesure a été durci par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011, seuls les délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans échappant désormais à l'automatisme de l'inscription.

³ J.-F. Seuvic, « La période de sûreté », *art. cit.*, p. 311 s.

⁴ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 599, p. 278.

⁵ Selon les termes employés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 69.

certain¹. L'automatisme de la mesure empêche toute personnalisation, contrairement à la logique des mesures de sûreté. De plus, la présomption de la dangerosité paraît particulièrement surprenante dans l'hypothèse – comprise par le dispositif relatif au FIJAISV – où la personne a été reconnue coupable d'une infraction tout en bénéficiant d'une dispense de la peine. En effet, cette dispense suppose que le reclassement du coupable soit acquis, le dommage causé réparé et que le trouble résultant de l'infraction ait cessé². En d'autres termes, malgré la culpabilité de la personne, sa dangerosité est, en pareille hypothèse, à l'évidence estimée limitée, voire nulle³, ce qui est contradictoire avec l'application d'une mesure de sûreté.

Pour la période de sûreté facultative au contraire, la dangerosité individuelle doit faire l'objet d'une appréciation par la juridiction qui prend la décision. Aucun critère n'est toutefois indiqué par les textes, les juges pouvant ainsi tenir compte des circonstances de l'espèce comme de la personnalité de l'agent, mais en vue ici d'une personnalisation *in pejus* (aggravation de la répression), alors que le plus souvent la personnalisation judiciaire joue *in favorem*⁴. Il s'agit alors d'une forme d'aggravation judiciaire de la sanction⁵. Peut-on, dès lors, considérer que si la période de sûreté facultative laisse intact le pouvoir d'individualisation des peines reconnu au juge, même si c'est dans un sens plus sévère pour le condamné, la période de sûreté de plein droit au contraire menace ce pouvoir ? Le Conseil constitutionnel a répondu par la négative⁶.

Même si elle est moins critiquable que la mesure applicable de plein droit qui découle d'une présomption de dangerosité fondée sur un acte isolé commis, on peut exprimer des réserves à l'égard de la période de sûreté facultative car elle est fondée sur une sorte de « pronostic rétrospectif de dangerosité »⁷. Le juge répressif doit, en effet, « à partir d'éléments concernant l'histoire individuelle du délinquant, sa situation actuelle et les caractéristiques des actes accomplis, dégager de façon prospective la future évolution de ce délinquant. Sur la base de ce pronostic, il lui faut alors déterminer une durée d'enfermement qui, par hypothèse, ne devrait pas être remise en cause, puisque soumise au régime de la période de sûreté, et sur laquelle le juge de l'application des peines ne peut directement avoir de pouvoir personnel

¹ V. *infra*, n° 727 s.

² Art. 132-59 CP.

³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 523.22, p. 701.

⁴ Sue le principe d'individualisation de la sanction pénale, v. *infra*, n° 552 s.

⁵ J.-F. Seuvic, « La période de sûreté », art. cit., p. 311 s.

⁶ Cons. const., 22 nov. 1978, déc. n° 78-98 DC, préc. V. aussi *supra*, n° 214 et *infra*, n° 365.

⁷ J.-F. Seuvic, « La période de sûreté », art. cit., p. 311 s.

d'aménagement »¹. Ainsi, la période de sûreté exige des juridictions de jugement « un préjugement divinatoire et arbitraire sur l'évolution du condamné »². Il est vrai que l'enfermement, en lui-même, n'est pas fondé sur le diagnostic de dangerosité, puisque la peine privative de liberté résulte du constat de culpabilité du condamné. Mais l'exclusion de toute possibilité d'aménagement et, partant, de toute perspective de traitement et de réinsertion de la personne enfermée peut paraître regrettable, car en contradiction avec l'évolution éventuelle de l'état dangereux du condamné et l'adaptabilité de la réponse pénale qu'elle requiert. Notamment « le constat fait par la juridiction de jugement de l'existence d'une perversion particulière notamment sexuelle, relevant certainement de traitements psychiatriques, [...] devrait logiquement conduire à une atténuation de la faute »³ ou à des soins adaptés, et non à un durcissement du régime d'exécution de la peine. Enfin, s'appuyant sur des considérations liées à la dangerosité de l'agent, la période de sûreté – laquelle n'est que la première d'une longue série de mesures instaurées par le législateur français et fondées sur la dangerosité – a conduit « à dépasser le rôle traditionnel du juge pénal qui statue avant tout sur la base de l'imputabilité et de la culpabilité »⁴.

Il convient, dès lors, d'étudier le champ d'application temporel de ces mesures à visée exclusivement sécuritaire.

B. Le champ d'application temporel

357. Durée de la période de sûreté. La durée de la période de sûreté varie selon qu'elle opère de plein droit ou qu'elle est décidée par le juge.

En cas de période de sûreté obligatoire, sa durée est, en principe, égale à la moitié de la peine, ou à dix-huit ans si la réclusion perpétuelle a été prononcée. La juridiction de jugement a toutefois la faculté, par décision spéciale⁵, soit d'augmenter cette durée pour la porter

¹ *Ibid.*

² F. Staechele, « La loi du 22 novembre 1978, Examen critique et pratique », Rapport présenté à l'assemblée générale de l'association nationale des juges et anciens juges de l'application des peines, *RPDP*, 1979, p. 131 s., p. 132.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Cette décision doit être prise à la majorité absolue prévue à l'art. 362 CPP (Cass. crim., 9 mars 1993, n° 92-84480, *Bull. crim.*, n° 104, p. 248 ; *RSC*, 1994, p. 324, obs. B. Bouloc; Cass. crim., 8 févr. 1995, n° 94-82153, *Bull. crim.*, n° 57, p. 134) ; une majorité qualifiée n'étant pas requise (Cass. crim., 8 févr. 1995, n° 94-82153, *préc.* ; Cass. crim., 9 mai 1990, n° 89-86470, *Bull. crim.*, n° 177, p. 451 ; Cass. crim., 27 sept. 1995, n° 94-84147). Mais l'exigence d'une décision spéciale n'implique pas une motivation spéciale (Cass. crim., 23 oct. 1989, *Bull. crim.*, 1989, n° 370 ; Cass. crim., 22 mai 1990, *Bull. crim.*, 1990, n° 210 ; Cass. crim., 5 juil. 1993, *Bull. crim.*, 1993, n°

jusqu'aux deux tiers de la peine ou, s'il s'agit d'une condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité, jusqu'à vingt-deux ans, soit de la réduire, l'article 132-23 CP ne prévoyant alors aucun seuil minimum. Le juge peut encore décider de la porter à trente ans en cas de peine privative de liberté à temps ou même à la durée totale de la peine de réclusion criminelle à perpétuité, en cas d'assassinat ou de meurtre d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, ou lorsque le meurtre a été commis soit avec préméditation, soit en bande organisée sur une personne dépositaire de l'autorité publique à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions¹. Dès lors que l'intégralité de la peine est assortie d'une période de sûreté, celle-ci peut être qualifiée de « peine incompressible » ou de « perpétuité réelle ». Dans les cas où la période de sûreté est de plein droit, non seulement le juge n'a pas besoin de l'indiquer dans la décision de condamnation, mais en plus, il ne peut pas s'opposer à son application. S'il peut en réduire la durée, il ne saurait en effet l'écarter purement et simplement. Or, faute de limite minimale, n'est-il pas permis de considérer que le juge puisse réduire la période de sûreté jusqu'à la supprimer complètement ?

Lorsqu'elle est facultative, sa durée ne peut excéder les deux tiers de la peine ou vingt-deux ans si la réclusion perpétuelle est prononcée. Le juge fixe alors librement sa durée à l'intérieur de ce maximum légal.

Par une interprétation favorable au condamné, la Cour de cassation a jugé que les points de départ de la peine et de la période de sûreté n'étaient pas nécessairement identiques². Par la suite, elle a précisé que le point de départ de la période de sûreté était fixé au jour de la mise à exécution de la peine assortie de cette période, mais que « *si la condamnation qui emporte ou prononce une période de sûreté a été précédée d'une détention provisoire, l'entier temps de celle-ci doit s'imputer sur la durée de la période de sûreté, sans qu'il y ait lieu de tenir compte, pour diminuer d'autant cette durée, du temps pendant lequel ont été simultanément exécutées une ou plusieurs condamnations à des peines non assorties d'une période de sûreté* »³. Elle admet donc, en définitive, que la période de sûreté puisse s'exécuter de façon non concomitante à la peine qu'elle accompagne.

237 ; Cass. crim., 29 janv. 1998, *Bull. crim.*, 1998, n° 37, *Dr. pén.*, 1998, p. 67, obs. Véron ; *RSC*, 1998, p. 767, obs. Bouloc ; Cass. crim., 3 mars 1999, n° 98-82142).

¹ Art. 221-3 et 221-4 CP.

² Cass. crim., 1^{er} févr. 2012, n° 10-84178, *Bull. crim.*, n° 34 ; *D.*, 2012, p. 1775, chron. C. Roth, B. Laurent, P. Labrousse et M.-L. Divialle ; *AJ pénal*, 2012, p. 493, obs. M. Herzog-Evans ; *Dr. pén.*, 2013, chron. 3, obs. Bonis-Garçon et Peltier.

³ Cass. crim., 25 juin 2014, n° 14-81793, *JurisData* n° 2014-013804 ; *Bull. crim.* n° 169. V. D. Boccon-Gibod et B. Laurent, « Période de sûreté et pluralité des peines : un autre regard », *AJ pénal*, 2014, p. 101 ; M. Herzog-

358. Aménagements de la période de sûreté. La rigueur de ces dispositions est atténuée par des possibles aménagements de la période de sûreté en cours d'exécution. Il existe, en effet, des procédures spécifiques de révision ou de relèvement permettant une individualisation de cette mesure qui elle-même fait obstacle à l'individualisation de la peine.

En ce qui concerne, tout d'abord, le relèvement total ou partiel de la période de sûreté, en application de l'article 720-4 CPP, le tribunal de l'application des peines peut, à titre exceptionnel, mettre fin à la période de sûreté ou réduire sa durée « *lorsque le condamné manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale* ». Cette juridiction peut être saisie par le JAP et le procureur de la République, ou encore par le condamné lui-même, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Toutefois, lorsque la cour d'assises a décidé de porter cette période à trente ans, aucun aménagement n'est possible avant que le condamné ait été incarcéré pendant au moins vingt ans. Face à une peine perpétuelle incompressible, la révision de la mesure n'est possible qu'à l'expiration d'une incarcération de trente ans, après une expertise par un collège de trois experts médicaux qui se prononcent sur l'état de dangerosité du condamné. Si la durée de la période de sûreté fait l'objet d'une réduction, le condamné peut ensuite prétendre au bénéfice d'un aménagement de sa peine.

La mesure peut aussi être aménagée par décret de grâce du président de la République, en vertu de l'article 720-2, alinéa 2 CPP. De manière directe, il a le pouvoir de redéfinir la durée de la mesure par décret de grâce, pour la réduire ou même la supprimer, et ce même en matière de « perpétuité réelle ». De manière indirecte, la commutation ou la remise de la peine par décret de grâce aura des répercussions sur la période de sûreté qui devra être recalculée. Maintenu de plein droit, sa nouvelle durée correspond à la moitié de la peine résultant de cette commutation ou remise, sans pouvoir, toutefois, excéder la durée de la période de sûreté attachée à la peine prononcée.

Dans ces deux cas, on ne sera plus en présence d'une peine incompressible et l'on peut alors faire remarquer qu'il existe une « hypocrisie [...] à maintenir dans nos textes une peine

Evans, « Périodes de sûreté : retour à la raison », *AJ pénal*, 2014, p. 436 ; R. Méza : *Gaz. Pal.*, 2014, n° 214, p. 15 ; É. Bonis-Garçon, « Computation de la période de sûreté en cas de pluralité de peines », *Dr. pén.*, 2014, comm. 123 ; É. Bonis-Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2014) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2015, chron. 3 ; M. Véron, « Imputation de la période de détention provisoire », *Dr. pén.*, 2014, comm. 126 ; M. Léna, « Computation de la période de sûreté et pluralité de peines : le verdict de la chambre criminelle », *Dalloz actu.*, 26 juin 2014 ; *D.*, 2014, p. 2423, obs. C. Ginestet ; *RSC*, 2014, p. 589, obs. J. Danet. - Cass. crim., 10 déc. 2014, n° 14-83130, *JurisData* n° 2014-030536 ; *Bull. crim.* à paraître. *Dalloz actu.*, 15 janv. 2015, obs. S. Anane. V. également, sur la question du calcul de la période de sûreté en cas de confusion de peines, L. Griffon, « La computation de la période de sûreté », *AJ pénal*, 2013, p. 591.

qualifiée de réclusion (ou détention) criminelle "à perpétuité" alors que même le plus extrême renfort de cette perpétuité n'est pas vraiment perpétuel »¹.

359. Entrée en vigueur partiellement rétroactive de l'inscription au FIJAISV. Aux termes de l'article 216 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, les dispositions relatives à l'inscription au FIJAISV sont « *applicables aux auteurs d'infractions commises avant la date de publication de cette loi au Journal officiel de la République française, mais ayant fait l'objet, après cette date, d'une des décisions prévues par l'article 706-53-2 du même code* ». La mesure s'applique encore immédiatement aux personnes exécutant, avant la date de publication de la loi, une peine privative de liberté. Cependant, concernant les personnes ayant commis une infraction faisant encourir une peine de dix ans d'emprisonnement et entraînant, de ce fait, un régime de contrainte renforcée consistant à devoir justifier de leur adresse tous les six mois, l'inscription au fichier est subordonnée à une décision prise par le tribunal de l'application des peines, saisi à cette fin par le procureur de la République, selon la procédure contradictoire prévue à l'article 712-7 CPP. Cette rétroactivité a été approuvée par la Cour de cassation², même à l'égard des personnes ayant déjà fini de purger leur peine³.

La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, étendant le champ d'application de la mesure aux infractions violentes graves mentionnées au dernier alinéa de l'article 706-47 CPP, a renvoyé, en son article 28-III, à l'article 216 de la loi du 9 mars 2004, les mêmes solutions étant donc applicables aux auteurs de ces infractions.

360. Durée limitée de l'inscription au FIJAISV. La durée de l'inscription au fichier est, en principe, 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, à compter du jour où l'ensemble des décisions enregistrées ont cessé de produire tout effet⁴. À l'arrivée du terme de la mesure, les informations concernant la personne sont naturellement retirées du fichier, ainsi qu'au décès de l'intéressé⁵. S'agissant des personnes non définitivement condamnées ou mises en examen, les informations les concernant sont retirées du fichier en cas de décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, ou encore en cas de cessation ou de mainlevée du contrôle

¹ M.-L. Rassat, « Création d'une peine dite incompressible », *RSC*, 1994, p. 778.

² Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.*, n° 267, p. 981; Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *préc.*; V. Peltier, « Nature et régime de l'inscription au FIJAIS », *Dr. pén.*, 2014, comm. 152.

³ Cass. crim., 30 janv. 2008, n° 07-82645, *D.*, 2008, Pan. 242, obs. M. Herzog-Evans.

⁴ Art. 706-53-4 CPP.

⁵ Art. 706-53-4 et R. 53-8-35 CPP.

judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique auquel le mis en examen était soumis, l'inscription au fichier étant dans ces cas dépourvue de fondement¹. Au contraire, l'amnistie ou la réhabilitation ainsi que les règles propres à l'effacement des condamnations figurant au casier judiciaire n'entraînent pas l'effacement de ces informations². Il en va de même en cas de décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

On constate donc que nonobstant sa qualification de mesure de sûreté, cette mesure revêt une durée déterminée, non adaptable à l'évolution de la dangerosité du condamné. Or, le fait que sa durée soit particulièrement longue permet, sans doute, de remédier à cet inconvénient. Le législateur semble partir de la présomption qu'après une période aussi longue sans nouvelle infraction, la personne n'est plus dangereuse. Tout comme la dangerosité de la personne avait été déduite de la seule commission de certains types d'infractions, sa non-dangerosité résultera de l'absence de réitération de telles infractions. En matière de mesures de sûreté, la dangerosité, aussi bien que la cessation de celle-ci, devraient pourtant faire l'objet d'un constat concret pour chacune des personnes qui en font l'objet, au lieu de découler de présomptions générales.

361. Effacement anticipé. L'article 706-53-10 CPP a mis en place une procédure particulière visant à obtenir l'effacement des informations figurant dans ce fichier. Ainsi, toute personne dont l'identité est inscrite dans le fichier peut demander au procureur de la République de rectifier ou d'ordonner l'effacement des informations la concernant si les informations ne sont pas exactes ou si leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier, au regard de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne lors de sa commission, du temps écoulé depuis lors et de la personnalité actuelle de l'intéressé. Il est à préciser, toutefois, que cette demande d'effacement est irrecevable tant que les mentions concernées sont relatives à une procédure judiciaire qui est toujours en cours, tant que la personne n'a pas été réhabilitée ou que la mesure à l'origine de l'inscription n'a pas été effacée du bulletin n° 1³. Si le procureur de la République n'ordonne pas la rectification ou l'effacement, la personne peut saisir, à cette fin, le juge des libertés et de la détention, dont la

¹ Art. 706-53-4, *in fine* CPP.

² Cela peut paraître contestable en ce qui concerne la réhabilitation judiciaire, supposant une réinsertion avérée de la personne condamnée, ce qui devrait pouvoir conduire à la fin de la mesure à son égard. V. en ce sens, M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 533.37, p. 754.

³ Art. 706-53-10, al. 2 CPP.

décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction¹. Les autorités saisies de la demande peuvent faire procéder à toutes les vérifications qu'ils estiment nécessaires et notamment ordonner une expertise médicale de la personne. Une telle expertise sera même obligatoire s'il s'agit d'une mention concernant soit un crime, soit un délit puni de dix ans d'emprisonnement et commis contre un mineur².

Les obligations de justification et de présentation qui pèsent sur la personne dont l'identité est enregistrée au FIJAISV sont suspendues pendant le temps où la personne est incarcérée³.

Ces différentes mesures entraînent d'importants effets.

§ 2 : Les effets des mesures à visée exclusivement sécuritaire

362. Effets de la période de sûreté. Pendant la durée de la période de sûreté, celle-ci a pour effet de faire obstacle à certains aménagements de peine, à savoir la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle⁴. La personne condamnée peut donc bénéficier de réductions de sa peine qui ne sont pas exclues par les textes, mais elles seront imputées uniquement sur la partie de la peine excédant la durée de la mesure⁵, ne pouvant donc avoir pour effet de modifier la durée de la période de sûreté⁶. Il en va de même pour les réductions de temps d'épreuve nécessaires à l'octroi de la libération conditionnelle qui peuvent être accordées aux condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité, mais qui ne seront imputables que sur la partie de la peine excédant la période de sûreté⁷.

Enfin, certaines précautions sont prévues à l'expiration anticipée des longues périodes de sûreté. Lorsque le tribunal de l'application des peines a dispensé la personne condamnée à une peine perpétuelle d'exécuter l'intégralité de la période de sûreté, puis lui accorde une libération conditionnelle, il peut prononcer, à son encontre, des mesures d'assistance et de

¹ Art. 706-53-10, al. 3 CPP.

² Art. 706-53-10, al. 4 CPP.

³ Art. 706-53-5, al. 6 CPP, inséré par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

⁴ Art. 132-23 CP et 720-2 CPP. D'autres mécanismes ne sont pas affectés par la période de sûreté, n'étant pas visés par l'article 132-23, et peuvent donc s'appliquer au condamné. On y trouve l'autorisation de sortie sous escorte, la suspension médicale de la peine ou le placement sous surveillance électronique. Or les conditions temporelles d'octroi de cette dernière ne sont guère compatibles avec l'exécution d'une période de sûreté : V. M. Herzog-Evans, « Peine (Exécution) », *Rép. pén. Dalloz*, sept. 2011, mise à jour : juin 2015, n° 100.

⁵ Art. 132-23, al. 4 CP.

⁶ Cass. crim., 14 oct. 2009, *Bull. crim.*, n° 171; *AJ pénal*, 2010, p. 46.

⁷ Art. 729-1 CPP.

contrôle sans limitation de durée¹. Cette règle du délai d'épreuve illimité déroge aux dispositions de droit commun² prévoyant que ces mesures peuvent être prescrites pour une durée allant de cinq à dix ans. On voit, par conséquent, que la personne soumise à une période de sûreté perpétuelle n'est pas entièrement libre, même après la cessation de cette mesure.

363. Informations inscrites au FIJ AISV et obligations en découlant. Le fichier contient les informations relatives à l'identité ainsi que l'adresse ou les adresses successives du domicile et, le cas échéant, des résidences de l'intéressé³. Il comprend également les informations relatives à la décision judiciaire ayant justifié l'inscription et la nature de l'infraction⁴. La personne faisant l'objet de la mesure en est informée par l'autorité judiciaire⁵.

Toute personne inscrite au fichier est obligée de justifier de son adresse⁶, une première fois après avoir reçu l'information des mesures et des obligations mentionnées au deuxième alinéa de l'article 706-53-6, puis une fois par an, et de déclarer ses changements d'adresse, dans un délai de quinze jours au plus tard après ce changement⁷. La justification de son adresse doit même intervenir une fois tous les six mois si elle est condamnée pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement⁸. Pour cela, elle doit se présenter, en personne, soit auprès du commissariat ou de l'unité de gendarmerie de son domicile, soit auprès du groupement de gendarmerie départemental ou de la direction départementale de la sécurité publique de son domicile ou auprès de tout autre service désigné par la préfecture.

Si la dangerosité de la personne le justifie, la juridiction de jugement ou le JAP peut ordonner que cette présentation intervienne tous les mois⁹. Cette présentation mensuelle s'applique d'ailleurs de plein droit si la personne est en état de récidive légale. Ces obligations

¹ Art. 720-4, dernier alinéa, CPP.

² Art. 732, al. 3 CPP.

³ Art. 706-53-2, al. 1^{er} CPP.

⁴ Art. 706-53-2, al. 8 CPP. L'article R. 53-8-7 CPP, issu du décret n° 2005-627 du 30 mai 2005, précise quelles sont les informations relatives à la personne elle-même, celles relatives à la ou aux décisions ayant donné lieu à l'enregistrement, ainsi que les obligations diverses (p. ex. la périodicité de l'obligation de présentation si elle existe) qui sont enregistrées dans le fichier.

⁵ Art. 706-53-6 CPP ; art. R. 53-8-9 ; art. R. 53-8-19 et R. 53-8-20 CPP.

⁶ Concernant les personnes sans domicile fixe, la circulaire relative à la mise en place du fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles du 1^{er} juillet 2005 précise que « Si la personne dispose effectivement d'une commune de rattachement, celle-ci servira d'adresse de référence pour la personne concernée avec la mention SDF. En l'absence de commune de rattachement, la direction centrale de la police judiciaire (DNRAPB-unité FIJ AISV) sera chargée d'effectuer des recherches complémentaires ». (CRIM 2005615 Q/01-07-2005, NOR : JUSD0530100C, BOMJ, n° 99, art. 2.1).

⁷ Art. 706-53-5 CPP.

⁸ Art. 706-53-5, al. 5 CPP. Il est à noter que la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 a supprimé la formule « définitivement condamnée », les obligations s'appliquant donc dès le jugement de première instance.

⁹ Art. 706-53-5, al. 5 CPP, ajouté par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007.

ne s'imposent aux mineurs de treize à dix-huit ans qu'en cas de condamnation pour un crime puni d'au moins vingt ans de réclusion¹. Soulignons que cette présentation en personne, à des intervalles très fréquents, est particulièrement lourde et s'apparente, selon un auteur, davantage à du « pointage » qu'à un simple renseignement quant à l'adresse².

Il est possible d'ordonner, à la demande de la personne, qu'elle ne soit tenue de se présenter auprès des services de police ou de gendarmerie pour justifier de son adresse qu'une fois par an ou, lorsqu'elle devait se présenter une fois par mois, qu'une fois tous les six mois³.

En cas d'inobservation de ces obligations, la personne encourt une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende⁴, ce qui peut paraître particulièrement sévère. Le non-respect des obligations découlant de la mesure est ainsi érigé en infraction pénale autonome. En l'absence de notification des informations relatives à la mesure à l'intéressé, l'inobservation des obligations ne saurait, en toute logique, donner lieu à une nouvelle sanction pénale, faute d'élément intentionnel requis pour que le délit soit constitué. S'il apparaît que la personne n'habite plus à l'adresse indiquée, l'officier de police judiciaire en informe le procureur de la République qui la fait inscrire sans délai au fichier des personnes recherchées⁵.

364. Consultation du fichier. Les personnes ayant accès au fichier sont strictement définies par l'article 706-53-7 CPP, ainsi que l'article 706-53-9 CPP relatif aux personnes inscrites intéressées⁶. Notons simplement, au sujet des autorités judiciaires, que l'intérêt pour eux de consulter ce fichier en plus du bulletin n° 1 de la personne jugée réside dans le fait que les informations demeurent inscrites au FIJAISV même en cas d'effacement du B1 pour cause de réhabilitation. Même si les infractions inscrites au FIJAISV ne sauraient servir de preuve à la constatation de l'état de récidive⁷, les magistrats seront vraisemblablement influencés par une telle information au moment de statuer. Il en va de même des juridictions d'application des peines avant d'accorder une mesure d'aménagement de la peine⁸.

Il convient dès à présent de tenter de qualifier ces mesures.

¹ La justification d'adresse ou la déclaration de changement d'adresse est alors effectuée par ses représentants légaux ou les personnes auxquelles sa garde a été confiée (art. R. 53-9-21 CPP).

² M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 533.74, p. 758.

³ Art. 706-53-10, al. 5 CPP.

⁴ Art. 706-53-5, dernier alinéa, CPP.

⁵ Art. 706-53-8, al. 2 CPP, inséré par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

⁶ Les informations relatives aux consultations du fichier sont conservées pendant une durée de trois ans en précisant la qualité de la personne ou autorité ayant procédé à l'opération (art. R. 53-8-34 CPP).

⁷ Art. 706-53-4, al. 5 CPP.

⁸ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 533.32, p. 755.

§ 3 : La qualification juridique des mesures à visée exclusivement sécuritaire

365. Hésitations possibles sur la nature juridique de la période de sûreté. La période de sûreté soulève des hésitations quant à sa qualification juridique, certains considérant qu'il s'agit d'une mesure de sûreté, d'autres soutenant qu'elle constitue une peine¹, voire un élément de la peine d'emprisonnement². Sa place dans le Code pénal se trouve au sein d'un Titre III consacré aux peines, et elle relève plus précisément du Chapitre II relatif au régime des peines. Dans le Code de procédure pénale, les dispositions la concernant se trouvent au sein d'un Chapitre II traitant de l'exécution des peines privatives de liberté. En faveur de sa nature de mesure de sûreté, on peut toutefois souligner que la période de sûreté « garantit avec certitude la mise à l'écart de la société, pour une longue période, d'un individu considéré comme dangereux »³.

Le Conseil constitutionnel a, dans un premier temps, qualifié la mesure de modalité d'exécution de la peine. Dans sa décision du 22 novembre 1978⁴, il a, en effet, affirmé « *qu'une telle mesure, qui ne concerne que l'exécution d'une peine, ne [pouvait] [...] être regardée comme constituant elle-même une peine* » et que « *les décisions relatives à son application [n'étaient] pas soumises aux règles qui régissent le prononcé des peines* ». En outre, il a implicitement déclaré la mesure conforme au principe d'individualisation de la peine – qui n'était, à ce moment, pas encore un principe constitutionnel – en rappelant que la mesure n'a pas un caractère obligatoire et automatique, puisqu'elle peut faire l'objet d'un aménagement en faveur d'un condamné qui « *présente des gages exceptionnels de réadaptation sociale* ». C'est ainsi que le Conseil a rejeté l'argument des députés ayant soutenu que la période de sûreté constituait « *par son caractère obligatoire et par son automaticité, une peine fixe en contradiction avec la règle qui, pour permettre l'individualisation des peines, impose que le juge conserve un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il inflige une sanction pénale, règle dont ils estim[aient] qu'elle constitu[ait] un principe fondamental reconnu par les lois de la République* »⁵.

¹ P. Poncela, « Perpétuité, sûreté réelle », *Hommes et libertés*, nov. 2001, n° 116.

² V. É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 578, p. 266. En ce sens, également, J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 805, p. 653 ; L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, *op. cit.*, n° 11, p. 17.

³ Y. Laurens et P. Pédrón, *Les très longues peines de prison*, L'Harmattan, 2007, p. 59.

⁴ Cons. const., 22 nov. 1978, déc. 78-98 DC, *préc.*

⁵ *Ibid.*, cons. 1.

Cette analyse a, cependant, été nuancée par la suite, le Conseil soumettant, dans sa décision du 3 septembre 1986¹, la période de sûreté aux mêmes règles que la peine s'agissant de l'application de la loi pénale dans le temps. Par une réserve d'interprétation, il a ainsi censuré l'application des dispositions plus sévères à des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi². Pourtant, on aurait pu considérer que ces règles qui sont, aux dires mêmes du Conseil, relatives à l'exécution de la peine s'appliquent immédiatement. Il semble donc avoir introduit, dans cette décision, une distinction entre la période de sûreté qui est liée à la déclaration de culpabilité et prononcée par la juridiction de jugement au moment de la condamnation, et les mesures de simple exécution des peines (par exemple les réductions de peines ou les permissions de sortie), lesquelles peuvent rétroagir. Notons toutefois qu'ultérieurement, le législateur a consacré, en accord avec cette jurisprudence, le principe général selon lequel les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines, lorsqu'elles ont pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur³.

Enfin, dans sa décision du 20 janvier 1994 sur la loi instituant une peine incompressible, le Conseil a expressément qualifié la période de sûreté de mesure de sûreté, en jugeant que les principes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 « *ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent* »⁴. Il peut, toutefois, sembler incohérent de retenir à la fois la qualification de mesure de sûreté et sa soumission au régime de la peine, en l'occurrence le principe de nécessité des peines et la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁵. Peut-on dès lors considérer que le Conseil assimile mesures de sûreté et mesures d'exécution des peines ?

La Cour de cassation, pour sa part, a toujours jugé que « *la période de sûreté constitu[ait] une modalité d'exécution de la peine privative de liberté* »⁶, relevant du prononcé même de

¹ Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, *préc.*

² *Ibid.*, cons. 22 à 24.

³ Art. 112-2, 3° CP. La doctrine admet néanmoins que le principe de non-rétroactivité de la loi plus sévère n'a qu'une valeur législative en matière d'exécution des peines, et qu'une autre loi peut donc y déroger sans méconnaître la Constitution (V. notamment W. Jeandidier, « Application de la loi pénale dans le temps », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 112-1 à 112-4, Fasc. 20, 15 oct. 2012, n° 122). D'ailleurs c'était aussi la position exprimée dans la circulaire de la Chancellerie du 14 mai 1993, relative à l'application des dispositions législatives du Code pénal.

⁴ Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*, cons. 9 et 10.

⁵ V. aussi *supra*, n° 214.

⁶ Cass. crim., 10 déc. 1980, n° 80-92358, *Bull. crim.*, 1980, n° 344 ; Cass. crim., 16 janv. 1985, n° 84-93553, *Bull. crim.*, 1985, n° 29, *RSC*, 1987, p. 263, obs. Couvrat ; Cass. crim., 9 mai 1990, n° 89-86470, *Bull. crim.*, n° 177 ; *RSC*, 1991, p. 334, obs. A. Vitu ; *RSC*, 1991, p. 603, obs. A. Braunschweig ; Cass. crim., 8 juil. 1992, n° 91-86820,

cette peine, et qu'il ne s'agissait donc pas d'une « *mesure distincte de la peine qui en est assortie* »¹. C'est ainsi qu'elle a fait rétroagir une disposition moins sévère de la loi du 1^{er} février 1994 en jugeant que la durée maximale plus douce de vingt-deux ans en cas de condamnation à une peine de réclusion criminelle à perpétuité devait être substituée à la durée de trente ans initialement prévue par l'article 720-2 CPP². Relevons, toutefois, que s'agissant d'une modalité d'application de la peine, l'arrêt de la Cour de cassation aurait dû viser l'article 112-2 et non l'article 112-1, alinéa 3 CP³. Sans se prononcer sur sa nature juridique, la Cour européenne, elle, a approuvé la période de sûreté⁴.

Il convient alors de préciser qu'il est vrai que la période de sûreté est indissociable de la peine privative de liberté qu'elle accompagne et dont l'exécution est quasi simultanée⁵. Mais, d'une part, elle n'est pas privative de liberté en elle-même – puisque la privation de liberté résulte de la peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle – et, d'autre part, elle repose non pas sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité, son but étant de renforcer la rigueur de la réponse pénale apportée. La qualification retenue par nous sera donc, à l'instar du Conseil constitutionnel en 1994, celle de mesure de sûreté.

366. Qualification juridique de l'inscription au FIJAISV. L'inscription au FIJAISV a un caractère automatique, au mépris du principe d'individualisation des peines. Le législateur la qualifie de mesure de sûreté en disposant que « *toute personne dont l'identité est enregistrée dans le fichier est astreinte, à titre de mesure de sûreté, aux obligations prévues* » par l'article 706-53-5 CPP. Le Conseil constitutionnel a admis la légitimité d'une telle mesure, la qualifiant de « *mesure de police* » dans sa décision relative à la loi du 2 mars 2004⁶ et précisant que ne s'agissant pas d'une sanction, la mesure était soustraite à l'exigence de nécessité des peines inscrite à l'article 8 de la DDHC. Il a ajouté qu'elle ne constituait pas non

Bull. crim., n° 269 ; Cass. crim., 9 mars 1993, n° 92-84480, *préc.* ; Cass. crim., 5 juil. 1993, n° 92-86681, *Bull. crim.*, 1993, n° 237, p. 594 ; Cass. crim., 10 déc. 2014, n° 14-83130, *Bull. crim.* à paraître.

¹ Cass. crim., 9 mars 1993, n° 92-84480, *préc.*

² Cass. crim., 25 mai 1994, n° 93-83820, *Bull. crim.*, 1994, n° 198, p. 457 ; *RSC*, 1995, p. 99, obs. B. Bouloc ; *Dr. pén.*, 1994, comm. 204, obs. M. Véron. Rappelons qu'avant la réforme de 1994, la période de sûreté pouvait être portée jusqu'à trente ans à l'égard des personnes condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité à la suite d'atteintes à la vie humaine ou à l'intégrité corporelle particulièrement graves, jusqu'à dix-huit ans, s'il s'agissait d'une réclusion criminelle à perpétuité prononcée pour celles des infractions mentionnées au premier alinéa de l'article 720-2 ancien qui n'entrent pas dans la catégorie précédente, ou jusqu'aux deux-tiers de la peine, s'il s'agissait d'une condamnation à une peine privative de liberté à temps.

³ B. Bouloc, « Incidence du nouveau code pénal sur les peines prononcées », *RSC*, 1995, p. 99.

⁴ CEDH, *Bodein c. France*, 13 nov. 2014, n° 40014/10 : *AJDA*, 2015, p. 150, chron. L. Burgogue-Larsen ; *D.*, 2014, p. 2303 ; *AJ pénal*, 2015, p. 105, obs. J.-P. Céré ; *Dalloz actu.*, 17 nov. 2014, obs. Léna ; *Dr. pén.*, 2015, p. 15, note Bonis-Garçon. V. *infra*, n° 600.

⁵ Sous réserve des règles d'imputation évoquées ci-dessus. V. *supra*, n° 357.

⁶ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 74.

plus une rigueur qui ne serait pas nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789. La chambre criminelle de la Cour de cassation¹, quant à elle, l'a qualifiée de « *mesure* » sans plus de précisions concernant sa nature. Elle a simplement énoncé que « *l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles constituant, non une peine au sens de l'article 7 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais une mesure ayant pour seul objet de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles et de faciliter l'identification de leurs auteurs, celle-ci n'[était] pas soumise au principe de la non-rétroactivité des lois de fond plus sévères* ». La Cour a ainsi validé l'inscription au fichier d'une condamnation pour des faits commis antérieurement à la création de la mesure, en l'espèce des agressions sexuelles aggravées.

On constate, néanmoins, que « les deux juridictions paraissent éviter avec grand soin la qualification de mesure de sûreté, qui semble pourtant particulièrement adéquate », puisque, « *mesure ante delictum*, destinée à prévenir la récidive, elle s'apparente à une véritable mesure de précaution sociale »². De la même manière, la Cour de cassation préfère fonder l'exclusion de la mesure du bénéfice de la procédure de relèvement prévue par l'article 132-21 sur le fait qu'une procédure particulière est prévue pour l'effacement des informations inscrites au fichier – dans la logique de l'adage « *speciala generalibus derogant* » – plutôt que de la qualifier ouvertement de mesure de sûreté, ce qui pourrait la distinguer des interdictions, incapacités et déchéances³. Encore que ces dernières mesures puissent également souvent être considérées comme des mesures de sûreté. Toutefois, dans un arrêt non publié au bulletin, la chambre criminelle a clairement affirmé que l'inscription au FIJ AISV, « *qui n'est pas une peine mais une simple mesure de sûreté, n'[était] pas soumise au principe de la non-rétroactivité des lois de fond plus sévères* »⁴. Toute ambiguïté est donc levée.

Pourtant, il est vrai que l'inscription au FIJ AISV présente une originalité par rapport aux autres mesures de sûreté. En effet, l'absence de référence explicite à l'état dangereux au moment du prononcé de la mesure et sa présomption abstraite, dérivant de la nature des infractions commises, semblent contraires à la logique des mesures de sûreté qui voudrait qu'elles soient individualisées par le juge en tenant compte de la dangerosité de l'intéressé. Or, le critère de la dangerosité n'intervient ici qu'au stade de l'effacement de la mesure à travers l'expertise qui peut être ordonnée dans le cadre de la procédure définie à l'article 706-

¹ Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.*, n° 267, p. 981.

² L. Priou-Alibert, « Infraction sexuelle : automaticité de l'inscription au fichier », sous Cass. crim., 17 févr. 2010, *D.*, 2010, p. 831.

³ *Ibid.*

⁴ Cass. crim., 12 mars 2008, n° 07-86233.

53-10 CPP. Ainsi, « l'inscription semble bénéficier d'un régime propre, tout entier contenu dans les articles 706-53-1 à 706-53-12, régime qui échappe tant au droit commun qu'au pouvoir d'individualisation du juge. Mesure de sûreté *sui generis*, l'inscription automatique au FIJAIS semble donc marquer un recul du pouvoir d'individualisation du juge au profit de l'exigence de traçabilité des délinquants du fait de leur dangerosité présumée »¹. L'individualisation existe seulement dans l'hypothèse où l'infraction commise est punie d'une peine inférieure à cinq ans, ou dans celle de la personne mise en examen placée sous contrôle judiciaire ou assignée à résidence, puisque la mesure doit alors être expressément prononcée par le juge. On signalera, enfin, le fait que la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 a introduit une référence expresse à la dangerosité de la personne qui pourra justifier qu'elle soit astreinte à justifier de son adresse tous les mois², autrement dit, un renforcement de ses obligations.

367. Approbation de la mesure par la CEDH. Statuant dans l'affaire *Gardel c. France* par un arrêt du 17 décembre 2009³, la juridiction de Strasbourg a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une peine au sens de l'article 7 de la Convention. On peut dire qu'« elle s'est manifestement laissée impressionner par la décision du Conseil constitutionnel français »⁴ dans laquelle celui-ci estimait que l'inscription au fichier constituait une mesure de police⁵. La Cour a ainsi affirmé que « l'objectif principal de cette obligation est d'empêcher la récidive » et qu'à cet égard, « la connaissance par les services de police ou de gendarmerie et les autorités judiciaires de l'adresse des personnes condamnées, du fait de leur inscription au FIJAISV comporte un élément de dissuasion et permet de faciliter les investigations policières ». Selon elle, « l'obligation découlant de l'inscription au FIJAISV a donc un but préventif et dissuasif et ne peut être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction »⁶. Elle considère, de ce fait, que « l'obligation de justifier son adresse tous les six mois et de déclarer ses changements d'adresse au plus tard dans un délai de quinze jours, certes pour une durée de trente ans, n'atteint pas une gravité telle que l'on puisse l'analyser en une "peine" » et qu'il s'agit d'une « mesure préventive à laquelle le

¹ L. Priou-Alibert, « Infraction sexuelle : automaticité de l'inscription au fichier », *art. cit.*, p. 831.

² Art. 706-53-5, al. 5 CPP.

³ CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.* V. aussi, pour des solutions identiques, les arrêts du même jour : CEDH, *Bouchacourt c. France*, 17 déc. 2009, n° 5335/06, *RSC*, 2010, p. 240, obs. Roets; *JCP*, 2010, act. 62, obs. Sudre; *D.*, 2010, p. 93, obs. K. Gachi ; *ibid.* 2732, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail. - CEDH, *M.B. c. France*, 17 déc. 2009, n° 22115/06, *RSC*, 2010, p. 240, obs. Roets.

⁴ E. Dreyer, « Un an de droit européen en matière pénale », *art. cit.*

⁵ La Cour européenne cite la décision constitutionnelle dans le § 19 de l'arrêt.

⁶ CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*, § 43.

principe de non-rétroactivité énoncé dans [l'article 7 § 1 de la Convention] n'a pas vocation à s'appliquer »¹.

Dans la même décision, la Cour a affirmé que l'ingérence que représente cette mesure dans le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention n'était pas disproportionnée, compte tenu du but légitime poursuivi par la mesure, à savoir la prévention d'infractions particulièrement graves. Rappelant qu' « *une réinsertion réussie présume notamment la prévention de la récidive* »² et s'appuyant sur la possibilité prévue par le Code de procédure pénale de demander l'effacement anticipée des informations du fichier, elle a estimé que la durée de la mesure et les contraintes qui en découlent étaient justifiées par sa finalité, et que cette mesure traduisait « *un juste équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents en jeu* »³.

Or, on peut s'interroger, avec le professeur Roets, sur le point de savoir « si le fichage des délinquants sexuels est un moyen réellement efficace de prévention »⁴. Deux auteurs critiquent d'ailleurs la motivation de la Cour strasbourgeoise qui ferait « peser sur les requérants une certaine forme de présomption de "dangerosité" générale, c'est-à-dire détachée de toute commission ou tentative de commission des faits, ce qui semble justifié par le fait qu'ils ont commis dans le passé "*un type odieux de méfaits*" »⁵.

368. Conséquences de la nature de mesure de sûreté. La nature de mesure de sûreté de ce fichier ne fait, par conséquent, aucun doute. Comme le soulève le professeur Herzog-Evans⁶, la mesure peut s'appliquer à des personnes non définitivement condamnées et les obligations qui l'accompagnent ne sont pas de nature probatoire, pas plus qu'elles ne contiennent d'incitation à la réinsertion sociale. Il ne s'agit donc en aucun cas d'un aménagement de peine, et encore moins d'une peine complémentaire puisque l'objet de la mesure n'est pas d'affliger ou de punir la personne en cause, mais uniquement de contrôler son adresse. Notons, à cet égard, que cette mesure revêt uniquement un caractère sécuritaire et ne comporte pas d'aspect resocialisateur.

¹ *Ibid.*, § 45 et 46.

² *Ibid.*, § 64.

³ *Ibid.*, § 71.

⁴ D. Roets, « De l'obligation positive de prévenir la délinquance sexuelle à l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des délinquants sexuels : la vie privée dans tous ses états... », *art. cit.*, p. 240 s.

⁵ P. Dourneau-Josette et F. Tulkens, « La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme », *art. cit.*, p. 698.

⁶ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.12, p. 668.

Conformément à cette qualification, la chambre criminelle a rappelé que la juridiction de jugement ne saurait accorder une dispense de l'inscription au FIJ AISV, dès lors qu'elle prononce une condamnation pour une infraction mentionnée à l'article 706-47 CPP et punie d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement – la mesure étant alors automatique et obligatoire¹. Ce n'est toutefois pas le cas pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement égale à cinq ans, auquel cas la juridiction saisie d'une dispense de peine doit en étudier le bien-fondé². Aussi, la procédure de relèvement prévue à l'article 132-21 CP ne prévoit la possibilité de relèvement que pour les interdictions, déchéances et incapacités applicables de plein droit, l'inscription au FIJ AISV n'étant donc pas susceptible de faire l'objet d'un tel relèvement³.

369. Conclusion de la Section 1. Si le propre des mesures de sûreté est, en principe, de favoriser la prévention de la délinquance par une réinsertion des auteurs dangereux dans la société, il existe toutefois des mesures qui sont à visée exclusivement sécuritaire. Elles viennent ainsi renforcer l'efficacité de la répression en durcissant le régime ou en permettant de repérer plus rapidement les délinquants à risque. C'est le cas de la période de sûreté qui n'a pas d'existence autonome, en ce qu'elle est rattachée à la peine de prison. Elle n'entraîne, de ce fait, en elle-même, pas à proprement parler une privation de liberté, mais elle confère à la peine qu'elle accompagne une plus grande rigueur sécuritaire. L'inscription au FIJ AISV, quant à elle, entraîne une contrainte moindre pour l'intéressé, consistant, avant tout, à répertorier les individus dangereux dont on peut redouter de nouveaux méfaits.

À côté de ces mesures à visée exclusivement sécuritaire existent des mesures de surveillance probatoires.

¹ Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87570, *Bull. crim.*, n° 35.

² Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *préc.*

³ Cass. crim., 16 janv. 2008, n° 07-82115, *préc.* ; Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87570, *préc.*

Section 2 :

Les mesures de surveillance probatoires

370. Surveillance potentiellement perpétuelle après l'enfermement. La première mesure de surveillance post-carcérale instaurée par le législateur français a été le suivi socio-judiciaire, qui est qualifié de peine bien qu'il s'apparente davantage à une mesure de sûreté. Jusqu'à sa création, le temps de la surveillance des délinquants en milieu libre correspondait nécessairement au temps de la peine elle-même, comme dans le sursis ou la libération conditionnelle. L'originalité du nouveau dispositif consistait donc à permettre un contrôle du sortant de prison ou du condamné libre pendant une période de temps indépendante de la peine d'emprisonnement.

Par la suite, ont été créées successivement la surveillance judiciaire, qui est cantonnée à la durée des réductions de peine donc dépendante du *quantum* de la peine principale, le placement sous surveillance électronique mobile qui n'a pas d'existence autonome, devant systématiquement s'inscrire dans le cadre d'une autre mesure, et la surveillance de sûreté qui est non seulement indépendante de la durée de la peine d'emprisonnement ou de la rétention de sûreté à laquelle elle s'ajoute, mais aussi illimitée dans le temps, ce qui la distingue des autres formes de surveillance.

Toutes ces mesures ont en commun de conduire, en cas d'insoumission aux contraintes qui en découlent, à un nouvel enfermement. Dans le cas du suivi socio-judiciaire, la violation des obligations constitue même une infraction *per se*, faisant encourir une nouvelle peine d'emprisonnement.

L'équivalent allemand de ces diverses mesures de surveillance probatoires françaises (§ 1) se trouve réuni en une seule mesure de sûreté qui figure dans le code pénal et est appelée la surveillance de conduite (*Führungsaufsicht*) (§ 2).

§ 1 : Les mesures de surveillance probatoires françaises

371. L'étude de ces différentes formes de surveillance qui ont surgi dans un faible intervalle de temps (A) permet de mettre en lumière leurs régimes respectifs (B), souvent taillé sur mesure par le législateur ou la jurisprudence. On s'aperçoit alors qu'elles ont toutes un contenu quasi identique (C), ce qui soulève la question de leur qualification juridique (D).

A. La genèse des mesures de surveillance probatoires

372. Présentation du suivi socio-judiciaire. Le suivi socio-judiciaire (SSJ) est présenté par le Code pénal comme étant une peine, alors qu'il ressemble, par bien des aspects, à une mesure de sûreté¹. Institué par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 *relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, il a été la « première mesure ayant eu pour objet d'assurer un contrôle post-carcéral du condamné en vue de prévenir toute récidive »². Son régime a été modifié à multiples reprises³ et son domaine progressivement élargi. Une réforme significative a été entreprise par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, qui a considérablement étendu son domaine d'application en allongeant la liste des infractions pour lesquelles cette mesure peut être prononcée, de manière à inclure des infractions violentes mais sans caractère sexuel.

L'article 131-36-1 CP définit la mesure comme l'obligation pour le condamné « *de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive* ». Il concerne des délinquants présentant des troubles du comportement, principalement de nature sexuelle et éventuellement avec une dimension médicale, auquel cas le suivi peut comporter une injonction de soins⁴. De manière générale, il s'agit de renforcer la réponse pénale en matière d'infractions violentes et sexuelles, en complétant la répression par des mesures préventives visant à favoriser la réinsertion sociale du délinquant.

373. Présentation de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses. Instaurée par la loi du 12 décembre 2005 précitée, la surveillance judiciaire des personnes dangereuses a pour origine lointaine le rapport de la commission dite Cartier qui parlait de suivi postpénal, puis le rapport Garraud⁵. Elle consiste en une surveillance des délinquants dangereux et, plus précisément, des auteurs de crimes ou délits sexuels. Son appellation n'est pas sans évoquer

¹ La mesure est régie par les articles 131-36-1 et suivants CP et les articles 763-1 et suivants CPP. D'autres dispositions lui sont en outre consacrées aux articles L. 3711-1 et suivants et R. 2711-1 et suivants CSP.

² Ch. Courtin, « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps », *art. cit.*

³ Par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, celle n° 2007-1198 du 10 août 2007, celle n° 2008-174 du 25 février 2008, celle n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire, celle n° 2010-242 du 10 mars 2010 et enfin de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013.

⁴ V. Ph. Bonfils, « Les modèles de surveillance extra-pénitentiaire des délinquants en France », *art. cit.*, p. 389 s.

⁵ J. Pradel, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule », *art. cit.*, p. 725 s. V. J.-F. Burgelin, *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport préc.

l'ancienne « surveillance de haute police »¹, elle-même ancêtre de l'interdiction de séjour², et il n'est pas sûr que la nouvelle mesure de sûreté soit plus facile à supporter que l'ancienne³.

Le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, imposer cette surveillance après l'incarcération, pendant une durée limitée à celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires dont a éventuellement bénéficié le condamné et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait.

Régie par les articles 723-29 et suivants CPP, il s'agit d'une sorte de modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement qui intervient toutefois à la libération du condamné, ce qui la rapproche de la libération conditionnelle, mais est fondée sur la dangerosité de la personne et doit, de ce fait, être considérée comme une mesure de sûreté.

374. Présentation de la surveillance de sûreté. La surveillance de sûreté, instaurée par la loi du 25 février 2008 précitée⁴, a vocation à permettre la prolongation d'obligations post-carcérales qui ont été prononcées au titre d'une autre mesure et qui prennent fin. Étant donné que le législateur l'a qualifiée de mesure de sûreté et que le Conseil constitutionnel a approuvé cette qualification et les conséquences qui y sont attachées⁵, elle s'est appliquée immédiatement dès la publication de la loi. Elle peut être soit la suite d'une rétention de sûreté – il s'agit alors d'une « surveillance de sûreté à titre supplétif »⁶ – soit la prolongation d'autres mesures de surveillance – auquel cas on peut parler d'une « surveillance de sûreté à titre extensif »⁷. Dans tous les cas de figure, elle prend la relève d'une autre mesure de sûreté et n'a de ce fait pas d'existence autonome. Il convient dès lors de distinguer ces deux hypothèses.

375. Surveillance de sûreté à titre supplétif. En premier lieu, la surveillance de sûreté peut prendre la relève d'une rétention de sûreté qui n'est pas renouvelée ou à laquelle il est mis fin⁸. Si la personne libérée présente encore des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13 CPP, la juridiction régionale de la rétention de sûreté

¹ V. *supra*, n° 19.

² Cette peine a remplacé à partir de 1885 la surveillance de haute police.

³ J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

⁴ V. *supra*, n° 125.

⁵ V. *supra*, n° 220.

⁶ P. Mistretta, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *art. cit.*, act. 145.

⁷ *Ibid.*

⁸ Art. 706-53-19 CPP.

(JRRS) peut, après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée de deux ans.

376. Surveillance de sûreté à titre extensif. En second lieu, faisant suite à d'autres mesures de surveillance, elle est applicable aux personnes qui font l'objet d'un placement sous surveillance judiciaire ou d'un suivi socio-judiciaire, assortis, le cas échéant, d'un placement sous surveillance électronique mobile. Ces mesures doivent avoir été prononcées à la suite d'une condamnation à la réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13 CPP¹. La surveillance de sûreté a été qualifiée de « clone perpétuel » de la surveillance judiciaire temporaire² qui, à son tour, a été désignée comme étant un « ersatz » du suivi socio-judiciaire³. Deux cas de figure sont à distinguer.

D'une part, l'article 723-37 CPP prévoit qu'à l'issue d'une surveillance judiciaire, la JRRS mentionnée à l'article 706-53-15 peut, selon les modalités prévues par cet article, décider de prolonger tout ou partie des obligations auxquelles est astreinte la personne, au-delà de la limite prévue à l'article 723-29 (la durée correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires) en la plaçant sous surveillance de sûreté pour une durée de deux ans⁴. En outre, aux termes de l'article 723-38, le placement sous surveillance électronique mobile prononcé dans le cadre de la surveillance judiciaire peut être renouvelé tant que la personne fait l'objet de cette surveillance judiciaire ou d'une surveillance de sûreté. Le prononcé d'une surveillance de sûreté peut, enfin, venir sanctionner la violation des obligations découlant d'une surveillance judiciaire dans des conditions qui font apparaître des risques que la personne commette à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 et ont conduit à un retrait de la totalité des réductions de peine ainsi qu'à sa réincarcération⁵. Dans ce dernier cas, la surveillance de sûreté débute dès la libération du condamné.

D'autre part, l'article 763-8 permet à la JRRS de prolonger les obligations auxquelles est astreinte la personne dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, au-delà de la durée prononcée par la juridiction de jugement et des limites prévues à l'article 131-36-1 CP, en la plaçant sous

¹ Il s'agit des infractions pour lesquelles une rétention de sûreté peut être prononcée : v. *supra*, n° 287.

² M. Herzog-Evans, « Le premier placé sous PSEM à Paris restreint à un pâté de maison », commentaire de l'arrêt rendu par la CA Bordeaux, 29 mai 2009, *AJ pénal*, 2009, p. 509.

³ J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

⁴ Cette durée a été allongée par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010. À l'origine, le texte prévoyait une durée d'un an.

⁵ Art. 723-37, dernier alinéa, CPP.

surveillance de sûreté pour une durée de deux ans. Cette possibilité persiste même dans le cas où la personne concernée fait l'objet d'une libération conditionnelle.

Notons que la surveillance de sûreté peut également prendre le relais d'une libération conditionnelle lorsque la personne a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité pour l'un des crimes visés à l'article 706-53-13 et qu'elle a fait l'objet d'une libération conditionnelle avec injonction de soins¹. Dans cette hypothèse, une expertise médicale doit, au préalable, constater que le maintien d'une injonction de soins est indispensable pour prévenir la récidive. La mesure est alors soumise aux mêmes conditions que lorsqu'elle fait suite à une surveillance judiciaire, mais ne peut pas être prolongée au-delà de sa durée de deux années².

377. Présentation du placement sous surveillance électronique mobile. La loi du 12 décembre 2005 a institué le placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) « *à titre de mesure de sûreté* » (article 131-36-9 CP) qui se distingue, d'un point de vue juridique et technique, de la surveillance électronique « statique » laquelle est une modalité d'exécution des peines privatives de liberté³. La notion de mesure de sûreté est dorénavant expressément employée dans le Code pénal qui a pourtant opté, on l'a vu⁴, pour un système unitaire de sanctions pénales⁵.

Il s'agit d'une mesure de surveillance des délinquants dangereux susceptibles de récidiver accompagnant systématiquement une autre mesure qui en constitue le cadre et dont elle suit le régime. Elle a ainsi vocation à s'appliquer notamment dans le cadre du suivi socio-judiciaire⁶, de la surveillance judiciaire⁷ ou de la surveillance de sûreté de certains condamnés, surtout des auteurs d'infractions à caractère sexuel⁸. Elle peut également intervenir dans le cadre

¹ Art. 732-1 CPP, créé par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

² L'art. 732-1 CPP prévoit cette durée de deux années et son alinéa 3 renvoie seulement aux deuxième et cinquième alinéas de l'article 723-37, ainsi qu'à l'article 723-38.

³ Institué par la loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997, le placement sous surveillance électronique (PSE) est régi aux articles 132-26-1 s. CP et 723-7 s. CPP.

⁴ V. *supra*, n° 121 s.

⁵ Cette mesure est prévue par les articles 131-36-9 s. CP, se trouvant donc insérée dans un titre consacré aux peines, et son régime est précisé par les articles 763-10 s. CPP.

⁶ Art. 131-36-9 CP.

⁷ Art. 723-30, 2° CPP.

⁸ Art. 723-38 CPP. La loi du 25 février 2008 a d'ailleurs instauré la possibilité de soumettre certains délinquants, dans le cadre d'une surveillance judiciaire, d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance de sûreté, à une assignation à domicile sous le régime du placement sous surveillance électronique mobile. Il s'agit de ceux qui exécutent, à la date du 1^{er} septembre 2008, une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans à la suite, soit de plusieurs condamnations, dont la dernière à une telle peine, pour les crimes mentionnés à l'article 706-53-13 CPP, soit d'une condamnation unique à une telle peine pour plusieurs de ces crimes commis sur des victimes différentes (Art. 13 de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 *relative à la*

d'une permission de sortie accordée au cours d'une rétention de sûreté. Du fait de son rattachement à une multitude de mesures, le domaine du PSEM est très étendu et la compétence juridictionnelle dépend du cadre dans lequel il trouve à s'appliquer¹.

On le voit donc, le PSEM n'a pas d'existence autonome et ne saurait s'appliquer indépendamment des autres mesures qui en constituent le cadre juridique, bien que le Code pénal lui consacre une sous-section 7 distincte à l'intérieur du titre concernant les peines, place qui est contestable. On peut ainsi parler de « voies d'entrée » du placement sous surveillance électronique mobile². Il s'agit en somme moins d'un « dispositif global de contrôle » que d'un « moyen de renforcer des dispositifs déjà existant[s] »³.

Notons, à cet égard, que le législateur voulait initialement instaurer le PSEM en tant que mesure de sûreté autonome, d'une durée totale de vingt ans en matière correctionnelle et trente ans en matière criminelle, qui aurait été rétroactivement applicable aux personnes définitivement condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi⁴. Cette idée a toutefois été abandonnée avant de se heurter à l'obstacle constitutionnel⁵.

Malgré une logique similaire, les régimes de ces différentes mesures sont souvent divergents.

rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, préc.). La mesure consiste à imposer à ces délinquants de demeurer à leur domicile ou dans tout autre lieu désigné par le juge, aux périodes définies par lui. On peut toutefois relever une contradiction entre ces dispositions et celles des articles 723-30 et 763-3 qui prévoient respectivement l'assignation à domicile dans le cadre d'une surveillance judiciaire et d'un suivi socio-judiciaire. En effet, contrairement à l'article 13 de la loi, ces derniers n'exigent pas une pluralité d'infractions ou de victimes en se contentant d'un des crimes prévus à l'article 706-53-13. Il paraît dès lors convaincant d'appliquer ces dernières dispositions, plus spéciales, aux condamnations mises à exécution après le 1^{er} septembre 2008, et les conditions renforcées de l'article 13 à celles en cours d'exécution à cette date. Étant d'application rétroactive pour ces derniers, on comprend pourquoi le texte se montre plus exigeant quant aux conditions. Dans cette hypothèse, le PSEM sera d'ailleurs, lui aussi, d'application rétroactive, et ce même dans le cadre du suivi socio-judiciaire.

¹ Il peut en effet être prononcé soit par la juridiction de jugement, soit par la juridiction de l'application des peines (les deux sont compétentes en matière de suivi socio-judiciaire), soit par la juridiction régionale de la rétention de sûreté (en matière de surveillance de sûreté).

² M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, p. 695 s.

³ *Ibid.*, p. 695.

⁴ V. la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales adoptée en 1^{re} lecture par l'Assemblée nationale, le 16 décembre 2004, texte n° 366, dont les articles 7 à 12 portant sur le PSEM.

⁵ Il est intéressant de noter que le garde des Sceaux, Pascal Clément, lors de la deuxième lecture du texte à l'Assemblée nationale les 12 et 13 octobre 2005, a pris la liberté de suggérer aux parlementaires de « prendre le risque de l'inconstitutionnalité », ce à quoi le président du Conseil constitutionnel, Pierre Mazeaud, répondit que « Le respect de la Constitution n'est pas un risque mais un devoir » (*Libération*, 28 sept. 2005, p. 14). V., sur ce point, Ch. Lazerges, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *RSC*, 2006, p. 183.

B. Le régime juridique des mesures de surveillance probatoires

378. Les mesures de surveillance se trouvent encadrées par un certain nombre de conditions qui délimitent à la fois leur champ d'application matériel (1) et temporel (2).

1. Le champ d'application matériel

379. Champ d'application matériel du suivi socio-judiciaire. Comme le montre l'évolution du suivi socio-judiciaire, son champ d'application a été globalement étendu par les réformes successives.

Le SSJ peut accompagner une peine privative de liberté prononcée sans sursis en matière criminelle ou correctionnelle ou s'ajouter à une peine assortie d'un sursis simple. Il peut aussi être prononcé seul, à titre de peine principale, en matière de délits. En revanche, il ne peut être ordonné en même temps qu'une peine d'emprisonnement assortie, en tout ou partie, du sursis avec mise à l'épreuve¹. On constate néanmoins que lorsqu'il accompagne une peine assortie d'un sursis simple, le condamné se retrouve, de fait, dans les conditions d'un sursis avec mise à l'épreuve, ces deux mesures comprenant pour l'essentiel les mêmes mesures de contrôle et d'aide et les mêmes obligations particulières².

Le SSJ est prévu pour des infractions limitativement énumérées, l'article 131-36-1 précisant que la juridiction de jugement peut l'ordonner dans les cas prévus par la loi. Les infractions visées sont les infractions sexuelles³ et violentes⁴. La Cour de cassation a eu

¹ Art. 131-36-6 CP.

² Notons qu'en vertu de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2008, le sursis avec mise à l'épreuve comprenait même une injonction de soins lorsque le condamné pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire était encouru était apte au traitement, de sorte à rendre ces deux mesures quasiment identiques. Cette disposition inscrite à l'article 132-45-1 CP a toutefois été abrogée, peu de temps après, par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010. Or, une obligation semblable se trouve à l'article 132-45, 3° CP, prévoyant des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation, ce qui fait d'ailleurs double emploi avec l'injonction de soins dans le cadre du suivi socio-judiciaire.

³ Meurtre ou assassinat précédé, accompagné ou suivi de viol (art. 221-9-1 CP) ; viol simple ou aggravé et autres agressions sexuelles ; exhibition sexuelle (art. 222-48-1, al. 1^{er} CP) ; mise en péril des mineurs ; corruption de mineurs ; propositions sexuelles à un mineur de quinze ans par moyen de communication électronique ; fixation, enregistrement ou transmission en vue de sa diffusion d'images à caractère pornographique ; fabrication, transport ou diffusion d'un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger ; incitation d'un mineur à se soumettre à des mutilations sexuelles ; atteintes sexuelles (art. 227-31 CP).

⁴ Atteintes volontaires à la vie (art. 221-9-1 CP) ; tortures ou actes de barbarie (art. 222-48-1, al. 1^{er} CP) ; violences aggravées, violences habituelles ou menaces commises soit par le conjoint ou le concubin de la victime ou par le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, ou par son ancien conjoint, son ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à elle par un pacte civil de solidarité, soit, sur un mineur de quinze ans, par

l'occasion de rappeler que le suivi socio-judiciaire ne pouvait être appliqué sans avoir été prévu par la loi, en vertu du principe de légalité. Dans un arrêt du 18 février 2004¹, elle a ainsi affirmé que la peine de suivi socio-judiciaire ne saurait être prononcée pour un meurtre sur mineur de quinze ans, en se fondant sur l'article 221-9-1 CP dans sa rédaction antérieure à la loi du 12 décembre 2005, qui ne visait alors que les personnes coupables d'un meurtre ou d'un assassinat précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie. De la même manière, on peut relever un arrêt du 2 septembre 2004 qui a prohibé le prononcé du SSJ en matière de violences mortelles en réunion, puisque les textes de l'époque ne prévoyaient pas cette possibilité². La disposition a, depuis, été élargie à toutes les hypothèses d'atteintes volontaires à la vie, comme le souhaitaient certains auteurs en soulignant que « la détermination des infractions pouvant être punies d'un suivi socio-judiciaire mériterait probablement d'être revue en incluant d'autres infractions graves n'ayant pas de caractère sexuel mais dont les auteurs présentent des troubles du comportement et sociaux semblables à ceux qui avaient motivé la création de cette peine en 1998 ». Ils ajoutaient qu'« à l'inverse, les crimes de nature sexuelle font l'objet quasi-systématiquement du prononcé d'un suivi socio-judiciaire alors que toute violence sexuelle n'est pas forcément la résultante de troubles psychiques »³.

Le SSJ revêt même un caractère obligatoire en matière correctionnelle, depuis la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, lorsque des violences habituelles sont commises sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime, sauf en cas de condamnation à une peine d'emprisonnement assortie du sursis avec mise à l'épreuve ou si le tribunal correctionnel considère, par décision spécialement motivée, qu'il n'y a pas lieu de le prononcer.

En matière criminelle, la cour d'assises délibère, de façon spécifique, sur le prononcé d'un SSJ⁴.

380. Champ d'application matériel de la surveillance judiciaire. Conditions objectives. Les conditions d'application de la surveillance judiciaire prennent largement

un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime (222-48-1, al. 2 CP) ; atteintes aux libertés de la personne : réduction en esclavage et exploitation d'une personne réduite en esclavage, enlèvement et séquestration (art. 224-10 CP) ; disparition forcée (art. 221-15 CP) ; destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes (art. 322-18 CP).

¹ Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-84182, *Bull. crim.*, n° 47, *AJ pénal*, 2004, p. 201, obs. C. S. Enderlin.

² Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-82182, *Bull. crim.*, n° 198.

³ C. S. Enderlin, « La peine de suivi socio-judiciaire ne peut être prononcée pour un meurtre sur mineur de quinze ans », note sous Cass. crim., 18 févr. 2004, *AJ pénal*, 2004, p. 201.

⁴ Art. 222-48-1, al. 3 CP.

appui sur le régime du suivi socio-judiciaire, tout en étant plus souples, conformément à sa nature juridique de mesure de sûreté. La surveillance judiciaire requiert une condamnation pour une infraction révélatrice de la dangerosité du délinquant. Elle est applicable aux personnes condamnées à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, ou, depuis la loi du 14 mars 2011¹, d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale². Avant la loi du 10 mars 2010, le seuil à partir duquel la mesure pouvait être prononcée était de dix années. La surveillance judiciaire prend donc appui soit sur la récidive légale, soit sur un suivi socio-judiciaire encouru mais qui n'a pas été prononcé³.

L'exigence liée à la condamnation pour une infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire ne signifie pas pour autant que celui-ci doit effectivement avoir été encouru au moment de la commission des faits. En effet, la surveillance judiciaire est, selon la Cour de cassation, plus largement applicable « *alors même que le crime ou le délit aurait été commis avant l'entrée en vigueur des dispositions ayant instauré le suivi socio-judiciaire* »⁴. S'agissant d'une mesure de sûreté, la non-rétroactivité est ainsi écartée. Cette solution doit, sans doute, être étendue aux faits qui ne font encourir le suivi socio-judiciaire que depuis l'élargissement de son domaine par la loi du 12 décembre 2005, mais ont été commis avant celle-ci, à savoir les infractions violentes graves dépourvues de caractère sexuel⁵.

Pour éviter une redondance entre les deux mesures, la surveillance judiciaire n'est, en revanche, pas applicable aux personnes effectivement condamnées à un suivi socio-judiciaire⁶, excepté dans l'hypothèse où celui-ci a été prononcé pour des faits commis avant le 13 décembre 2005⁷. Dans ce dernier cas, il pourra donc y avoir un cumul – quelque peu

¹ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

² Art. 723-29 CPP. Il appartient au procureur de la République de vérifier que ces conditions sont remplies, à l'aide des copies des fiches pénales des personnes dont la libération doit intervenir entre le sixième et le douzième mois qui suit et qui lui sont transmises au début de chaque mois par le greffe de l'établissement pénitentiaire (Art. D. 147-32 CPP). La mesure est, par conséquent, applicable uniquement aux personnes encore détenues au moment où intervient la décision.

³ Pour ce dernier cas, l'article D. 147-31 CPP dresse un inventaire des infractions pour lesquels le suivi socio-judiciaire est encouru et qui sont susceptibles de donner lieu à la surveillance judiciaire d'un condamné dès lors que la peine privative de liberté prononcée est égale ou supérieure à sept ans.

⁴ Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.* ; Cass. crim. 29 avr. 2009, n° 08-86690, *préc.*

⁵ En ce sens, v. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 521.24, p. 690.

⁶ Art. 723-36 CPP.

⁷ Art. D. 147-31-1 CPP.

absurde – entre suivi socio-judiciaire et surveillance judiciaire, dans le but de permettre aux juges de recourir au PSEM qui n’assortit le suivi socio-judiciaire que depuis cette date¹.

381. Conditions subjectives. Ayant un but exclusivement préventif, les conditions subjectives de la surveillance judiciaire consistent en la dangerosité de la personne et en l’existence d’un risque avéré de récidive² qu’il s’agit de prévenir. Les personnes visées par cette mesure doivent donc présenter un risque effectif de commettre d’autres infractions. Ce risque doit être constaté par une expertise médicale ordonnée par le JAP ou le procureur de la République qui fait apparaître la dangerosité du condamné et détermine si celui-ci est susceptible de faire l’objet d’un traitement³. Cette règle induit une assimilation entre maladie et risque de récidive et laisse croire que le risque de récidive peut être constaté, avec certitude, par un médecin⁴. Le texte précise en outre que cette expertise doit être ordonnée conformément aux dispositions de l’article 712-16, relatif aux mesures que le JAP peut mettre en œuvre afin de rendre une décision d’individualisation de la peine. Cela crée une autre confusion, la surveillance judiciaire étant traitée comme une mesure de personnalisation de la peine, alors qu’elle est qualifiée de mesure de sûreté par le Code de procédure pénale. Il ne ressort pas clairement du dispositif si la dangerosité et le risque de récidive doivent faire l’objet d’une démonstration séparée. Ces deux conditions paraissent toutefois indissociables, puisque la dangerosité découle du risque de récidive.

Le dispositif légal prévoit que la situation de tous les condamnés susceptibles de faire l’objet d’une surveillance judiciaire doit être examinée avant la date prévue pour leur libération. Outre l’expertise médicale, le JAP ou le procureur de la République peuvent, à cette fin, demander le placement du condamné, pour une durée comprise entre deux et six semaines, dans un service spécialisé chargé de l’observation des personnes détenues aux fins d’une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité et saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté⁵. Ils peuvent également ordonner que l’expertise médicale soit réalisée par deux experts⁶. Cet examen obligatoire de la situation de toute personne remplissant les conditions objectives, imposé par la loi du 10 mars 2010, permet d’assurer une très large application de la mesure et réduit la marge d’appréciation du parquet et du JAP.

¹ V. J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

² Art. 723-29 CPP.

³ Art. 723-31 CPP.

⁴ Sur ce problème, v. *infra*, n° 711 s.

⁵ Art. 723-31-1, al. 1 et 2 CPP.

⁶ Art. 723-31-1, al. 3 CPP.

Si l'expertise est en principe obligatoire, elle devient facultative lorsque figure dans le dossier individuel du condamné une expertise datant de moins de deux ans, ordonnée le cas échéant à l'occasion d'une demande de libération conditionnelle, qui conclut à la dangerosité du condamné et d'où il ressort qu'un risque de récidive paraît avéré¹. Une nouvelle expertise n'est pas non plus nécessaire dans l'hypothèse où la personne aurait déjà fait l'objet d'une première surveillance judiciaire, lorsqu'après retrait de la totalité des réductions de peine et réincarcération, le juge ordonne une nouvelle surveillance judiciaire avant l'exécution de l'intégralité de cette nouvelle période de détention, pour la durée qui reste à purger². Lorsque la mesure comprend un PSEM, l'expertise prévue pour ce dernier³ peut d'ailleurs se substituer à celle prévue pour la surveillance judiciaire⁴. Signalons enfin qu'une contre-expertise est de droit pour les personnes condamnées pour des faits commis avant le 14 décembre 2005, si elles en font la demande⁵.

La mesure ne saurait donc être prononcée en l'absence de constat du risque de récidive et de la dangerosité par l'expertise médicale, mais l'inverse n'est pas vrai. En effet, si l'expert conclut à l'existence de ces éléments, le juge conserve sa marge d'appréciation pour prononcer la mesure ou non. Il semble cependant peu probable qu'un juge prenne délibérément le risque de s'abstenir d'ordonner la surveillance à l'égard d'une personne qui aura été jugée dangereuse et de se voir ultérieurement reprocher, par l'opinion publique, une éventuelle récidive de sa part. La marge d'appréciation du procureur de la République semble d'ailleurs réduite à néant, dès lors que le dispositif affirme qu'en cas de conclusion par l'expertise à la dangerosité du condamné, le « *procureur requiert que [celui-ci] soit placé sous surveillance judiciaire* »⁶. Notons, en outre, qu'il est plus fréquent de voir ces expertises conclure à l'éventualité d'un risque de récidive qu'à la certitude de l'absence ou de la présence d'un tel risque⁷. Partant, le « parapluie » ayant été, par prudence, ouvert par l'expert, il sera difficile à la juridiction d'exclure l'existence de la dangerosité et du risque de récidive, de sorte que la mesure sera souvent prononcée sur la base d'incertitudes et de possibilités purement hypothétiques⁸. On est loin des textes qui exigent un risque avérée et une dangerosité certaine.

¹ Art. D. 147-36 CPP.

² Art. D. 147-43, al. 2 CPP.

³ Par les articles 763-10 et R. 61-11 CPP.

⁴ Art. R. 61-35 CPP.

⁵ Art. D. 147-36, al. 2 CPP.

⁶ Art. D. 147-35 CPP.

⁷ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 521.17, p. 689.

⁸ Sur la problématique des expertises de la dangerosité, v. *infra*, n° 722 s.

Pour apprécier la dangerosité de l'intéressé, le juge pourra, bien entendu, prendre en compte d'autres éléments que la seule expertise, comme notamment le passé pénal, les circonstances de la commission des faits ainsi que l'évolution en détention. La mesure est ordonnée par un jugement rendu par le tribunal de l'application des peines, à l'issue d'un débat contradictoire¹ et avant la date prévue pour la libération du condamné, qui précise à l'intéressé les obligations auxquelles il est tenu ainsi que leur durée². Le tribunal de l'application des peines (TAP) ne peut toutefois prononcer la mesure que sur réquisitions du procureur de la République³.

382. Champ d'application matériel de la surveillance de sûreté. Conditions objectives. La condition objective principale de la surveillance de sûreté réside dans la condamnation préalable de la personne à une réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13 CPP⁴. Il s'agit là de la liste des infractions faisant encourir une rétention de sûreté. Le champ d'application des deux mesures est donc identique. Cette condition vaut également dans l'hypothèse où une personne soumise à la surveillance judiciaire viole les obligations auxquelles elle est astreinte dans des conditions qui font apparaître des risques qu'elle commette « à nouveau » l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13, de façon à se voir retirer toutes les réductions de peine.

À cette condition objective s'ajoutent, en toute logique, celles qui s'appliquent aux mesures auxquelles la surveillance de sûreté fait suite. Ainsi, en cas de prolongation d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, la personne devra avoir été condamnée, au préalable, pour une infraction faisant encourir le SSJ. Sont donc concernées par la mesure les personnes ayant commis une infraction leur faisant encourir à la fois le suivi socio-judiciaire et la rétention de sûreté.

Tout comme la rétention de sûreté, la surveillance de sûreté n'est pas applicable en cas de libération conditionnelle accordée à la personne condamnée, à moins qu'elle n'ait fait l'objet

¹ Conformément à l'art. 712-6 CPP.

² Art. 723-32 CPP.

³ Art. 723-29 CPP. Selon une circulaire, ces réquisitions doivent être « nécessairement écrites, et motivées par référence aux conclusions de l'expertise » : Circ. garde des Sceaux, 16 juin 2006, CRIM 2006-15 E8/16-06-2006, NOR : JUSD0630080C, *BOMJ*, n° 102. La circulaire ajoute en outre qu'« il est hautement souhaitable que le procureur indique la nature des principales obligations qui devront être ordonnées dans le cadre de la surveillance judiciaire – et notamment s'il estime nécessaire le prononcé d'une injonction de soins - ainsi que la durée souhaitable de la mesure ».

⁴ Art. 723-37 CPP lorsque la surveillance de sûreté prend la suite d'une surveillance judiciaire ; art. 763-8 CPP lorsqu'elle fait suite à un suivi socio-judiciaire. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler cette condition : Cass. crim., 24 juin 2015, n° 14-87790 : *JurisData* n° 2015-015567.

d'une révocation¹. On observe toutefois une contradiction entre les différents textes légaux, puisque la possibilité d'une surveillance de sûreté est expressément prévue en cas de libération conditionnelle avec injonction de soins accordée à une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité pour l'un des crimes visés à l'article 706-53-13 CPP².

383. Conditions subjectives. La surveillance de sûreté est, comme toute autre mesure de sûreté, fondée sur la dangerosité de l'intéressé, qui doit donc être démontrée. Lorsque la mesure fait suite à une autre mesure de surveillance, une expertise médicale doit préalablement constater la persistance de la dangerosité de la personne³. De surcroît, les obligations résultant de l'inscription dans le FIJAISV doivent paraître insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 et la surveillance de sûreté doit constituer l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions⁴. Conformément au principe constitutionnel selon lequel toute atteinte aux libertés individuelles doit être strictement nécessaire, il faut donc s'assurer qu'aucune autre mesure moins attentatoire aux droits fondamentaux n'est suffisante pour prévenir la récidive. C'est dire que la surveillance de sûreté doit constituer l'*ultima ratio* parmi les mesures de surveillance. Il semblerait toutefois que le principe de subsidiarité soit ici atténué, puisque la seule mesure mentionnée comme devant paraître insuffisante est l'inscription au FIJAISV. Cela dit, la surveillance de sûreté vient justement prolonger les effets des autres mesures de surveillance, et ce précisément parce que ces mesures ne sont plus applicables en raison de leur durée limitée. Il va donc de soi qu'elles sont inefficaces à prévenir la récidive pour des raisons tenant à leur régime inadapté à la logique des mesures de sûreté. La surveillance de sûreté a été créée pour en prendre le relais, ce qui explique que le texte ne requière pas de subsidiarité à leur égard. Implicitement, le législateur exige toutefois que toutes les autres mesures soient insuffisantes, puisqu'il dispose expressément que la surveillance de sûreté doit constituer l'unique moyen de parvenir à son but préventif. Notons cependant que cette subsidiarité n'a pas été observée par la première décision prononçant la mesure, la juridiction régionale de Paris ne l'ayant pas même vérifiée⁵.

¹ Art. 706-53-20 CPP.

² Art. 732-1 CPP.

³ Art. 723-37, al. 3 CPP.

⁴ Art. 723-37, al. 3, 1° et 2° CPP.

⁵ JRRS Paris, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *AJ pénal*, 2009, p. 325, obs. M. Herzog-Evans ; *D.*, 2009, p. 2146, note M. Herzog-Evans. V. aussi M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 525.21, p. 709.

Lorsque la surveillance intervient après une rétention de sûreté, la personne doit encore présenter des risques de commettre les infractions précitées¹. Il s'agira alors d'une différence de degré du risque qui est ici « simple », alors qu'il doit être d'une « *probabilité très élevée* » dans le cadre de la rétention de sûreté². On constate que le texte ne fait aucune référence explicite à une quelconque dangerosité, condition sans doute sous-entendue dans le risque de récidive. En tout état de cause, il s'agit d'une dangerosité atténuée par rapport à la « *particulière dangerosité* » qui avait justifié la rétention de sûreté et qui, par définition, aura cessé. Cette condition mériterait selon nous d'être explicitée.

Il peut paraître surprenant que le législateur instaure une telle différence dans les conditions d'application d'une même mesure, selon qu'elle fait suite à une mesure de surveillance ou à une rétention de sûreté. Dans le premier cas, elle s'adresse à des personnes bien plus dangereuses que dans le second, alors qu'elle est aussi coercitive dans un cas que dans l'autre.

384. Vérification des conditions et décision de placement. Afin de pouvoir procéder à la vérification de ces conditions, le JAP informe le procureur de la République de la situation de la personne condamnée à une peine pour laquelle la rétention de sûreté est encourue et lui fait connaître son avis motivé sur une éventuelle surveillance de sûreté, huit mois au moins avant l'expiration de la mesure (surveillance judiciaire ou SSJ) prononcée à son encontre. On le voit donc, c'est la totalité des dossiers relevant potentiellement d'une surveillance de sûreté qui doivent être transmis au parquet, sans tri préalable.

Si la situation de la personne paraît susceptible de justifier une surveillance de sûreté, le JAP, ou à défaut le procureur de la République, fait procéder à l'expertise médicale et saisit la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté pour qu'elle donne son avis sur l'opportunité de la mesure. Il est nécessaire, pour que la mesure puisse être prononcée, que l'expertise constate la persistance de la dangerosité de la personne et que la commission propose son placement sous surveillance de sûreté³. Outre l'expertise, c'est également au vu des éléments figurant dans le dossier individuel de la personne tenu, selon le cas, à l'établissement pénitentiaire ou par le JAP que la commission rend son avis proposant le

¹ Art. 706-53-19, al. 1 CPP.

² Sur la gradation du critère de dangerosité, v. *infra*, n° 706.

³ Art. R. 53-8-46 pour la surveillance de sûreté prolongeant une surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire et art. R. 53-8-44, al. 2 CPP pour tout prononcé d'une surveillance de sûreté.

placement sous surveillance de sûreté ou le renouvellement de cette mesure, sans qu'il soit pour autant nécessaire de procéder à l'évaluation pluridisciplinaire dans le service spécialisé¹.

Pour permettre une continuité dans la surveillance lorsque la surveillance de sûreté fait suite à une surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire, la JRRS est saisie par le JAP ou le procureur de la République six mois avant la fin de la mesure². Cette règle procédurale doit être observée sous peine de voir la mesure annulée, son prononcé n'étant plus possible dès lors que le délai de six mois est dépassé³. *A fortiori* une surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire achevés ne sauraient-ils être prolongés par une surveillance de sûreté hors délai.

La juridiction statue après un débat contradictoire et, si le condamné le demande, public, au cours duquel le condamné est assisté par un avocat choisi ou commis d'office. La contre-expertise sollicitée par le condamné est de droit⁴.

Lorsque la mesure succède à une rétention de sûreté, la décision de placement peut être prise lors du jugement mettant fin à la rétention⁵.

La décision de placement sous surveillance de sûreté prise par la juridiction régionale peut faire l'objet d'un recours devant la Juridiction nationale de la rétention de sûreté (JNRS), celle-ci statuant par une décision motivée, susceptible d'un pourvoi en cassation⁶.

La première surveillance de sûreté a été prononcée par la JRRS dans une décision du 6 avril 2009⁷ et une autre mesure fut prononcée le 8 décembre 2010⁸.

385. Champ d'application matériel du PSEM. Conditions objectives. Le PSEM ne peut être ordonné qu'à l'égard d'une personne majeure condamnée à une peine privative de

¹ Art. R. 53-8-45 CPP.

² Art. 723-37, al. 2, art. 763-8, al. 2, art. 732-1, al. 3 et art. R. 53-8-46 CPP.

³ V. Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-84985, *Bull. crim.*, n° 30; *Dalloz actu.*, 17 févr. 2012, obs. Léna; *D.*, 2012, Actu. 502; *AJ pénal*, 2012, p. 664, obs. Herzog-Evans; *RSC*, 2012, p. 406, obs. Salvat.

⁴ L'art. 723-37 relatif à la surveillance judiciaire et l'art. 763-8 relatif au suivi socio-judiciaire renvoyant à l'art. 706-53-15 CPP.

⁵ Art. 706-53-19, al. 1 CPP.

⁶ Art. 706-53-19, al. 1 CPP renvoyant à l'art. 706-53-15 CPP.

⁷ JRRS Paris, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *préc.* Mais le jugement de la JRRS du 15 avril 2010 qui tendait à prolonger la mesure pour une durée de deux ans a été infirmé par la JRRS, car le placement sous surveillance de sûreté n'apparaissait pas nécessaire, le condamné ayant été hospitalisé, entre-temps, sous le régime du placement d'office : JNRS, 1^{er} juil. 2010, n° 10JNRS001, *AJ pénal*, 2010, p. 559, obs. Herzog-Evans.

⁸ JRRS Nancy, 8 déc. 2010 ; décision confirmée en appel par JNRS, 14 juin 2011 ; puis cassée : Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-84985, *préc.* Or, tant le fonctionnement général de ces juridictions spéciales que la motivation des décisions rendues peuvent être critiqués : M. Herzog-Evans, « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *D.*, 2009, p. 2146. V. plus en détail, *infra*, n° 839 s.

liberté supérieure ou égale à sept ans, ou cinq ans en cas de nouvelle récidive¹. Par dérogation à cette règle, elle peut aussi s'appliquer à une personne condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à cinq ans pour des violences ou des menaces commises, soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire, ou encore contre l'ancien conjoint, concubin, ou partenaire². En matière de surveillance judiciaire, l'infraction pour laquelle la peine a été prononcée doit, en outre, être de nature à faire encourir le suivi socio-judiciaire, puisque cela est une condition du prononcé de cette mesure de sûreté. Depuis la loi du 10 mars 2010 qui a ramené le seuil permettant de prononcer une surveillance judiciaire à sept ans, ces deux mesures coïncident donc quant à leurs conditions. En matière de suivi socio-judiciaire, ces seuils s'appliquent naturellement, par référence au régime général prévu par les articles 131-36-9 et suivants CP, lorsque le PSEM est prononcé par la juridiction de jugement, tandis que le décret n° 2011-2022 du 28 décembre 2011 prend le soin de les expliciter lorsque la mesure est prononcée par le JAP³. De manière générale, on constate que la mesure concerne des personnes ayant commis des infractions d'une certaine gravité, généralement des infractions de nature violente ou sexuelle, le PSEM et les mesures lui servant de support s'appuyant sur le régime du suivi socio-judiciaire.

S'agissant d'une mesure contraignante, le consentement du condamné est requis pour pouvoir le soumettre au port du bracelet électronique. Le président de la juridiction de jugement doit l'en informer⁴ et le JAP doit lui rappeler avant sa libération et avant la mise en place du dispositif que la mesure ne pourra être mise en œuvre sans son consentement⁵. Ainsi, le consentement de l'intéressé aura été obtenu deux fois, celui-ci ayant même la possibilité de refuser après avoir initialement accepté⁶. L'absence de consentement du condamné ou la méconnaissance de ses obligations pourra conduire à la mise à exécution de l'emprisonnement prononcé par anticipation dans le cadre du suivi socio-judiciaire⁷, pouvant aller jusqu'à trois ans en matière délictuelle et sept ans en matière criminelle. Dans le cadre d'une surveillance judiciaire, tout ou partie de l'emprisonnement correspondant aux

¹ Art. 131-36-10 CP.

² Art. 131-36-12-1 CP, créé par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010.

³ Art. R. 61-33 CPP.

⁴ Art. 131-36-12, al. 2 CPP.

⁵ Art. 763-10, al. 4 CPP. Lorsque le PSEM est prononcé dans un autre cadre que celui du suivi socio-judiciaire, ce n'est évidemment pas la juridiction de jugement, mais le JAP ou le TAP qui recueille ce consentement, comme l'indique l'article 723-35, alinéa 2 à propos de la surveillance judiciaire.

⁶ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.101, p. 740.

⁷ En application des art. 131-36-1, al. 3 CP et R. 61-27-1, 2° CPP.

réductions de peine pourra être mis à exécution si le condamné ne consent pas à la mesure¹ ou refuse sa pose². En matière de surveillance de sûreté, le président de la JRRS avertit également la personne placée sous surveillance que le PSEM ne pourra être mis en œuvre sans son consentement mais que, à défaut ou si elle manque à ses obligations, elle pourra être placée en rétention de sûreté³. On ne saurait donc parler d'un consentement véritablement libre, sa liberté de choix étant des plus réduites.

La faisabilité technique de la mesure doit de surcroît être vérifiée par le JAP avant la libération du condamné⁴, ce qui peut poser des difficultés au regard de la nécessité de trouver un domicile à cette personne dont la dangerosité est avérée⁵.

386. Conditions subjectives. S'agissant des conditions subjectives, le prononcé du PSEM est fondé sur l'état dangereux du condamné ayant exécuté sa peine. Une expertise médicale doit donc constater préalablement sa dangerosité⁶, sans quoi la juridiction de jugement ne saurait avoir recours à la mesure. En cas de constat de la dangerosité par l'expert, le juge conserve cependant – en tout cas en théorie – le choix de prononcer la mesure ou de ne pas le faire. Un an avant la libération de l'intéressé et l'application effective de la mesure, sa situation doit faire l'objet d'un nouvel examen destiné à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction⁷. Cet examen est mis en œuvre par le JAP qui peut solliciter l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté⁸ et procéder aux examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions qu'il juge nécessaires pour se convaincre⁹. Saisie par le JAP ou le procureur de la République, la commission dispose de trois mois pour rendre son avis motivé, à défaut de quoi le JAP peut, malgré tout, faire procéder à l'examen de dangerosité¹⁰.

Le législateur a précisé certaines dispositions spécifiques aux différents cadres dans lesquels peut s'inscrire la mesure, afin d'éviter une multiplication insensée des examens médicaux. Ainsi, si le placement est ordonné par le JAP dans le cadre d'une surveillance

¹ Art. 723-35, al. 2 CPP.

² Art. R. 61-27-1 et art. D. 147-42 CPP.

³ Art. 706-53-19, al. 5 CPP; renvoi par l'art. 723-37 et l'art. 763-8 CPP.

⁴ Art. 763-10, al. 3 CPP.

⁵ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 522.34, p. 695.

⁶ Art. 131-36-10 CP.

⁷ Aux termes de l'art. R. 61-11 CPP, l'examen de dangerosité prévu par l'article 763-10 est réalisé par un psychiatre et un psychologue titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées ou d'un master de psychologie, autres que ceux désignés en vertu des 4° et 5° de l'article R. 61-8.

⁸ Art. 763-10, al. 1 et 2 CPP.

⁹ Art. 763-10 renvoyant à l'article 712-16 CPP.

¹⁰ Art. R. 61-9 CPP.

judiciaire, cet examen de dangerosité peut se substituer à l'expertise prévue par l'article 723-31¹. Notons également que dans le cadre de la surveillance judiciaire, la consultation de la commission pluridisciplinaire était auparavant obligatoire pour le prononcé d'un PSEM, l'article 723-32 disposant dans sa version originale que la décision relative au PSEM intervenait « *après avis* » de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Elle a été rendue facultative par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010. Or, le décret n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007 dispose que dans le cadre de la surveillance judiciaire, le délai d'un an prévu pour l'examen de la dangerosité n'est pas applicable, « *dès lors que l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté [...] et l'examen de dangerosité [...] interviennent avant la libération du condamné* »². La formulation de ce texte peut prêter à confusion quant au caractère obligatoire de la saisine de la commission pluridisciplinaire.

La mesure doit, enfin, apparaître indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la personne sera libérée³. Cette condition ressort aussi de la décision du Conseil constitutionnel qui a soumis cette mesure au principe de nécessité en matière d'atteintes à la liberté individuelle, résultant des articles 4 et 9 de la Déclaration de 1789⁴. Sa finalité préventive ne justifie donc pas qu'on ait systématiquement recours à cette mesure ; il doit être vraisemblable qu'aucune autre mesure moins contraignante ne suffise pour atteindre cet objectif.

387. Régime particulier selon le cadre de la mesure. On peut se demander si ces conditions, et plus largement tout le régime du PSEM prévu par les articles 131-36-9 et suivants CP et 763-10 et suivants CPP, rédigés en des termes généraux mais conçus avant tout pour le suivi socio-judiciaire⁵, sont transposables aux autres « voies d'entrée » de la mesure⁶. Il semblerait que non, puisque les textes relatifs à ces autres mesures ne renvoient pas à la totalité des dispositions régissant le PSEM, mais uniquement à une partie d'entre elles⁷. Par conséquent, il est nécessaire de se reporter aux dispositions particulières de chaque mesure.

¹ Art. R. 61-35 CPP.

² Art. R. 61-35, al. 2 CPP.

³ Art. 131-36-10 CP.

⁴ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 16 s.

⁵ L'article 131-36-9 indique en effet que « *Le suivi socio-judiciaire peut également comprendre, à titre de mesure de sûreté, le placement sous surveillance électronique mobile, conformément aux dispositions de la présente sous-section* ».

⁶ V. à ce propos M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 522.32, p. 694 s.

⁷ C'est ainsi que dans le cadre de la libération conditionnelle, l'article 731-1 CPP renvoie uniquement aux modalités prévues par les articles 763-12 et 763-13, mais non pas aux conditions de la mesure posées par le code pénal. De la même manière, dans le cadre de la surveillance judiciaire, il est renvoyée à la seule « *obligation prévue par l'article 131-36-12* » du Code pénal.

Il convient à présent de s'intéresser au champ d'application temporel des mesures de surveillance.

2. Le champ d'application temporel

388. Champ d'application temporel du suivi socio-judiciaire. Application non rétroactive. Conformément à la qualification légale du suivi socio-judiciaire (celle de peine), le législateur n'a pas dérogé à la règle générale selon laquelle la loi pénale plus sévère ne peut rétroagir. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de réaffirmer que le suivi socio-judiciaire ne saurait s'appliquer rétroactivement¹. On observera toutefois qu'à travers les mesures de surveillance instaurées ultérieurement, le suivi socio-judiciaire, en tant que critère d'application matériel, a connu, d'une certaine manière, une rétroactivité virtuelle². Ceci est d'autant plus vrai que ces mesures, d'application rétroactive, sont calquées sur le contenu du suivi socio-judiciaire, seule l'appellation et le régime juridique ayant été modifiés. Sa non-rétroactivité a donc été, d'une certaine manière, contournée.

389. Durée déterminée. La durée de la mesure ne peut excéder dix ans en cas de condamnation pour délit et vingt ans en matière criminelle. En matière correctionnelle, cette durée peut toutefois être portée à vingt ans par décision spécialement motivée de la juridiction de jugement. Le suivi dure trente ans lorsqu'il s'agit d'un crime puni de trente ans de réclusion criminelle, et la cour d'assises peut décider que le suivi socio-judiciaire s'appliquera sans limitation de durée lorsqu'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité³. Dans ce dernier cas, le tribunal de l'application des peines a la possibilité de mettre fin à la mesure à l'issue d'un délai de trente ans⁴. C'est à la juridiction de jugement qu'il incombe de déterminer la durée de la mesure dans les limites légales qui, du fait de leur grande ampleur, lui laissent une marge de manœuvre importante.

Les obligations mentionnées dans la décision s'appliquent soit dès le prononcé de la mesure, soit dès la libération de la personne condamnée à une peine privative de liberté sans sursis.

¹ Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-80518, *Bull. crim.*, n° 197; *D.*, 2006., Pan. p. 1651, obs. G. Roujou de Boubée; *RSC*, 2005, p. 67, obs. Fortis.

² V. *infra*, n° 391.

³ Art. 131-36-1 CP.

⁴ Selon les modalités prévues par l'art. 712-7 CPP.

390. Demande de relèvement. La personne soumise au SSJ a la possibilité de demander le relèvement de la mesure, à l'issue d'un délai d'un an à compter de la décision de condamnation. En cas de refus, la demande peut être réitérée tous les ans¹.

Elle est adressée au JAP, qui ordonne une expertise médicale et la transmet à la juridiction compétente avec les conclusions de l'expert ainsi que son avis motivé. Cette juridiction est celle qui a prononcé la condamnation (ou celle qui a statué en dernier en cas de pluralité de condamnations) ou la chambre de l'instruction en cas de condamnation par la cour d'assises. Le condamné peut être relevé de toute la mesure ou d'une partie des obligations seulement, parmi lesquelles peut se trouver l'injonction de soins.

Si le SSJ comporte une injonction de soins, le JAP peut, après avis du procureur de la République et du médecin coordonnateur, et après audition du condamné, décider de mettre fin, de manière anticipée, à tout ou partie de la mesure dès lors qu'il apparaît que le reclassement du condamné est acquis et qu'un traitement n'est plus nécessaire. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de saisir la juridiction de jugement².

391. Champ d'application temporel de la surveillance judiciaire. Application rétroactive. La durée de la mesure ne peut, comme on l'a indiqué plus haut³, dépasser celle des réductions de peine n'ayant pas été retirées⁴. Cela a sans doute permis au législateur de faire échapper la mesure à la qualification de peine qui aurait impliqué qu'elle ne rétroagisse pas. Au contraire, qualifiée de mesure de sûreté, la surveillance a ainsi un champ d'application particulièrement large, incluant les faits et condamnations antérieurs à son entrée en vigueur. La loi du 12 décembre 2005 a en effet précisé dans son article 42, alinéa 1^{er}, que la mesure était immédiatement applicable « *aux condamnés dont le risque de récidive est constaté après la date d'entrée en vigueur de la [...] loi* » ; en d'autres termes, la mesure s'est appliquée rétroactivement.

Cette rétroactivité n'est pas surprenante s'agissant d'une mesure de sûreté qui trouve son fondement dans la dangerosité de la personne, laquelle se manifeste par un risque de récidive. Cependant, le droit pénal français ne connaissant pour l'heure pas de régime régissant les

¹ Art. 763-6 CPP.

² Art. 763-6, dernier alinéa, CPP.

³ V. *supra*, n° 373.

⁴ En vertu de l'art. 42, al. 3 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, « *pour l'application des dispositions de l'article 723-29 aux personnes dont la condamnation a été mise à exécution avant le 1er janvier 2005, il est tenu compte des réductions de peine dont le condamné a bénéficié conformément aux dispositions de l'article 721 du code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ».

mesures de sûreté, on peut y voir une violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

Le législateur a, tout de même, pris le soin d'adopter certaines règles procédurales particulières à l'égard des personnes condamnées pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi¹. En premier lieu, il a été prévu que les compétences confiées au JAP par les articles 723-29 et 723-31 seraient exercées par le tribunal de l'application des peines, et, en second lieu, la contre-expertise demandée par les condamnés concernés est de droit.

La rétroactivité de la mesure n'en est pas moins contestable, cela d'autant plus que la loi précise que, pour les personnes condamnées avant le 1^{er} mars 1994, il est tenu compte de la nature des faits pour lesquels elles ont été condamnées sous l'empire de l'ancien Code pénal, au regard des qualifications prévues par les dispositions du nouveau². Il convient donc de vérifier quelle qualification ces faits auraient reçu le jour où l'on envisage le prononcé de la mesure de surveillance judiciaire et si cette qualification est aujourd'hui susceptible de faire encourir un suivi socio-judiciaire³. Ce raisonnement par analogie n'est pas sans soulever des critiques⁴. En outre, le critère de la commission d'une infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire reçoit une application extensive, dans la mesure où la surveillance judiciaire est également applicable aux personnes ayant été condamnées avant même que le suivi socio-judiciaire ne fut instauré et qui ne pouvait donc pas être encouru au moment de la commission des faits. Cela entraîne donc un double renvoi vers le passé puisque les juges, pour faire rétroagir la surveillance judiciaire, doivent « anticipe[r] la création du suivi socio-judiciaire, en examinant s'il aurait été encouru à une époque où il n'existait pas... »⁵. Le dispositif conduit ainsi, « de façon purement intellectuelle »⁶, à une sorte de rétroactivité du suivi socio-judiciaire. La Cour de cassation a entériné cette rétroactivité étendue de la mesure en appliquant, purement et simplement, les dispositions transitoires de la loi, justifiées par la nature juridique de la mesure⁷.

¹ Art. 42, al. 2 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*.

² Art. 42, al. 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005.

³ Pour un exemple d'application de la mesure à des faits antérieurs au 1^{er} mars 1994, v. CA Paris, pôle 2, ch. 10, 10 sept. 2009, n° 09/02651, *JurisData* n° 2009-010340.

⁴ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 513.16, p. 680.

⁵ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 1483, p. 683.

⁶ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*

⁷ Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.*; Cass. crim. 29 avr. 2009, n° 08-86690, *préc.* V. plus en détail, *infra*, n° 850.

392. Durée limitée. Il convient de souligner le caractère limité dans le temps de cette mesure de sûreté qui est cantonnée à la durée des réductions de peine. La logique des mesures de sûreté voudrait pourtant que la surveillance judiciaire des personnes dangereuses revête une durée indéterminée, adaptable à la dangerosité du sujet.

La durée de la surveillance judiciaire n'est certes pas déterminée avec fixité dès son prononcé. Cependant, si la mesure peut faire l'objet d'une prolongation dès lors que le comportement ou la personnalité du condamné le justifie, c'est toujours sous réserve que sa durée globale soit cantonnée à celle des réductions de peine, ce qui suppose évidemment que celle-ci n'a pas déjà été absorbée par la décision initiale¹. La décision de prolongation des obligations est prise par le JAP lors d'un débat contradictoire au cours duquel le condamné est assisté par un avocat.

Étant ainsi limitée au cadre temporel de la peine privative de liberté qui la précède, cette mesure de sûreté ne pourra pas déployer pleinement toutes ses fonctions consistant à prévenir la récidive en s'adaptant à l'évolution de l'état dangereux du délinquant. Qui plus est, la surveillance sera paradoxalement applicable plus longtemps aux détenus exemplaires et méritants ayant obtenu un maximum de réductions de peine qu'aux détenus les moins impliqués dans leur réinsertion et aux récidivistes². Cette durée limitée de la mesure, ayant sans doute permis sa validation par le Conseil constitutionnel, limite donc considérablement l'intérêt du dispositif.

Le contenu de la mesure peut toutefois dépasser son cadre temporel, les obligations pouvant, à certaines conditions, être prolongées dans le cadre d'une surveillance de sûreté³. À propos de ce mécanisme, on peut parler de « passerelle [...] pour les condamnés les plus dangereux »⁴, puisqu'il ne concerne que les personnes condamnées à une réclusion criminelle supérieure ou égale à quinze ans pour une infraction faisant encourir la rétention de sûreté. Les obligations de la surveillance judiciaire peuvent ainsi lui survivre et la surveillance peut devenir potentiellement perpétuelle.

Lorsque la surveillance judiciaire comprend un PSEM, ce dernier est naturellement cantonné à la durée de la surveillance judiciaire qui en constitue le cadre. Étant également

¹ Art. 723-34, al. 3 CPP.

² En ce sens, v. M. Herzog-Evans, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *art. cit.*, p. 182 s.

³ V. *supra*, n° 374.

⁴ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 1547, p. 658.

limité par les durées spécialement prévues pour le PSEM par la loi, il peut arriver qu'il soit plus court que la surveillance judiciaire¹, mais jamais plus long.

393. Mise en œuvre de la mesure. La surveillance judiciaire débute dès la libération du condamné, le jugement prononçant la mesure devant ainsi fixer le lieu de résidence du condamné². Mais la résidence peut également être fixée par le JAP, en cas de nécessité, à condition qu'elle le soit avant la date de libération. Le juge devra en outre, si la mesure comporte une injonction de soins, procéder à la désignation du médecin coordonnateur avant que la personne ne soit libérée afin que le choix du médecin traitant puisse intervenir³.

La surveillance judiciaire est suspendue par toute détention intervenant au cours de son exécution et ne découlant pas d'un retrait de tout ou partie de la durée des réductions de peine décidé en application de l'article 723-35. À l'issue de cette suspension, elle reprend pour la durée restant à courir⁴. Le délai d'exécution de la surveillance judiciaire est encore suspendu par la délivrance d'un mandat d'arrêt par le JAP lorsque le condamné est en fuite⁵. De plus, le JAP peut suspendre l'exécution de tout ou partie des obligations de la surveillance judiciaire pour des raisons médicales, notamment en cas d'hospitalisation de la personne. Cette suspension, valable pour une durée maximale de trois mois, peut être renouvelée et les obligations reprennent de plein droit dès que le JAP y met un terme⁶. Il peut paraître douteux qu'une suspension partielle permette ainsi de repousser le terme de la mesure alors qu'une partie des obligations continue de s'appliquer pendant la durée de cette « suspension ». La mesure ne cessant jamais véritablement dans pareille hypothèse, le temps devrait être décompté de la durée totale de la mesure⁷.

La mesure se termine naturellement lorsque sa durée légale s'achève. De manière anticipée, il peut être mis fin aux obligations résultant de la surveillance judiciaire si la réinsertion du condamné paraît acquise⁸, par jugement rendu par le JAP à l'issue d'un débat contradictoire tenu en chambre du conseil, sauf si le procureur de la République et le condamné sont d'accord pour que la décision soit prise sans un tel débat⁹. La réinsertion, synonyme de la cessation de la dangerosité de la personne et ainsi du risque de récidive, est

¹ Art. R. 61-35, al. 3 CPP.

² Art. D. 147-37-2 CPP.

³ Art. D. 147-40-1 CPP.

⁴ Art. 723-38-1 CPP.

⁵ Art. 712-17 CPP par renvoi de l'art. 723-35, al. 1^{er} CPP.

⁶ Art. D. 147-40-3 CPP.

⁷ En ce sens, v. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 531.132, p. 727.

⁸ Art. 723-34, al. 2 CPP.

⁹ Art. 712-6, al. 1^{er} et 2 CPP.

donc le critère déterminant pour que prenne fin la surveillance judiciaire, à l'instar de toute mesure de sûreté¹. La circulaire du 16 juin 2006 préconise qu'une telle décision n'intervienne « qu'au vu d'une nouvelle expertise du condamné concluant que celui-ci ne présente plus d'état de dangerosité »².

394. Champ d'application temporel de la surveillance de sûreté. Application rétroactive. Les dispositions relatives à l'application dans le temps de la surveillance de sûreté figurant à l'article 13-III de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 rendent cette mesure immédiatement applicable après la publication de la loi. Le Conseil constitutionnel a validé son application à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi en estimant que la mesure n'était ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition et qu'elle n'était, dès lors, pas soumise à l'article 8 de la DDHC ni à la présomption d'innocence³. Le Conseil s'est contenté d'affirmer, après un long examen de la rétention de sûreté et la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'une sanction punitive, de manière laconique que la « surveillance de sûreté ne l'[était] pas davantage ».

Les modifications législatives de la surveillance de sûreté dans un sens plus sévère se sont, par conséquent, également appliquées immédiatement. Il en a ainsi été de la loi du 10 mars 2010 qui a porté la durée initiale de la mesure de un à deux ans, modifiant en ce sens l'article 723-37 CPP et précisant que ces dispositions s'appliquaient immédiatement. C'est bien en raison de sa nature de mesure de sûreté que la loi plus sévère la concernant peut s'appliquer rétroactivement, même si cette justification n'est peut-être pas satisfaisante à tous les égards.

395. Durée illimitée. Les différents textes relatifs à la surveillance de sûreté indiquent que cette mesure peut être prononcée pour une durée de deux ans et qu'elle débute à l'issue de la mesure qu'elle vient prolonger. Cette durée est cependant purement indicative, la mesure pouvant faire l'objet d'une prolongation pour la même durée si les conditions prévues par les textes demeurent remplies, et cela sans limite temporelle – sauf lorsqu'elle prend le relais d'une libération conditionnelle. Afin de vérifier ces conditions, le JAP, ou à défaut le procureur de la République, fait procéder trois mois au moins avant la fin prévue de la mesure à une nouvelle expertise médicale et saisit éventuellement la commission pluridisciplinaire

¹ V. *infra*, n° 876.

² Circ. garde des Sceaux, 16 juin 2006, CRIM 2006-15 E8/16-06-2006, NOR : JUSD0630080C, *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, n° 102, art. 4.5.4.

³ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 9 s. V. plus en détail, *supra*, n° 220.

des mesures de sûreté pour avis. La commission est, en réalité, systématiquement saisie si l'expertise conclut à la persistance de la dangerosité, puisque la juridiction ne peut renouveler la mesure que si elle statue sur proposition de cette commission¹. Un mois avant l'expiration de la mesure, le JAP ou le procureur saisit alors la juridiction régionale, avec un avis motivé².

Par conséquent, il s'agit d'une mesure ayant une durée indéterminée et pouvant, de ce fait, devenir perpétuelle. Le fait d'avoir porté la durée initiale de la mesure à deux ans a pour conséquence d'éviter un réexamen trop fréquent des conditions de la mesure, notamment du risque de récidive et de la dangerosité persistante de la personne. Or, un tel réexamen régulier semble indispensable, compte tenu de l'importance de l'atteinte qui est portée aux libertés individuelles de la personne surveillée. La mesure étant fondée sur la dangerosité de la personne, il paraît essentiel de s'assurer régulièrement de la persistance de son bien-fondé. Cela ressort d'ailleurs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de mesures privatives de liberté. La Cour a jugé trop long un délai de deux ans pour vérifier la nécessité d'un maintien en détention³. À ce titre, on remarque que la rétention de sûreté est d'une durée indicative d'un an, ce qui paraît plus conforme à la jurisprudence européenne. S'agissant d'une mesure de surveillance non privative de liberté, il y a toutefois fort à parier que la Cour de Strasbourg se montrerait moins exigeante à l'égard de la surveillance de sûreté.

La surveillance de sûreté est suspendue par toute détention intervenue au cours de son exécution. Si la détention excède une durée de six mois, la reprise de la surveillance de sûreté doit être confirmée par la JRRS au plus tard dans un délai de trois mois après la cessation de la détention, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la mesure⁴. Le président de la juridiction peut également suspendre l'exécution de la surveillance pour des raisons médicales, notamment en cas d'hospitalisation de la personne. Cette suspension est valable pour une durée maximale de trois mois et peut être renouvelée selon les mêmes modalités si l'état de santé de la personne le justifie⁵. Les obligations de la mesure reprennent ensuite de plein droit.

La mainlevée de la surveillance de sûreté peut être sollicitée après un délai de trois mois à compter de la décision définitive, la juridiction disposant d'un délai de trois mois pour rendre sa décision et cette demande pouvant être renouvelée tous les trois mois en cas de rejet⁶.

¹ Art. R. 53-8-44, al. 2 CPP.

² Art. R. 53-8-51 CPP.

³ CEDH, *Oldham c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2000, n° 36273/97, § 37.

⁴ Art. 706-53-21 CPP.

⁵ Art. R. 53-8-48 CPP renvoyant à l'art. R. 61-31-1 CPP.

⁶ Art. 706-53-19, al. 1 CPP renvoyant à l'art. 706-53-17 CPP.

396. Champ d'application temporel du PSEM. Application dans le temps variable.

Le législateur n'a pas jugé nécessaire de régler la question relative à l'entrée en vigueur temporelle du PSEM. Étant qualifié de mesure de sûreté, on pourrait donc s'attendre à ce qu'il puisse s'appliquer immédiatement. Le droit français ne se prononce pas sur ce point et la solution ne va pas de soi. En effet, comme le souligne un auteur, « le nouveau dispositif est bien un dispositif pénal, même s'il n'est pas *stricto sensu* punitif, plus sévère, puisqu'il induit des contraintes supplémentaires et particulièrement lourdes à l'endroit de certains condamnés »¹. À notre sens, toutefois, qualifier le PSEM de peine ne correspondrait pas au fondement et aux finalités de la mesure, et la soumettre purement et simplement au régime des modalités d'exécution de la peine prévu à l'article 112-2, 3° CP ne serait guère plus satisfaisant. Dans le silence de la loi, le PSEM suit le régime des mesures qui lui servent de voie d'accès, son régime est donc variable².

Précisons toutefois qu'en dépit de sa rétroactivité légale en matière de surveillance judiciaire, le PSEM n'a, en réalité, pas pu s'appliquer immédiatement, faute de détermination de la composition et du fonctionnement de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (ils n'ont été fixés que par un décret du 1^{er} août 2007³), et en raison du délai nécessaire pour mettre en place matériellement les dispositifs.

397. Durée variable selon le cadre de la mesure. La durée du PSEM ne peut, en principe, excéder deux ans, renouvelable une fois en matière délictuelle et deux fois en matière criminelle⁴. Aussi, sa durée est-elle naturellement cantonnée à celle de la mesure dans le cadre de laquelle il s'inscrit⁵. La limite temporelle indiquée par le législateur constitue donc plus un repère, que certains auteurs jugent d'ailleurs déjà trop élevé, voire non viable⁶. Signalons, à ce titre, que le législateur avait initialement envisagé des durées bien plus élevées

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 513.21, p. 680.

² Rappelons que si son application rétroactive n'est pas possible dans le cadre du suivi socio-judiciaire en raison de la qualification formelle de « *peine complémentaire* » de celui-ci, le législateur a contourné cette non-rétroactivité en permettant l'application immédiate de la mesure dans le cadre de la surveillance judiciaire instaurée par la même loi et qualifiée de mesure de sûreté. Sur la décision constitutionnelle ayant approuvé la solution retenue par le législateur, v. *supra*, n° 217.

³ Décret n° 2007-1169, 1^{er} août 2007, *J.O.* 3 août, p. 13052.

⁴ Art. 131-36-12, al. 1 CP; art. 763-10, al. 3 CPP. V. aussi l'art. 731-1 CPP en matière de libération conditionnelle.

⁵ La durée totale du placement prononcé par la juridiction de jugement dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire ne saurait ainsi excéder la durée de ces mesures (art. R. 61-32 CPP pour le suivi socio-judiciaire ; art. R. 61-35 pour la surveillance judiciaire). De la même manière, lorsqu'il accompagne une libération conditionnelle, il ne saurait excéder la durée des mesures de contrôle de celle-ci (art. R. 61-34 CPP).

⁶ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.132, p. 741.

et surtout renouvelables jusqu'à atteindre respectivement vingt ou trente ans en matière délictuelle et criminelle¹. Les représentants de la CNIL ont rappelé, à cet égard, que « le droit à l'oubli » édicté par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 n'apparaissait pas compatible avec une surveillance électronique pendant trente ans². Cela dit, ces durées utopiques s'approchant de la perpétuité répondaient, sans doute, davantage à la logique de la mesure de sûreté qui nécessite une adaptabilité de la mesure à l'évolution de la dangerosité du sujet.

Il appartient au JAP de déterminer la durée pendant laquelle le condamné est effectivement placé sous surveillance électronique mobile³. Ce même magistrat décide également de la prolongation éventuelle de la mesure, à condition de procéder, à nouveau, à l'examen de dangerosité, de solliciter le cas échéant l'avis de la commission pluridisciplinaire, de recueillir le consentement de l'intéressé et d'organiser un débat contradictoire. Il doit statuer, au plus tard, six mois avant l'expiration du délai fixé, à défaut de quoi il sera mis fin à la mesure.

Il convient de noter que dans l'hypothèse où la mesure qui est le cadre du PSEM – surveillance judiciaire ou suivi socio-judiciaire – serait plus longue que la durée maximale fixée par l'article 131-36-12 en matière de PSEM, l'adéquation entre les deux mesures ne pourrait pas être totale.. Car si la surveillance électronique est bien cantonnée au cadre temporel de la mesure à laquelle elle se rattache, elle ne peut être étendue au-delà de sa propre limite temporelle et doit donc, le cas échéant, prendre fin plus tôt. Or, si le placement a été prononcé dans le cadre d'une surveillance judiciaire à l'encontre d'une personne condamnée à une réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'une des infractions visées à l'article 706-53-13, il peut être renouvelé tant que la personne fait l'objet d'une surveillance judiciaire ou d'une surveillance de sûreté⁴. Il peut l'être également lorsqu'une surveillance de sûreté fait suite à un suivi socio-judiciaire⁵, à une rétention de sûreté⁶, ou à une surveillance judiciaire dont les obligations auraient été violées⁷, ou encore à une libération conditionnelle⁸. Malgré les limites précédemment indiquées, le PSEM peut donc, par le biais de la surveillance de sûreté, durer « *au-delà de la limite prévue à l'article*

¹ V. Proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, présentée par MM. Pascal Clément et Gérard Léonard, députés, AN, n° 1961, 1^{er} déc. 2004, art. 8.

² V. G. Fenech, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Rapport préc.

³ Art. 763-10, al. 3 CPP.

⁴ Art. 723-38 CPP. V. aussi le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008.

⁵ Art. 763-8 CPP.

⁶ Art. 706-53-19 CPP.

⁷ Art. 723-37, dernier alinéa, CPP.

⁸ Art. 732-1 CPP.

723-29 »¹ et « *au-delà de la durée prononcée par la juridiction de jugement et des limites prévues à l'article 131-36-1 du code pénal* »². La JRRS a, par conséquent, le pouvoir de renouveler la mesure sans fin dès lors que les conditions de la surveillance de sûreté se trouvent réunies. La durée du PSEM peut ainsi s'avérer, à l'égard des personnes ayant commis les infractions les plus graves, perpétuelle. Cette durée indéterminée est une caractéristique propre aux mesures de sûreté.

398. Mise en œuvre temporelle. La mesure débute directement à l'issue de la peine privative de liberté, afin de permettre une continuité dans la surveillance de l'intéressé. Le dispositif est installé sur le condamné au plus tard une semaine avant sa libération³. La durée de la mesure est déterminée par le JAP et six mois avant l'expiration du délai fixé, il statue sur sa prolongation⁴. Il doit alors procéder à un nouvel examen de dangerosité, sans qu'il soit à nouveau nécessaire de saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté⁵. À défaut de prolongation, il est mis fin au placement sous surveillance électronique mobile⁶. En cours d'exécution, la mesure peut être suspendue pour des raisons médicales, notamment en cas d'hospitalisation de la personne, pour une durée maximale de trois mois, renouvelable si l'état de santé de la personne le justifie sans limite absolue. Après cette suspension, les obligations du PSEM reprennent de plein droit⁷.

Contrairement à leur régime, le contenu des différentes mesures étudiées est quasiment identique.

C. Le contenu des mesures de surveillance probatoires

399. Contenu du suivi socio-judiciaire. Si les conditions d'application du suivi socio-judiciaire sont encadrées par les garanties protectrices applicables aux peines, son contenu trahit toutefois la véritable nature de cette mesure de sûreté.

400. Mesures de contrôle et de surveillance, obligations et mesures d'assistance. La personne condamnée au suivi socio-judiciaire est soumise aux mesures de contrôle et de

¹ Art. 723-37, al. 1^{er} CPP.

² Art. 763-8, al. 1^{er} CPP.

³ Art. 763-12, al. 2 CPP.

⁴ Art. 763-10, al. 5 CPP.

⁵ Art. R. 61-30 CPP.

⁶ Art. 763-10, al. 6 CPP.

⁷ Art. R. 61-31-1 CPP.

surveillance et aux obligations¹ qui ont pour objet de prévenir la récidive, ainsi qu'aux mesures d'assistance visant à seconder ses efforts en vue de sa réinsertion sociale². Les textes régissant le suivi socio-judiciaire opèrent par renvoi au dispositif relatif au sursis avec mise à l'épreuve.

On y trouve, tout d'abord, les mesures de contrôle prévues par l'article 132-44 CP et la juridiction de condamnation ou le JAP peut également imposer au condamné l'observation des obligations énumérées à l'article 132-45 CP. S'agissant des mesures et obligations applicables en cas de sursis avec mise à l'épreuve, peut se poser la question de l'utilité d'un tel doublon.

Le dispositif peut, en outre, s'accompagner d'une injonction de soins³ et, depuis la loi du 12 décembre 2005, d'un PSEM⁴. Ces deux mesures sont également applicables dans le cadre de la surveillance judiciaire⁵ et de la surveillance de sûreté⁶ ainsi que de la libération conditionnelle⁷, ce qui conduit, une fois de plus, à s'interroger sur la nécessité de la multiplication des sanctions pénales au contenu similaire. Le JAP peut, enfin, prononcer une obligation d'assignation à domicile⁸ si la personne a été condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'un des crimes mentionnés à l'article 706-53-13⁹.

401. Injonction de soins. L'application de l'injonction de soins constitue la règle, le texte précisant que « *sauf décision contraire de la juridiction* », la personne condamnée au suivi socio-judiciaire y est soumise¹⁰. La seule condition est le constat préalable, par une expertise médicale, que la personne est susceptible de faire l'objet d'un traitement. Ce traitement est, en outre, conditionné au consentement du condamné, le président de la juridiction devant l'avertir qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son accord¹¹. La loi a donc fait le

¹ Art. 131-36-2 CP.

² Art. 131-36-3 CP.

³ Art. 131-36-4 CP.

⁴ Art. 131-36-9 CP.

⁵ Art. 723-30, dernier alinéa, CPP pour l'injonction de soins ; art. 723-38 CPP pour le placement sous surveillance électronique mobile.

⁶ Art. 706-53-19, al. 1^{er} CPP pour les deux mesures.

⁷ Art. 731-1, al. 1^{er} CPP pour l'injonction de soins ; art. 731-1, al. 2 CPP pour le placement sous surveillance électronique mobile.

⁸ Prévue par le 3^o de l'art. 723-30 CPP relatif à la surveillance judiciaire.

⁹ Art. 763-3, dernier alinéa, CPP.

¹⁰ Art. 131-36-4, al. 1^{er} CP.

¹¹ Art. 131-36-4, al. 1^{er} CP.

choix d'une « injonction consentie aux soins »¹, le législateur se montrant, de prime abord, réceptif au discours médical selon lequel l'efficacité des soins suppose la volonté de la personne d'y adhérer. Néanmoins, ce consentement est, en réalité, quelque peu forcé dans la mesure où l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution si la personne refuse les soins qui lui sont proposés. Ces soins ne sont ainsi pas vraiment « proposés » comme le prétendent les textes, mais véritablement imposés, ce qui est confirmé par le Code de procédure pénale lorsqu'il dispose dans son article 763-5, alinéa 3 que constitue pour le condamné une violation des *obligations* qui lui ont été *imposées* le fait de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins².

Si la personne soumise à l'injonction de soins a été également condamnée à une peine privative de liberté non assortie du sursis, elle peut commencer un traitement pendant l'exécution de cette peine³. Le JAP l'informe de cette possibilité et si elle ne consent pas à suivre un traitement, cette information est renouvelée au moins une fois tous les ans⁴. En tout état de cause, elle exécutera sa peine dans un établissement pénitentiaire permettant de lui assurer un suivi médical et psychologique adapté⁵.

402. Mise à exécution de la mesure et modification de son contenu par le JAP. La personne condamnée est tenue de justifier de l'accomplissement des obligations qui lui sont imposées auprès du JAP⁶. Ce dernier a la faculté de modifier le contenu du suivi socio-judiciaire postérieurement à son prononcé. Ainsi, il peut, après audition du condamné et avis du procureur de la République, modifier ou compléter les mesures prévues aux articles 131-36-2 et 131-36-3 CP⁷, et si cela n'a pas été fait par la décision de condamnation, ordonner une injonction de soins, un PSEM ou une assignation à domicile⁸.

¹ V. É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 204, p. 91.

² Sur le domaine et la problématique du soin contraint, v. *infra*, n° 573 s.

³ Art. 131-36-4, al. 2 CP.

⁴ Art. 763-7, al. 2 CPP.

⁵ Art. 763-7, al. 1^{er} CPP.

⁶ Art. 763-2 CPP.

⁷ Art. 763-3, al. 1 CPP.

⁸ Art. 763-3, al. 3 à 5 CPP. Tandis que le dispositif initial supposait que la personne soit détenue pour pouvoir ordonner le PSEM (v. le décret n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007 : art. R. 61-33, al. 1^{er} CPP), cette condition a été neutralisée par le décret n° 2008-1129 du 4 novembre 2008 qui a généralisé le recours à la mesure, en ajoutant, par une formulation très vaste, qu' « *en cas d'inobservation par le condamné des obligations auxquelles il est astreint ou pour tenir compte de son évolution, le juge de l'application des peines peut également ordonner le placement sous surveillance électronique mobile en cours d'exécution du suivi socio-judiciaire, dès lors que son comportement et sa dangerosité le justifient sans qu'il soit besoin que la personne soit préalablement détenue* » (art. R. 61-33, dernier alinéa, CPP).

Il convient de préciser que les obligations résultant du suivi socio-judiciaire sont également applicables en cas de suspension ou de fractionnement de la peine, de placement à l'extérieur sans surveillance ou de mesure de semi-liberté¹.

403. Sanction de l'inobservation des obligations. L'inobservation de ses obligations expose le condamné à une nouvelle peine d'emprisonnement dont la durée maximale doit être fixée *ab initio* par la juridiction dans sa décision de condamnation. Cet emprisonnement ne peut excéder trois ans en cas de condamnation pour délit et sept ans en cas de condamnation pour crime². Il s'agit donc, en quelque sorte, d'une « condamnation sous condition potestative en ce que sa mise en application dépendra de l'attitude de l'intéressé »³. Le président de la juridiction, après le prononcé de la décision, doit avertir le condamné des obligations qui en résultent et des conséquences qu'entraînerait leur inobservation⁴. L'emprisonnement ordonné en raison de l'inobservation des obligations résultant du suivi socio-judiciaire se cumule, sans possibilité de confusion, avec les peines privatives de liberté prononcées pour des infractions commises pendant l'exécution de la mesure⁵.

Il revient au JAP d'ordonner, d'office ou sur réquisitions du procureur de la République, la mise à exécution de l'emprisonnement par une décision motivée⁶. Il peut même délivrer un mandat d'amener contre un condamné placé sous son contrôle en cas d'inobservation, par ce dernier, des obligations qui lui incombent ou de l'injonction de soins⁷. De plus, le condamné emprisonné pour inobservation des obligations n'est pas dispensé pour autant du suivi socio-judiciaire et pourra donc, le cas échéant, être réincarcéré pour un nouveau non-respect des obligations qui en découlent. La durée totale de l'emprisonnement ne saurait, toutefois, excéder celle qui a été fixée par la juridiction de jugement⁸. En cas de violation des obligations du suivi socio-judiciaire au cours d'un aménagement de la peine, les sanctions attachées à ces mesures sont prononcées, en priorité, avant de recourir à l'emprisonnement.

Il n'est pas anodin de faire remarquer que la violation des modalités spécifiques d'une mesure de surveillance – une mesure de sûreté malgré son appellation légale de peine complémentaire – peut conduire à une peine d'emprisonnement supplémentaire, donc une

¹ Art. 763-7, al. 3 CPP.

² Art. 131-36-1, al. 2 CP.

³ P. Darbéda, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *RSC*, 2001, p. 625 s. ; citant M. Charles Jolibois, rapporteur du projet, Commission des lois du Sénat.

⁴ Art. 131-36-1, al. 3 CP.

⁵ Art. 131-36-5, al. 3 CP.

⁶ Art. 763-5, al. 1^{er} CPP.

⁷ Art. 763-5, al. 2 CPP et art. 712-17 CPP.

⁸ Art. 763-5, al. 4 CPP.

privation de liberté. Non seulement, cela revient à ériger le non-respect de cette mesure en infraction pénale autonome¹, mais en plus, la peine d'emprisonnement qui vient la sanctionner n'est même pas prononcée par un juge du fond au cours d'un débat contradictoire et après de nouvelles poursuites par le parquet, pouvant être appliquée immédiatement par le JAP. Il convient toutefois de noter que son *quantum* maximal est préalablement fixé par la juridiction de jugement, avant même que la méconnaissance des obligations n'ait encore eu lieu, cette peine ne pouvant donc, de surcroît, être individualisée au regard des faits commis.

404. Contenu de la surveillance judiciaire. Le contenu de la surveillance judiciaire prend, à l'instar de ses conditions d'application, largement appui sur le suivi socio-judiciaire.

405. Obligations et mesures similaires à d'autres mesures de sûreté. Les obligations pouvant être prononcées dans le cadre de la mesure² sont similaires à celles du sursis avec mise à l'épreuve et à celles du suivi socio-judiciaire, de telle sorte qu'un auteur a pu affirmer que « par son contenu, elle est presque le sosie du suivi socio-judiciaire »³. Cela vaut d'autant plus que, si, au départ, il existait encore quelques différences quant aux contraintes que l'on pouvait imposer au condamné, celles-ci se sont estompées au fur et à mesure que des lois successives ont harmonisé le contenu des diverses mesures⁴. Ainsi, la surveillance judiciaire peut, tout d'abord, comprendre les mêmes obligations particulières que ces deux autres mesures, à savoir celles qui sont prévues par les articles 132-44 et 132-45 CP, les textes opérant par simple renvoi.

De la même manière, elle peut être assortie d'un PSEM si la faisabilité technique de cette mesure le permet⁵. Comme le suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire peut également être assortie d'une obligation d'assignation à domicile si la personne a été condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'un des crimes faisant encourir la rétention de sûreté. Cette mesure emporte, pour l'intéressé, l'interdiction de s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu désigné par le juge en dehors

¹ Bien que certains auteurs pensent le contraire : v. p. ex. P. Darbéda, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *art. cit.*, p. 625 s., affirmant que « le manquement ne constitue pas une nouvelle infraction ».

² Art. 723-30 s. CPP.

³ J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

⁴ C'est ainsi que dans sa version issue de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, l'art. 723-30 CPP énumérait spécialement les obligations qui pouvaient être imposées au condamné en choisissant parmi celles prévues dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve et du suivi socio-judiciaire. Cet article fut retouché par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, puis la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 et enfin la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011.

⁵ Art. 723-30, al. 1, n° 2 CPP.

des périodes fixées par celui-ci. Les périodes et les lieux sont fixés en tenant compte de l'exercice d'une activité professionnelle par le condamné, du fait qu'il suit un enseignement ou une formation, effectue un stage ou occupe un emploi temporaire en vue de son insertion sociale, de sa participation à la vie de famille et de la prescription d'un traitement médical¹.

Enfin, tout comme le suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire comporte en principe une injonction de soins², sauf si le JAP décide le contraire³. Une expertise médicale⁴, faisant apparaître la dangerosité du condamné et constatant le risque de récidive, doit, à cet effet, établir que la personne placée sous surveillance est susceptible de faire l'objet d'un traitement. Face à cette expertise, la marge de manœuvre du juge est fortement restreinte, l'injonction de soins étant d'application automatique et le juge ne se risquant vraisemblablement pas à l'écarter⁵. Le TAP constate cette obligation dans sa décision de placement sous surveillance judiciaire. Il peut écarter l'injonction de soins lorsque le JAP, en le saisissant, a indiqué qu'une telle obligation n'était pas nécessaire⁶.

Le législateur précise, de surcroît, que « *le condamné placé sous surveillance judiciaire fait également l'objet de mesures d'assistance et de contrôle destinées à faciliter et à vérifier sa réinsertion* »⁷. Or, les textes prètent à confusion dans le sens où les mesures de contrôle sont déjà comprises dans le renvoi à l'article 132-44, contrairement à ce que sous-entend l'article 723-30 qui ne fait référence qu'aux obligations particulières – qui, pour leur part, sont contenues à l'article 132-45 seul. En ce qui concerne les mesures d'assistance, « il aurait suffi de renvoyer, comme il est habituel, à l'article 132-46 du code pénal »⁸ relatif aux mesures d'aide dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, ou à l'article 131-36-3 faisant état des mesures d'assistance applicables à la personne soumise à un suivi socio-judiciaire, ayant pour objet de seconder ses efforts en vue de sa réinsertion sociale. Cette confusion législative a été maintenue par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 ; l'occasion de la corriger a ainsi été manquée. Par cette loi, le renvoi au contenu des autres mesures a été généralisé, alors qu'auparavant n'étaient visées qu'une partie des obligations particulières de l'article 132-45. Sont désormais incluses les obligations à vocation sociale, ce qui est fortement louable pour une mesure qui est censée favoriser la réinsertion sociale du condamné. Néanmoins cela

¹ Art. 723-30, al. 1, n° 3 CPP.

² Dans les conditions prévues aux art. L. 3711-1 s. du Code de la santé publique. V. *supra*, n° 401.

³ Art. 723-30, dernier alinéa CPP.

⁴ Prévue par l'art. 723-31 ou l'art. D. 147-36 CPP.

⁵ En ce sens, v. É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 1543, p. 656, note n° 101.

⁶ Art. D. 147-37 CPP.

⁷ Art. 723-33, al. 1^{er} CPP.

⁸ M. Herzog-Evans, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *art. cit.*, p. 182 s.

conduit également à parachever l'uniformisation des différentes mesures, donc à réduire l'intérêt de leur coexistence.

On le voit donc, les différentes mesures se recoupent et se superposent avec un contenu quasiment identique, mais avec des appellations juridiques divergentes et le régime en découlant. Cela étant, la différence de nature juridique entre la surveillance judiciaire et le suivi socio-judiciaire « ne masque qu'imparfaitement [leur] quasi-interchangeabilité »¹.

406. Modification du contenu par le JAP. Les obligations auxquelles le condamné est astreint peuvent être modifiées par ordonnance motivée du JAP², à moins que le procureur de la République ne demande qu'elles fassent l'objet d'un jugement pris après débat contradictoire³. Le PSEM peut ainsi être ordonné en cours d'exécution de la surveillance judiciaire « *en cas d'inobservation par le condamné des obligations auxquelles il est astreint ou pour tenir compte de son évolution, dès lors que son comportement et sa dangerosité le justifient et sans qu'il soit besoin que la personne soit préalablement détenue* »⁴.

407. Sanction de l'inobservation des obligations. En cas de non-respect de ces obligations et interdictions, le condamné peut être réincarcéré, puisque le JAP peut retirer tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié⁵. Cette décision peut également intervenir en cas de condamnation de la personne placée sous surveillance judiciaire pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, auquel cas elle sera prise par la juridiction de jugement après avis du JAP⁶. Ce même juge avertit le condamné que les mesures d'injonction de soins et de surveillance électronique mobile ne pourront être mises en œuvre sans son consentement mais que, s'il refuse ou manque à ses obligations, tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié pourra lui être retiré⁷. Le fait de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins, y compris le traitement inhibiteur de libido, constitue d'ailleurs pour le condamné une violation des

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 521.22, p. 690.

² Art. 723-34, al. 1^{er} CPP.

³ Art. 712-8, al. 1^{er} CPP.

⁴ Art. R. 61-35, dernier alinéa, CPP et art. D. 147-44 CPP. Le PSEM peut alors, en cas d'inobservation des obligations, venir se substituer à la réincarcération du condamné.

⁵ Art. 723-35, al. 1^{er} CPP.

⁶ Art. 723-35, al. 3 CPP, ajouté par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

⁷ Art. 723-35, al. 2 et art. D. 147-37-1 CPP. L'article R. 61-27-1, 3^o rappelle que le refus de la pose du dispositif relatif au PSEM dans le cadre de la surveillance judiciaire peut entraîner la mise à exécution de l'emprisonnement correspondant aux réductions de peine.

obligations qui lui ont été imposées¹. On voit donc que les mesures qui dépendent du consentement de l'intéressé conduisent, en cas de non consentement de ce dernier, à sa réincarcération, ne lui laissant *de facto* aucune liberté de choix.

En cas de retrait partiel des réductions de peine, la surveillance judiciaire reprend de plein droit et dans toutes ses obligations, à la libération du condamné, jusqu'à la date fixée par la décision qui l'avait prononcée, le JAP pouvant, avant cette libération, ordonner que le condamné sera placé sous surveillance électronique mobile si cette mesure n'avait pas déjà été ordonnée². Lorsque le retrait concerne la totalité des réductions de peine, le JAP peut, avant l'exécution de l'intégralité de cette nouvelle période de détention, décider d'une nouvelle surveillance judiciaire, le cas échéant avec PSEM, pour la durée du retrait des réductions de peine qui n'a pas été exécuté³. Une nouvelle expertise de dangerosité n'est alors pas requise.

En définitive, la sanction de l'inobservation des contraintes de la surveillance judiciaire est moins sévère que celle qui est applicable en matière de suivi socio-judiciaire puisque la personne n'encourt pas un emprisonnement supplémentaire à celui qu'elle a déjà exécuté pour l'infraction commise. Toutefois, le non-respect des obligations découlant du PSEM ou le non-consentement à cette mesure semblerait, de prime abord, pouvoir conduire à un tel emprisonnement supplémentaire puisque l'article 723-30, 2° renvoie à l'article 131-36-12 qui prévoit cette sanction. Il existe donc une contradiction entre les textes spécifiques à la surveillance judiciaire et cet article conçu pour s'inscrire dans le cadre du suivi socio-judiciaire. À suivre la lettre de ce texte, qui prévoit un mécanisme qui ne coïncide pas avec la logique de la surveillance judiciaire, cette dernière pourrait déboucher sur un emprisonnement dépassant largement le cadre initialement prévu pour cette mesure. Or, cette solution doit être écartée au profit de la disposition spécifique réglementant la surveillance judiciaire, son régime n'étant pas compatible avec la sanction prévue en matière de suivi socio-judiciaire qui doit préalablement avoir été fixée par la juridiction de jugement. Il faudrait, pour plus de clarté, harmoniser les textes ou procéder à un renvoi plus précis et limité à l'article 131-36-12, alinéa 1^{er}.

Pour les personnes condamnées pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13 CPP, le retrait de toutes les réductions de peine consécutivement à une violation des obligations dans des conditions qui font apparaître des risques de renouvellement de l'une de

¹ Art. 723-35, al. 4 CPP, ajouté par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

² Art. D. 147-43, al. 1^{er} CPP.

³ Art. D. 147-43, al. 2 CPP.

ces infractions peut conduire à un placement sous surveillance de sûreté. Cette mesure s'applique alors dès la libération de la personne¹.

408. Contenu de la surveillance de sûreté calqué sur les autres mesures de surveillance. La surveillance de sûreté comporte des obligations de suivi identiques à celles qui sont prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire² (article 723-30 CPP) ou du suivi socio-judiciaire³ (articles 131-36-2 et 131-36-3 CP), en particulier une injonction de soins⁴ et le PSEM⁵. De la même manière, l'assignation à domicile sous le régime du placement sous surveillance électronique est applicable dans le cadre de la surveillance de sûreté. Dès lors qu'elle constitue la prolongation de ces mesures, il est en effet logique que le contenu soit le même. Lorsqu'elle prend le relais d'une rétention de sûreté, l'article 706-53-19 prend ainsi le soin de préciser que « *la surveillance de sûreté comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire mentionnée à l'article 723-30, en particulier une injonction de soins prévue par les articles L. 3711-1 à L. 3711-5 du code de la santé publique et, après vérification de la faisabilité technique de la mesure, le placement sous surveillance électronique mobile dans les conditions prévues par les articles 763-12 et 763-13 du présent code* ». Enfin, prenant le relais d'une libération conditionnelle, la surveillance de sûreté consiste à prolonger tout ou partie des obligations auxquelles est astreinte la personne – parmi lesquelles obligatoirement l'injonction de soins – et peut également comprendre un PSEM⁶.

En cas de PSEM, la personne sera, comme dans le cadre des autres mesures, avertie par le président de la juridiction régionale que cette mesure ne pourra être mise en œuvre sans son consentement mais que, à défaut ou si elle manque à ses obligations, le placement en rétention de sûreté pourra être ordonné⁷. Autrement dit, sa liberté de consentement est tout sauf réelle, le moyen de pression consistant en l'application de la réponse pénale sans doute la plus sévère qui existe. Le dispositif doit alors être posé avant sa libération⁸.

Le fait que les obligations des différentes mesures de surveillance sont identiques rend d'autant plus facile le glissement de l'une à l'autre de ces mesures, ce qui était sans doute

¹ Art. 723-37, dernier alinéa, CPP.

² Art. 723-37, al. 1 CPP.

³ Art. 763-8, al. 1 CPP.

⁴ Prévue à l'art. L. 3711-1 à 5 CSP.

⁵ Règlementé aux art. 763-12 et 763-13 CPP.

⁶ Art. 732-1 CPP, renvoyant à l'art. 723-38 CPP.

⁷ Art. 706-53-19, al. 5 CPP.

⁸ Art. R. 53-8-50, al. 3 CPP.

l'une des intentions premières du législateur lorsqu'il a instauré le moyen de prolonger à l'infini les mécanismes de surveillance. Le professeur Herzog-Evans fait cependant remarquer que « cette facilité technique apparente ne doit pas faire oublier la véritable escroquerie juridique que constitue cette règle », puisqu'elle aboutit à rendre perpétuelles ces mesures « alors même que tel n'est pas [leur] régime juridique ordinaire », d'autant que le Conseil constitutionnel n'avait validé la surveillance judiciaire qu'en raison de sa durée limitée aux réductions de peine¹.

409. Choix des obligations et modification du contenu. La JRRS indique dans sa décision de placement les obligations auxquelles l'individu surveillé sera soumis. Lorsque la mesure prend le relais d'une autre mesure de surveillance, elle peut décider de prolonger tout ou partie des obligations qui composaient cette mesure, ce qui peut laisser penser que le contenu sera nécessairement identique à la mesure qui la précède². Le dispositif indique cependant, dans sa partie réglementaire, que si la juridiction n'entend pas modifier les obligations auxquelles la personne est astreinte, elle peut indiquer que les obligations qui pèsent sur la personne dans le cadre de la surveillance de sûreté sont les mêmes que celles qui ont été ordonnées antérieurement³. Il ressort également des textes que l'injonction de soins et le PSEM, bien que constituant les mesures centrales du dispositif⁴, ne sont pas d'application obligatoire mais facultative⁵. Cela veut dire, *a contrario*, que la surveillance de sûreté peut contenir des obligations différentes de la mesure qu'elle vient prolonger. Les textes affirment d'ailleurs que les obligations de la surveillance de sûreté peuvent être adaptées, à tout moment, pour tenir compte de l'évolution de la personne qui y est soumise. Ainsi, elles peuvent être modifiées, complétées ou supprimées par ordonnance motivée du président de la JRRS soit d'office, soit à la demande de la personne placée sous surveillance, soit sur réquisitions du procureur général près la cour d'appel, soit sur requête du JAP⁶. La personne peut également se voir imposer une injonction de soins ou un PSEM si elle n'en fait pas ou plus l'objet, dès lors que son comportement et sa dangerosité le justifient, après un débat contradictoire au cours duquel elle est assistée par un avocat⁷. Ces décisions peuvent faire

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 525.31, p. 710.

² V. sur ce point É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 1550, p. 659.

³ Art. R. 53-8-47 CPP.

⁴ Art. 706-53-19, al. 1 CPP.

⁵ Art. R. 53-8-50, al. 2 et 3 CPP.

⁶ Art. R. 53-8-48 CPP.

⁷ Art. R. 53-8-48, al. 2 CPP.

l'objet d'un recours du procureur général près la cour d'appel ou de la personne placée sous surveillance de sûreté devant la JRRS¹.

Le JAP sous le contrôle duquel la personne est placée, à savoir celui dans le ressort duquel elle a sa résidence habituelle, lui rappelle les obligations auxquelles elle est astreinte et l'informe des conséquences susceptibles de résulter de leur méconnaissance². On remarque que le terme « contrôle » renvoie, avant tout, au volet sécuritaire de la mesure, plus qu'à son volet resocialisateur, le juge étant toutefois assisté dans sa mission du service pénitentiaire d'insertion et de probation et, le cas échéant, d'organismes habilités à cet effet³.

410. Sanction de l'inobservation des obligations. Le non-respect par la personne des obligations ordonnées dans le cadre de la surveillance de sûreté peut conduire à son placement en rétention de sûreté, si cette méconnaissance fait apparaître qu'elle présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13⁴. La loi précise que constitue une méconnaissance par la personne des obligations qui lui sont imposées, susceptible de justifier son placement en rétention de sûreté, le fait pour celle-ci de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins⁵. Il en va de même du refus de la pose du dispositif relatif au PSEM⁶. Pour autant, il n'est pas certain qu'une simple méconnaissance des obligations attachées à la surveillance de sûreté soit automatiquement synonyme de particulière dangerosité de la personne, notamment lorsque celle-ci souffre de défaillances intellectuelles⁷.

Il faut toutefois s'assurer, au préalable, qu'un renforcement des obligations de la surveillance de sûreté est insuffisant pour prévenir la commission de ces infractions⁸. Le JAP ou le procureur de la République saisit alors le président de la juridiction régionale afin que celui-ci ordonne, s'il y a lieu, soit la modification des obligations, soit le placement provisoire en urgence de la personne dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté⁹.

¹ Art. R. 53-8-48, al. 3 CPP.

² Art. R. 53-8-49, al. 1 et 2 CPP.

³ Art. R. 53-8-49, al. 1 CPP.

⁴ Art. 706-53-19, al. 3 CPP et art. R. 53-8-52 CPP.

⁵ Art. 706-53-19, dernier alinéa CPP.

⁶ Art. R. 53-8-50, al. 3 CPP.

⁷ V. sur ce point Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, *préc.*

⁸ Art. 706-53-19, al. 4 CPP.

⁹ V. *supra*, n° 296.

411. Contenu du PSEM : obligations particulières. Le PSEM emporte pour la personne condamnée des obligations particulières qui s'ajoutent à celles qui sont éventuellement attachées à la mesure dans laquelle le placement s'inscrit. La personne soumise à la surveillance électronique mobile doit constamment porter un émetteur permettant sa localisation sur l'ensemble du territoire national¹, le dispositif porté par la personne étant conçu de façon à ne pouvoir être enlevé par cette dernière sans que soit émis un signal d'alarme². Ce « bracelet électronique » permet, en outre, d'établir une communication entre le centre de surveillance et la personne qui peut faire l'objet d'un enregistrement³. Le JAP doit vérifier auparavant la faisabilité technique de la mesure⁴ et il peut également désigner, à tout moment, un médecin afin qu'il vérifie que la mise en œuvre du procédé ne présente pas d'inconvénient pour la santé de l'intéressé, cette désignation étant de droit à la demande de la personne ou de son conseil⁵. Pendant la durée de la mesure, la personne devra donc respecter, outre les conditions d'exécution, les horaires d'assignation, les zones d'inclusion (les lieux autorisés), les zones d'exclusion (les lieux interdits) et, le cas échéant, les zones tampon⁶ (zones situées autour des zones d'exclusion qui permettent d'alerter l'intéressé lorsqu'il les franchit et de lui enjoindre de les quitter, déclenchant l'intervention du personnel de l'administration pénitentiaire chargé de sa surveillance). Aussi, doit-il se conformer aux consignes données et procéder notamment à la mise en charge régulière de la batterie selon les modalités indispensables au bon fonctionnement du dispositif, le non-respect de cette exigence constituant une violation des obligations auxquelles il est astreint⁷. Les obligations doivent être notifiées au condamné par le JAP.

Si la personne placée sous surveillance électronique mobile se trouve dans une zone d'exclusion ou dans une zone tampon ou en dehors d'une zone qui lui a été assignée, ou si le dispositif est détérioré, le JAP compétent (ou le magistrat du siège qui le remplace, ou en cas d'urgence et d'empêchement de ceux-ci, le procureur de la République) doit en être avisé sans délai par les agents affectés au centre de surveillance chargés de la mise en œuvre du placement⁸. Le JAP détermine également l'intensité de la surveillance, en optant soit pour le système semi-actif, consistant à enregistrer les déplacements de l'intéressé et à faire remonter

¹ Art. 763-12, al. 1 CPP.

² Art. R. 61-22, al. 3 CPP.

³ Art. R. 61-22, al. 4 CPP.

⁴ Art. 763-10, al. 3 CPP.

⁵ Art. R. 61-24 CPP.

⁶ Art. R. 61-25 CPP.

⁷ Art. R. 61-27 CPP.

⁸ Art. R. 61-29 CPP.

les informations plusieurs fois par jour au pôle centralisateur, soit pour le système passif, dans lequel ces enregistrements sont consultés *a posteriori*, une fois par jour. Le mode choisi pourra être modifié en cours de mesure afin de permettre l'individualisation du suivi au regard du comportement et des contraintes du condamné¹. L'administration pénitentiaire est ainsi avertie au moyen d'une alarme dès lors que le condamné ne respecte pas ses obligations, des alarmes techniques pouvant s'y ajouter en cas de dysfonctionnement du dispositif.

Pendant la durée du placement, le JAP peut d'office, sur réquisitions du procureur de la République ou à la demande du condamné, modifier, compléter ou supprimer les obligations résultant du placement². Comme on l'a indiqué plus haut, la méconnaissance par le condamné des obligations résultant du placement peut être sanctionnée selon les modalités du cadre spécifique dans lequel il s'inscrit.

412. Traitement automatisé des données à caractère personnel. La mesure du PSEM implique un traitement automatisé d'une multitude de données à caractère personnel³, mis en œuvre conformément aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*⁴. Cependant, les prérogatives de la CNIL sont restreintes, car s'agissant de l'exécution de décisions pénales, elle n'aura compétence que pour donner un avis et non une autorisation⁵. Les informations enregistrées dans le traitement sont conservées pendant toute la durée de la mesure et, ensuite, pendant un délai de dix ans à compter de la cessation de la mesure. Cette durée peut paraître particulièrement longue, rappelant le délai de prescription de l'action publique en matière criminelle, et se situant bien au-delà du délai de deux années qu'avait préconisé la CNIL à ce propos⁶. À l'issue de ce délai, l'autorité responsable du traitement des informations procède à leur effacement⁷. Ce traitement est mis en œuvre par le directeur de l'administration pénitentiaire du ministère de la Justice et placé sous le contrôle d'un magistrat du parquet hors hiérarchie, nommé pour trois ans par arrêté du garde des sceaux, ministre de la Justice⁸. Les informations personnelles enregistrées concernent notamment l'identité et la description physique de la personne, sa

¹ V. Circ. CRIM 08-05/E3 du 28 janvier 2008, relative au placement sous surveillance électronique mobile, NOR : JUSD0802234C.

² Art. 763-11 CPP.

³ Les catégories d'informations enregistrées dans le traitement sont énumérées à l'art. R. 61-14 CPP.

⁴ Art. 763-13, al. 1 CPP.

⁵ Art. 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

⁶ CNIL, Délibération n° 2006-171 du 27 juin 2006 portant avis sur un projet d'arrêté relatif à l'expérimentation du placement sous surveillance électronique mobile.

⁷ Art. R. 61-15 CPP.

⁸ Art. R. 61-12 CPP.

profession, son adresse personnelle et professionnelle, ainsi que ses déplacements. Sont également enregistrées certaines données juridiques au sujet de la décision de condamnation, la décision de placement, le cadre temporel et spatial de la mesure ainsi que son contenu et les modifications de celui-ci¹.

Le contenu des mesures évoquées ainsi qu'une grande partie de leur régime juridique font pencher en faveur de leur qualification en tant que mesures de sûreté.

D. La qualification juridique des mesures de surveillance probatoires

413. Nature juridique du suivi socio-judiciaire : qualification légale et jurisprudentielle de peine. Le suivi socio-judiciaire est formellement une peine, puisqu'il est inséré dans un Chapitre 1^{er} intitulé « *De la nature des peines* » (articles 131-1 et suivants), figurant dans un Titre III du Code pénal relatif aux peines. Plus précisément, il s'agit d'une peine complémentaire, ce qui ressort, par exemple, de l'article 224-10 CP, prévoyant les peines complémentaires applicables aux personnes physiques qui se rendent coupables d'enlèvement ou de séquestration. Etant une peine complémentaire, le suivi peut donc également être prononcé comme peine principale². La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 février 2004³ et deux arrêts du 2 septembre 2004⁴, a approuvé le choix du législateur en qualifiant expressément cette mesure de « *peine complémentaire* », interdisant ainsi son application à des faits non prévus par la loi ainsi que son application rétroactive, en vertu du principe de légalité des délits et des peines.

414. Nature véritable : caractéristiques de la mesure de sûreté. Or substantiellement, la véritable nature du suivi socio-judiciaire est discutable⁵, ce dernier s'apparentant davantage

¹ Art. R. 61-14 CPP.

² Cette règle générale résulte de l'article 131-11, al. 1^{er} CP. L'article 131-36-7 CP prend toutefois le soin de préciser à nouveau qu'en matière correctionnelle, le suivi socio-judiciaire peut être ordonné comme peine principale.

³ Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-84182, *préc.*

⁴ Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-82182, *Bull. crim.*, n° 198, p. 714 ; *AJ pénal*, 2004, p. 405, obs. J. Leblois-Happe; Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-80518, *Bull. crim.*, n° 197; *D.*, 2006., Pan. P. 1651, obs. Roujou de Boubée; *RSC*, 2005, p. 67, obs. Fortis.

⁵ Certains auteurs soulignent même qu'il ne s'agit pas d'une peine complémentaire en raison de sa place dans le Code pénal : le législateur n'a pas placé le suivi dans la sous-section relative aux peines complémentaires encourues pour certains crimes et délits (article 131-10 s.), mais a créé une sous-section nouvelle, la sixième, intitulée « *du suivi socio-judiciaire* » (article 131-36-1 à 131-36-8). V. J. Pradel et J.-L. Senon, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », *art. cit.*, p. 208 s.

à une mesure de sûreté qu'à une peine¹. Son caractère répressif est peu visible et la mesure semble, en réalité, dépourvue de toute finalité rétributive, son seul but consistant à prévenir la récidive. Il lui manque également l'aspect afflictif et infamant de la peine puisqu'il ne s'agit pas de punir une faute commise ni de porter un jugement de valeur sur les actes commis ou sur leur auteur. La plupart du temps, le suivi socio-judiciaire s'ajoute d'ailleurs à une peine d'emprisonnement qui assume déjà ce rôle. Il est prononcé « avant tout pour remédier à la dangerosité de l'individu » qui est « considéré comme psychologiquement perturbé, en raison de sa violence ou de ses penchants sexuels »². Aussi, le fondement de la mesure ne réside-t-il, de toute évidence, pas dans la culpabilité du sujet, mais dans sa dangerosité qui est extériorisée à travers les actes commis. Même si le SSJ est subordonné à la reconnaissance par la juridiction de jugement de la responsabilité pénale du sujet de la mesure, cela ne saurait suffire à en faire une peine. La plupart des mesures de sûreté sont, en effet, conditionnées à une telle déclaration de culpabilité, ne pouvant s'appliquer en l'absence de toute infraction³. Comme les autres mesures de sûreté applicables aux personnes responsables pénalement, le SSJ s'ajoute ainsi à une peine prononcée sur le fondement de cette culpabilité, ayant lui-même une vocation préventive. Au demeurant, si ce suivi n'était pas une mesure de sûreté, on pourrait y voir une violation du principe *ne bis in idem*, la personne étant soumise à deux peines successives pour une seule infraction.

Enfin, son contenu tient, par essence, incontestablement de la mesure de sûreté. Parmi les principales mesures applicables dans le cadre du suivi socio-judiciaire, on peut notamment relever que l'injonction de soins, qui l'accompagne de manière presque automatique, s'apparente elle-même à une mesure de sûreté, voire à « la mesure de sûreté par excellence »⁴. Celle-ci est, en effet, dépourvue de toute coloration morale et poursuit un but purement préventif et curatif pour assurer la sécurité publique. On constate néanmoins que cette mesure « souffre de l'ambiguïté de nature du suivi socio-judiciaire », car « en tant que mesure intégrée à une peine, on peut la présenter comme l'une des obligations qui en découlent alors que si on l'appréhende comme une mesure de sûreté, l'injonction en devient alors partie intégrante »⁵. Un autre élément essentiel du suivi socio-judiciaire, le PSEM, est même expressément qualifié de mesure de sûreté à part entière.

¹ V. en ce sens É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 202, p. 90. V. également, *infra*, n° 508.

² É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 202, p. 90.

³ V. *infra*, n° 763 s.

⁴ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 203, p. 90.

⁵ *Ibid.*, n° 203, p. 90.

415. Similitudes avec d'autres mesures de sûreté. En faveur de sa nature de mesure de sûreté, on peut également invoquer les similitudes que le suivi présente avec d'autres mesures de sûreté, comme la surveillance judiciaire et la surveillance de sûreté qui comportent les mêmes obligations. Malgré sa dénomination de peine, son contenu est ainsi applicable – dans un autre cadre formel – à des faits commis antérieurement à son instauration¹. Comme l'a souligné un auteur, « il y a donc bel et bien là rétroactivité, au regard de la date des faits comme de la condamnation, d'une mesure plus sévère »². Ainsi, « il est surprenant que cet aspect de la question n'ait pas été présenté pour examen au Conseil constitutionnel »³.

416. Particularités du régime du suivi socio-judiciaire. Nonobstant la durée *a priori* déterminée du suivi socio-judiciaire, la possibilité de relever le condamné de la mesure de manière anticipée⁴, sur le critère de son reclassement, plaide également en faveur de sa nature de mesure de sûreté. Il est vrai que la mesure de sûreté obéit, en principe, à une autre logique qui consiste à fixer une durée légale indicative relativement courte, mais qui pourra faire l'objet de prolongations successives indéterminées⁵. Or l'on constate que le législateur a, pour le suivi socio-judiciaire, opté pour une durée maximale très longue. Cette longue durée, combinée à la possibilité d'un réexamen régulier de la mesure et son éventuel relèvement avant le terme initialement fixé, aboutit, en pratique, à une grande flexibilité de la mesure et permettra au juge de décider en fonction de considérations préventives. Elle présente même le risque d'amener les juges à opter pour une durée plus longue que celle qui est strictement nécessaire, afin de se réserver la possibilité d'adapter ultérieurement la mesure à la dangerosité de la personne, au fur et à mesure de son exécution.

La même crainte peut être exprimée à l'égard de la peine encourue en cas de violation des obligations du suivi socio-judiciaire, laquelle doit être fixée *ab initio* par la juridiction de jugement. Là encore, cette dernière aura tout intérêt à choisir un *quantum* plutôt trop élevé, « au cas où », pour éviter de se trouver ultérieurement dépourvue de moyens pour réagir aux éventuelles inobservances des obligations qui incombent au condamné. Le fait même que l'inobservation des obligations soit sanctionnée par un enfermement, à l'instar des

¹ Qui plus est, rappelons-le, la surveillance judiciaire prend expressément appui sur le suivi socio-judiciaire, lui-même non-rétroactif, sans pour autant être cantonnée aux faits commis après l'entrée en vigueur de cette « peine », en 1998. V. *supra*, n° 391.

² M. Herzog-Evans, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *art. cit.*, p. 182 s.

³ *Ibid.*

⁴ En vertu de l'art. 763-6 CPP.

⁵ V. *infra*, n° 843 s.

mécanismes applicables aux autres mesures de surveillance, fait pencher la balance en faveur de la nature de mesure de sûreté du suivi socio-judiciaire.

Une autre particularité du suivi socio-judiciaire qui l'éloigne du régime de la peine réside dans le fait qu'il ne s'éteint pas dans le cas où la condamnation serait réputée non avenue par application des dispositions de l'article 132-35 CP, c'est-à-dire lorsque le condamné ayant bénéficié d'un sursis simple pour la peine principale ne commet aucune nouvelle infraction dans le délai de cinq ans à compter de sa condamnation¹. Force est de constater que « cette dérogation tout à fait exceptionnelle aux principes généraux du droit pénal révèle bien les préoccupations positivistes de protection de la société qui inspirent cette mesure »².

417. Position de la doctrine. Le professeur Roets définit le suivi socio-judiciaire directement comme une « mesure de sûreté pouvant être prononcée à titre de peine complémentaire ou, éventuellement, de peine principale dans les cas prévus par la loi »³. Malgré la contradiction inhérente à une telle définition, puisque peine et mesure de sûreté ne sauraient être simplement assimilées, on constate que le suivi est essentiellement considéré comme une mesure de sûreté. C'est ainsi que la mesure est étudiée parmi les mesures de sûreté dans un manuel de droit pénal général, le professeur Bouloc affirmant que « nul doute que le suivi socio-judiciaire, considéré légalement comme une peine complémentaire, présente les caractères d'une mesure de sûreté destinée à prévenir la récidive »⁴. On peut relever encore la référence qui est faite à « l'incertitude qui règne sur la véritable nature juridique du suivi, qui ressemble plus à une mesure de sûreté qu'à une peine »⁵. Pour d'autres, le suivi socio-judiciaire revêt un caractère *sui generis*, intermédiaire entre la peine complémentaire et la mesure de sûreté⁶. En tout état de cause, on ne peut que suivre la majorité de la doctrine lorsqu'elle considère que la philosophie du suivi socio-judiciaire emprunte à la mesure de sûreté, « dès lors qu'il vise à la prévention de la récidive »⁷. En effet, c'est « la dangerosité particulière du délinquant qui justifie le suivi socio-judiciaire, destiné, en définitive, à protéger la société d'un individu dangereux, en le soumettant à un traitement

¹ Art. 736, al. 3 CPP.

² B. Paillard, « Peines criminelles applicables aux personnes physiques », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-1 et 131-2, Fasc. 20, 20 nov. 2007, mise à jour : 15 avr. 2010, n° 33.

³ D. Roets, « Classifications des infractions », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 111-1, Fasc. 20, 15 avr. 2010, n° 17.

⁴ B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 647, p. 506.

⁵ É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*

⁶ F. Bredin, Rapport fait au nom de la commission des lois, relatif à la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, AN, doc. n° 228, 24 sept. 1997, p. 39 ; P. Darbéda, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *art. cit.*, p. 625, note 10 ; F. Le Gunehec, « Dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 », *JCP*, n° 27, 1^{er} juil. 1998, p. 1193 s.

⁷ B. Paillard, « Peines criminelles applicables aux personnes physiques », *art. cit.*, n° 33.

adapté mêlant soins et surveillance »¹. De la même manière, un auteur affirme que « c'est bien la dangerosité potentielle du sujet qui fonde le suivi socio-judiciaire : l'individu condamné présente un danger pour l'ordre social justifiant une prise en charge adaptée². Enfin, « on admettra donc que le suivi socio-judiciaire est formellement une peine mais substantiellement, fondamentalement, une mesure de sûreté »³.

En définitive, présentant toutes les caractéristiques d'une mesure de sûreté, on peut déplorer l'incohérence consistant à appeler cette mesure « peine », tout en rendant son contenu applicable rétroactivement, sous d'autres emballages, aux délinquants éligibles à cette mesure.

418. Nature juridique de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses : qualification légale et jurisprudentielle de mesure de sûreté. La surveillance judiciaire est qualifiée de mesure de sûreté par le législateur⁴ qui lui assigne l'objectif de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré. S'agissant d'une mesure de sûreté, on comprend que le législateur ne l'ait pas insérée dans le Code pénal qui refuse de reconnaître cette catégorie de sanctions. Pourtant, la mesure a été insérée dans un chapitre du Code de procédure pénale relatif à l'exécution des peines privatives de liberté, de sorte que cela crée une confusion entre les mesures de sûreté et les mesures d'exécution de la peine. La nature de mesure de sûreté ne fait pourtant aucun doute, la surveillance judiciaire étant dépourvue de tout aspect répressif, n'étant ni afflictive ni infamante et reposant sur la constatation de la dangerosité du condamné⁵.

Or, on l'a vu, elle a été qualifiée de modalité d'exécution de la peine par le Conseil constitutionnel⁶, puisque, étant limitée à la durée des réductions de peine dont bénéficie le condamné, sa mise en œuvre ne peut se poursuivre au-delà de la peine initialement prononcée. Malgré tout, on peut voir dans cette décision une confirmation maladroite⁷ de la nature de mesure de sûreté de la surveillance judiciaire, l'accent étant mis par le Conseil sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une peine et qu'elle échappe donc aux garanties applicables aux peines.

¹ *Ibid.*

² J. Castagnède, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.*, 1999, p. 23 s.

³ J. Pradel, J.-L. Senon, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », *art. cit.*, p. 208 s.

⁴ Art. 13 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 ; art. 723-29 CPP.

⁵ V. sur ce point É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 1485, p. 638.

⁶ Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *préc. V.* plus en détail, *supra*, n° 216.

⁷ En ce sens, É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 1485, p. 638.

S'appuyant implicitement sur la décision rendue par le Conseil constitutionnel tout en reprenant la qualification légale de la surveillance judiciaire, la Cour de cassation a approuvé les dispositions relatives à la rétroactivité de cette mesure en se livrant à un contrôle de conventionnalité¹.

419. Interrogation sur la compatibilité de la surveillance judiciaire avec la CESDH.

Cela signifie-t-il que la Cour européenne des droits de l'homme adopterait la même décision de compatibilité ? Rappelons que la juridiction européenne se détache des qualifications internes retenues et vérifie le respect de la Convention sur la base d'autres critères². Eu égard au fait que cette mesure intervient après une condamnation pénale et implique une multitude de contraintes pour la personne, il serait envisageable que la Cour européenne opte pour la qualification de peine au sens de l'article 7 de la Convention et condamne son application rétroactive. Toutefois, on constate généralement que la Cour accorde une importance particulière à la gravité de la mesure et notamment à sa nature privative de liberté ou non, ce qui pencherait alors en faveur de la solution contraire. Cela étant, il n'est nullement exclu qu'elle retienne la qualification de peine à l'égard d'une mesure non privative de liberté, comme dans les affaires *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995³ et *Jamil c. France* du 8 juin 1995⁴ dans lesquelles elle avait respectivement refusé l'application rétroactive de la confiscation et de la contrainte par corps (devenue contrainte judiciaire). Ainsi, si la mesure venait à être examinée par la CEDH au regard de sa rétroactivité, « il n'est pas certain qu'elle se contenterait de cet éternel prétexte tenant à la nature des mesure de sûreté supposées intrinsèquement différentes de celles des peines »⁵.

420. Lien étroit avec les autres mesures de sûreté et utilité limitée. Instaurée pour parer à l'impossibilité d'appliquer une surveillance post-carcérale aux délinquants dangereux libérés de prison mais jugés ou ayant commis l'infraction avant la création du suivi socio-judiciaire par la loi du 17 juin 1998, la surveillance est qualifiée par le professeur Robert d'« ersatz » du suivi socio-judiciaire et comme étant une « sorte de suivi socio-judiciaire

¹ Cass. crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84367, *préc.* V. plus en détail, *supra*, n° 194.

² V. *infra*, n° 515 s.

³ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 17440/90, Série A n° 307-A, p. 13 ; *AJDA*, 1995, p. 719, chron. Flauss ; *RSC*, 1996, p. 470, obs. Koering-Joulin.

⁴ CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 15917/89 : Série A, n° 317-B ; *AJDA*, 1995, p. 719, chron. Flauss ; *D.*, 1996, p. 197, obs. Renucci ; *RSC*, 1995, p. 855, obs. Pettiti ; *ibid.* 1996, p. 471, obs. Koering-Joulin ; *ibid.* p. 662, obs. Delmas Saint-Hilaire.

⁵ M. Herzog-Evans, « Conflits de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? », *AJ pénal*, 2009, p. 124.

virtuel », voire un « étrange et provisoire substitut » à ce dernier¹. En effet, elle prend appui sur le suivi socio-judiciaire en ce qu'elle peut être prononcée essentiellement – auparavant même exclusivement – pour des infractions faisant encourir cette mesure ou, s'agissant des faits commis avant son instauration, la font encourir selon le droit actuel. Le critère lié au suivi socio-judiciaire n'est certes plus exclusif et fait place, à ses côtés, à celui de la récidive, critère récurrent dans les lois contemporaines visant la prévention de celle-ci. L'objectif global de la mesure reste cependant le même : celui de la sécurité publique.

Au demeurant, cette mesure semble avoir une durée de vie temporaire. En effet, « destinée principalement à être infligée à des délinquants et criminels actuellement emprisonnés mais auxquels on n'a pas imposé le suivi socio-judiciaire parce qu'ils ont commis leurs infractions avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998 qui l'a institué »², elle est vouée à disparaître. « Quand toutes les peines infligées pour des crimes et délits antérieurs à la loi auront été purgées, elle sera supplantée par le suivi socio-judiciaire modifié [par la loi du 12 décembre 2005] et comprenant le placement sous surveillance électronique mobile »³. Bien que conservant alors une utilité résiduelle concernant les personnes non soumises au suivi socio-judiciaire par la juridiction de jugement, mais auxquelles on souhaiterait appliquer *a posteriori* une mesure de surveillance post-carcérale en raison de leur dangerosité apparue en détention, d'autres mesures similaires, comme la surveillance de sûreté, pourront remplir ce rôle et la surveillance judiciaire sera alors complètement dépourvue d'intérêt. Ceci est d'autant plus vrai que sa durée cantonnée aux réductions de peine ne permet pas à cette mesure de sûreté de remplir pleinement sa fonction préventive, alors que la surveillance de sûreté, au contraire, est calquée sur l'évolution de la dangerosité du délinquant et, partant, indéterminée dans sa durée.

421. Nature juridique de la surveillance de sûreté. Parmi les mesures de surveillance existant en droit positif français, la surveillance de sûreté représente, sans doute aucun, la mesure de sûreté par excellence. Fondée exclusivement sur la dangerosité de l'intéressé et le risque de commission d'infractions qui en découle, cette mesure illimitée dans sa durée peut s'adapter à l'évolution de l'état dangereux de la personne. Elle ne cessera ainsi que lorsque la dangerosité aura cessé et peut, de ce fait, devenir perpétuelle. Son applicabilité rétroactive n'est, par conséquent, pas surprenante et sa validation par le Conseil constitutionnel vient

¹ J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

confirmer sa nature juridique. Ayant un contenu identique aux autres mesures de surveillance, elle est la seule d'entre elles qui peut déployer pleinement sa fonction préventive grâce à un régime plus souple. La mesure n'est cependant, malgré la cohérence de son régime, pas à l'abri des foudres de la Cour européenne des droits de l'homme car celle-ci veille au respect des libertés fondamentales indépendamment des qualifications internes.

L'institution de la surveillance de sûreté, par laquelle le législateur a sans doute voulu contourner les obstacles inhérents à la surveillance judiciaire et au suivi socio-judiciaire, a soulevé certaines critiques. Ainsi, elle a pu être considérée comme « une véritable "entourloupe juridique" qui avait pour but et a eu pour résultat d'abuser le Conseil constitutionnel : alors qu'il n'avait, en 2005, accepté la rétroactivité de la surveillance judiciaire que parce qu'elle était de durée limitée aux réductions de peine octroyées mais non révoquées, en 2008, il n'avait pas cillé de ce que son clone exact [...] puisse être perpétuel [...] tout en rétroagissant »¹. La JNRS a, naturellement, confirmé la qualification retenue en affirmant que « *la surveillance de sûreté [...] constitue non une peine mais une mesure de sûreté* »².

422. Nature juridique du PSEM : finalité préventive et respect des droits fondamentaux. En ce qui concerne le PSEM, les textes prennent le soin de préciser que la mise en œuvre de ce dispositif, homologué par le ministre de la Justice, doit garantir le respect de la dignité, de l'intégrité et de la vie privée de la personne et favoriser sa réinsertion sociale³. Or, s'agissant du respect de la vie privée, force est de constater que par la nature même de la mesure, et du fait que le boîtier électronique soit fixé au corps de l'intéressé et le suive partout, il est inévitable que la mesure révèle certains aspects de sa vie privée⁴. En outre, le dispositif porte nécessairement atteinte à la dignité de la personne qui y est soumise, dans la mesure où elle sera fortement restreinte dans ses activités et ses choix vestimentaires, ne pouvant découvrir la cheville ou se rendre à la piscine ou à la plage ; sans parler de la limitation qu'engendre un tel dispositif dans le développement de relations sociales, sentimentales, voire familiales. Enfin, pour ce qui est de l'intégrité physique, il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que le port du bracelet est sans danger pour l'anatomie de la personne.

¹ M. Herzog-Evans, « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *art. cit.*, p. 2146 s.

² JNRS, 1^{er} juil. 2010, n° 10JNRS001, *préc.*

³ Art. 763-12, al. 3 CPP.

⁴ J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

La finalité de réinsertion visée par le texte est commune à toutes les mesures de sûreté¹. Il n'est toutefois pas certain que le port d'un tel bracelet, visible dans nombreuses situations de la vie quotidienne, permette réellement de favoriser la réinsertion, compte tenu de l'effet stigmatisant qu'il peut entraîner. Ainsi, le professeur Herzog-Evans souligne que le PSEM comporte un boîtier bien visible, « qu'il faut porter très près du corps faute de quoi il déclenche une alarme fort sonore » et que « ceci se produit en pratique très souvent rendant la vie impossible aux placés, qui ne peuvent se déplacer, encore moins travailler dans des conditions acceptables »².

La prévention de la récidive passe donc ici par la dissuasion individuelle au moyen de la surveillance et du contrôle, la personne qui porte le bracelet électronique étant consciente du fait qu'en cas de commission d'une nouvelle infraction, elle sera rapidement soupçonnée grâce à sa géolocalisation. Or, si une prévention réussie à long terme suppose avant tout la réinsertion du délinquant dans la société, cet aspect semble quelque peu délaissé par la mesure dont le caractère probatoire n'est pas suffisamment marqué. Il est à noter également qu'en pratique, la mesure n'empêche aucunement le passage à l'acte par l'auteur, puisqu'aucune obligation découlant de la mesure ne concerne son comportement ou son activité à proprement parler. Le bracelet permet uniquement un repérage géographique des individus surveillés. En somme, l'insertion ou la réinsertion sociale semble davantage freinée que favorisée par la mesure. La circulaire CRIM. du 28 janvier 2008³ recommande, à ce titre, la mise en place d'un accompagnement socio-éducatif très vigilant pour ces condamnés dont la dangerosité ainsi que le risque de récidive sont avérés. Le contrôle du respect de ses obligations par la personne placée est confié au service pénitentiaire d'insertion et de probation, la personne étant ainsi en contact avec des travailleurs sociaux dont la mission se limite néanmoins essentiellement à des contrôles et vérifications. Le PSEM pourra toutefois s'accompagner de mesures resocialisatrices découlant de la mesure de sûreté dans le cadre de laquelle il s'inscrit.

424. Qualification de mesure de sûreté. La nature juridique du PSEM a suscité des hésitations de la part des parlementaires, certains le qualifiant de peine en raison de la

¹ Bien qu'un auteur affirme, de manière critiquable, le contraire : « [...] l'émetteur sera "destiné à favoriser (la) réinsertion sociale" de son porteur, ce qui est à la fois improbable et contradictoire avec la nature de mesure de sûreté du PSEM : seules les peines ont une vocation resocialisante » : M. Herzog-Evans, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *op. cit.*, p. 182 s.

² M. Herzog-Evans, « Le premier placé sous PSEM à Paris restreint à un pâté de maison », *art. cit.*, p. 509 s.

³ Circ. CRIM 08-05/E3 du 28 janvier 2008, relative au placement sous surveillance électronique mobile, NOR : JUSD0802234C.

restriction importante qu'il apporte à la liberté d'aller et venir et de son impact sur la vie de famille. Ainsi, affirment-ils, « bien qu'ayant un aspect préventif, [le PSEM] ne peut pas être conçu comme une simple mesure de sûreté et [...] doit être clairement rattaché à la notion de peine »¹. Ils ajoutent encore qu'il serait contraire à la tradition juridique française de le concevoir comme une mesure de sûreté s'appliquant après l'exécution de la peine.

Or, s'il apparaît, en effet, que la tradition juridique française n'est pas en ce sens, rien ne s'oppose à son évolution vers une reconnaissance formelle des mesures de sûreté. Si ces dernières peuvent effectivement constituer une atteinte importante à la liberté d'aller et venir, au droit à la vie privée et au respect de la dignité humaine, il ne faut pas oublier qu'elles doivent être strictement soumises au principe de nécessité et de proportionnalité des sanctions pénales². Leur durée potentiellement très longue dans un but de prévention de la récidive et protection de la société doit ainsi faire l'objet d'une mise en balance avec les libertés individuelles. Compte tenu du fait que le délinquant aura déjà purgé sa peine fondée sur la culpabilité, il appartiendra au juge de veiller à ce que la mesure concrètement appliquée ne soit pas disproportionnée par rapport au danger que représente l'individu pour la collectivité. Dès lors qu'elle est entourée de garanties suffisantes, prononcée par la juridiction de jugement et contrôlée régulièrement par la juridiction de l'application des peines, une telle mesure ne semble pas être source d'insécurité juridique.

Le législateur a ainsi opté pour la qualification de mesure de sûreté tout en rattachant, de manière peu cohérente, le PSEM tantôt au suivi socio-judiciaire – qualifiée de peine complémentaire – en tant que modalité d'exécution de la peine, tantôt à d'autres mesures de sûreté en tant qu'obligation particulière de celles-ci. La possibilité d'adapter la mesure par un assouplissement progressif de l'intensité de la surveillance permettra, en dépit de son caractère principalement sécuritaire, de favoriser la réintégration de l'individu dans la société en tenant compte de ses efforts de réadaptation et de l'évolution de sa dangerosité. La nature de mesure de sûreté ne fait aucun doute.

Le Conseil d'État, en se prononçant sur le décret n° 2006-385 du 30 mars 2006, pris en application de la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales du 12 décembre 2005, a eu l'occasion d'affirmer que le PSEM ne constituait ni une peine, ni une sanction au sens de l'article 7 de la CESDH³. Partant, son application immédiate dans le cadre

¹ G. Fenech, *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Rapport préc.

² V. *infra*, n° 649 s.

³ CE, 1^e et 2^e ss-sect., 12 déc. 2007, n° 293993, *Section française de l'Observatoire international des prisons*.

de la libération conditionnelle et de la surveillance judiciaire ne méconnaît pas le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère découlant de ce texte.

Le Conseil constitutionnel a, lui aussi, validé l'application rétroactive de cette mesure lorsqu'elle est rattachée à la surveillance judiciaire, en s'appuyant sur sa nature juridique, précisant qu'elle est dépourvue de caractère punitif¹.

425. Propos conclusifs sur les mesures de surveillance françaises. Comme le constate la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, « outre l'adoption des mesures de sûreté, l'extension concomitante du domaine d'application du suivi-socio judiciaire comme du domaine de l'injonction de soins a abouti à l'édification d'un ensemble législatif particulièrement complexe, où peines et mesures de sûreté se confondent dans leurs effets et où se croisent les problématiques des soins contraints et celles des mesures de surveillance »².

Après l'étude de ces différentes mesures de surveillance, le constat de la nécessité d'une refonte du système des mesures de sûreté françaises et d'une harmonisation de leur régime – ou, plutôt, de l'élaboration d'un régime – s'impose. Une seule mesure de surveillance pourrait notamment remplacer toutes celles qui existent, sous des noms différents, au contenu identique, lesquelles se recoupent, se superposent et dont les régimes d'application prêtent à la plus grande confusion. La surveillance de sûreté étant la seule mesure de sûreté qui, conformément à sa finalité préventive, est d'une durée indéterminée, elle a vocation à venir supplanter la surveillance judiciaire et le suivi socio-judiciaire, mesures dont elle constitue la copie conforme quant à son contenu et dont elle prend déjà la relève lorsque celles-ci s'avèrent insuffisantes pour prévenir la récidive de la personne dangereuse. Il serait ainsi envisageable, voire souhaitable, d'unifier toutes les mesures de surveillance sous la désignation de surveillance de sûreté avec un régime présentant une certaine souplesse. Notons, enfin, qu'une nouvelle peine alternative à l'emprisonnement, la « contrainte pénale », a été adoptée par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*³, ressemblant dans une large mesure au sursis

¹ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 16 s.

² Ministère de la justice, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, groupe Bibliographie du Comité d'organisation, Fiche 3 : *La restructuration du droit pénal autour de la notion de dangerosité*, p. 108 s.

³ Pour les commentaires de cette loi, v. not. *Gaz. Pal.*, 19-21 oct. 2014, Numéro spécial « *Loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales* », n° 292 à 294 ; *Gaz. Pal.*, 22-23 mai 2015, Numéro spécial « *La réforme pénale. Journée d'étude sur la loi du 15 août 2014* », n° 142 à 143 ; V. Peltier, « Les "boîtes à outils" de Madame Taubira », *JCP G*, n° 36, 1^{er} sept. 2014, p. 883 s. ; P. Poncela, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *RSC*, 2014, chron. p. 611 s. ; J. Pradel, « Un législateur bien imprudent. – À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G*, 2014, doct. 952 ; J.-H. Robert, « Nouvelles peines. – Punir en milieu libre », *JCP G*, 2014, 934, p. 1605 s. ; du même auteur, « Réforme pénale.

avec mise à l'épreuve et au suivi socio-judiciaire¹. Or, ne serait-il pas préférable de rationaliser les mesures de surveillance déjà existantes et de régler leur articulation avec la peine, en laissant, par exemple, au juge la possibilité de décider de l'ordre d'exécution des différentes réponses pénales, accordant éventuellement la priorité à la surveillance en milieu libre afin d'éviter des privations de liberté inutiles ?

Peut-être pourrait-on s'inspirer pour cela de leur homologue allemand, la surveillance de conduite (*Führungsaufsicht*) ; dont la qualité de mesure de sûreté n'est pas contestée.

§ 2 : La mesure de surveillance probatoire allemande : la surveillance de conduite ou *Führungsaufsicht*

426. Présentation de la mesure. La surveillance de conduite est entrée en vigueur en 1975 et est considérée comme s'inscrivant dans la droite ligne de la surveillance policière (*Polizeiaufsicht*)². Le projet de code pénal de 1962 prévoyait l'instauration d'une « surveillance de sûreté » (*Sicherungsaufsicht*) visant pour la première fois, à côté des auteurs « dangereux », les auteurs « en danger »³. Faisant ainsi transparaître la finalité resocialisatrice de la mesure, le projet accordait toutefois une importance prédominante à sa fonction sécuritaire. Le projet alternatif de 1969⁴ a davantage valorisé l'aspect resocialisateur de la mesure et finalement abouti à la loi du 4 juillet 1969⁵ qui a introduit la *Führungsaufsicht*⁶ (surveillance de conduite) dans le code pénal à partir du 1^{er} janvier 1975⁷. Le terme retenu tend à souligner l'aide apportée au délinquant, plus que la surveillance dont il fait l'objet.

Faisant partie des mesures de sûretés inscrites dans le code pénal allemand, elle a vocation à intervenir à la suite d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté. Il s'agit donc d'une mesure de sûreté à part entière mais qui ne pourra jamais s'appliquer de

– Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pén.*, 2014, étude 16 ; B. Sayous et R. Cario, « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ pénal*, 2014, p. 461 s.

¹ V. plus en détail, *infra*, n° 572.

² Prévues aux § 38 et 39 de l'ancien code pénal.

³ Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Strafgesetzbuches* (StGB) E 1962, 4 oct. 1962, Bonn, Drucksache IV/650, p. 209 et 221.

⁴ *Alternativentwurf* 69, 17 nov. 1967, BT-Drucksache V/2285.

⁵ *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (Deuxième loi de réforme du droit pénal), 4 juil. 1969, *préc.*

⁶ Retouchée par la loi du 2 mars 1974, *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, *BGBI.* I, p. 469.

⁷ La mesure a fait l'objet d'une grande réforme par la loi du 13 avril 2007: *Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, *préc.*

manière complètement autonome. S'agissant d'une sanction préventive, elle trouve son fondement non dans la culpabilité de l'infracteur, mais dans sa dangerosité.

427. Finalités de la mesure. La mesure tend à protéger la collectivité de la personne dangereuse – ou en danger – en la surveillant, tout en lui apportant l'aide nécessaire à sa réinsertion. En fonction du contenu des obligations prononcées par le juge¹, la priorité pourra être donnée à la finalité sécuritaire ou à la finalité resocialisatrice. Les deux organes principaux chargés de sa mise en œuvre, l'agent de probation et l'autorité de contrôle, contribuent à ces différentes finalités. En pratique, le premier est essentiellement responsable du soutien de la personne, le second de sa surveillance. Le travail des différents intervenants, tous sous l'autorité du juge qui peut leur adresser des ordres, est constamment coordonné de manière à favoriser le succès de la mesure. Leurs attributions se recoupent et l'agent de probation assiste l'autorité de contrôle dans la surveillance de la personne². Certains auteurs pensent que c'est la fonction resocialisatrice de la mesure qui prévaut³, d'autres la considèrent au contraire comme une « détention en milieu ouvert » (*ambulante Verwahrung*)⁴, voire comme une « détention de sûreté en milieu ouvert perpétuelle »⁵. La jurisprudence a souligné l'importance du volet sécuritaire de la mesure⁶ ; mais elle a également eu l'occasion d'insister sur le soutien et l'assistance qu'une telle mesure apporte au condamné⁷.

Il semble donc important de trouver un juste équilibre entre ces deux finalités, de façon à ne pas entraver la resocialisation de la personne par une surveillance trop stricte. Lorsque toute perspective de réinsertion paraît cependant compromise, la mesure peut se trouver réduite à sa fonction protectrice de la société en mettant l'accent sur la surveillance et le contrôle⁸.

Le domaine d'application de la surveillance de conduite est tellement large et varié et les catégories de personnes visées sont tellement diverses que la mesure a pu être considérée

¹ Sur le contenu de la mesure, v. *infra*, n° 437 s.

² V. § 68a StGB.

³ H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2013, Remarques préliminaires sur les §§ 68 à 68g, n° 10.

⁴ A. Sinn, in : H. J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (dir.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*, Heymanns, 8^e éd., 2012, § 68, n° 2.

⁵ H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, Remarques préliminaires sur les §§ 68 à 68g, n° 1.

⁶ OLG Karlsruhe, 15 janv. 1981, 1 Ws 304/81, GA, 1981, p. 269 ; et 28 janv. 1987, 1 Ws 9/87, GA, 1987, p. 410.

⁷ OLG Hamm, 6 août 2009, 3 Ws 252/09.

⁸ W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, § 68, n° 3.

comme un « bouche-trou » des carences du système de réponses pénales¹. Elle concerne aussi bien le criminel libéré après dix années d'internement de sûreté² que l'infracteur qui a bénéficié d'un sursis probatoire à l'exécution d'une cure de désintoxication en raison d'un pronostic favorable³ ou le condamné qui a intégralement purgé sa peine en raison de sa dangerosité⁴, pour ne citer que quelques exemples. Le régime (A) et le contenu (B) de la mesure témoignent de son champ d'application vaste.

A. Le régime juridique de la surveillance de conduite

428. Les conditions d'application de la surveillance de conduite (1) varient selon qu'elle est d'application facultative ou de plein droit, sa durée (2) pouvant tantôt être limitée dans le temps, tantôt indéterminée.

1. Les conditions d'application de la mesure

429. Surveillance facultative. La mesure peut être prononcée par le juge, en plus de la peine privative de liberté, lorsque la personne est condamnée pour une infraction faisant encourir une peine privative de liberté à temps d'une durée minimale de six mois (au sens d'une peine plancher) et pour laquelle la loi prévoit expressément la possibilité d'une telle mesure, si le condamné présente le risque de commettre d'autres infractions⁵. Il convient de distinguer la condition objective de la condition subjective de la mesure.

430. Condition objective : les infractions faisant encourir la mesure. La liste des infractions permettant le prononcé de la mesure a été allongée au fur et à mesure des réformes successives, notamment par la loi du 26 janvier 1998 concernant les infractions sexuelles⁶. Le dispositif exigeant une peine à temps, la mesure est exclue si la peine encourue est perpétuelle. La peine effectivement prononcée devra être également d'au moins six mois, la mesure étant par conséquent nécessairement ordonnée en plus d'une peine et jamais de

¹ *Ibid.*, n° 1.

² § 67d, al. 3 StGB.

³ § 67b, al. 2 StGB.

⁴ § 68f StGB.

⁵ § 68, al. 1^{er} StGB. Notons que la surveillance facultative ordonnée par le juge occupe une place moins importante dans la pratique que sa forme applicable de plein droit : v. W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, op. cit.*, § 68, n° 2.

⁶ Prévues à la partie 13 du code pénal.

manière autonome. Elle peut néanmoins accompagner une peine prononcée avec sursis probatoire¹.

431. Condition subjective : la dangerosité de l'individu. Le risque que la personne commette d'autres infractions doit correspondre à une forte probabilité et non une simple possibilité ou éventualité². Lorsque la mesure s'applique parallèlement à un sursis probatoire à l'exécution d'une peine – supposant un pronostic favorable – cette probabilité semble toutefois difficile à évaluer. Le danger pour la collectivité émanant du délinquant doit, en outre, présenter une certaine continuité avec les infractions commises par lui et la surveillance est ainsi limitée au domaine de la prévention d'infractions d'une certaine gravité³. Certains auteurs considèrent cependant qu'il suffit que ces infractions entretiennent un lien symptomatique avec celles déjà commises⁴.

En ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité de la personne, la doctrine majoritaire estime qu'elle doit se situer au moment du jugement sans prendre en compte l'évolution éventuelle de la situation du condamné pendant sa détention, que le juge ne saurait prévoir⁵. Il peut cependant paraître critiquable qu'une mesure fondée sur la dangerosité soit précédée de l'exécution d'une peine susceptible de faire évoluer cette dangerosité, sans pour autant que celle-ci puisse être réexaminée au moment où la mesure sera effectivement mise en application. Cela est d'autant plus vrai que le juge ne pourra mettre fin à la mesure avant un délai de deux ans⁶ même si elle s'avère inutile. Son prononcé étant facultatif, le juge devra, en tout état de cause, apprécier la nécessité de la mesure et opter, le cas échéant, pour des moyens moins attentatoires aux libertés individuelles, tels que l'aide d'un agent de probation dans le cadre du sursis probatoire à l'exécution de la peine⁷.

432. Surveillance applicable de plein droit : présomption de dangerosité. La surveillance s'applique de plein droit dans trois types de cas : après l'exécution intégrale d'une peine privative de liberté, en même temps qu'un sursis probatoire (*Aussetzung zur*

¹ § 68g StGB.

² W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, op. cit.*, § 68, n° 6.

³ V. H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, § 68, n° 7.

⁴ J.-M. Jehle, in: H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier (dir.), *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar, Heymann, 2009*, § 68, n° 6.

⁵ V. p. ex. K.-H. Groß, in: O. Hohmann, C. D. Classen, K. Miebach *et al.* (dir.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, 2^e éd.*, Munich, Beck, 2012, § 68, n° 9.

⁶ § 68e, al. 2, phrase 2 StGB.

⁷ § 56d StGB.

Bewährung) à l'exécution d'une mesure de sûreté privative de liberté et, enfin, en cas de libération définitive après la cessation d'une mesure de sûreté.

En premier lieu, la mesure est automatiquement applicable aux personnes libérées de prison après avoir purgé intégralement une peine d'une durée d'au moins deux ans pour une ou plusieurs infractions intentionnelles ou d'une durée d'au moins un an pour une ou plusieurs des infractions prévues au § 181b StGB (infractions de nature sexuelle)¹. Ces personnes sont appelées *Vollverbüßer*, ce qui signifie qu'elles n'ont bénéficié d'aucune mesure de faveur telle qu'un sursis ou une libération conditionnelle (*Nichtaussetzung des Strafrestes*) ou qu'une telle mesure a été révoquée et la peine par conséquent entièrement exécutée. Cette exécution intégrale étant généralement associée à un mauvais pronostic sur la dangerosité de la personne, on veut éviter que celle-ci recouvre la liberté sans aucune mesure transitoire.

La personne libérée est alors présumée dangereuse pour la collectivité – nécessitant, de ce fait, une aide à la réinsertion² – et c'est seulement à titre d'exception que le texte prévoit l'hypothèse contraire, auquel cas la juridiction de l'exécution des peines pourra décider expressément que la personne ne sera pas soumise à une surveillance de conduite parce qu'elle ne présente pas le risque de commettre d'autres infractions³. La question de la dispense de la mesure doit être examinée d'office par le juge, même en l'absence de demande de la part de l'intéressé. L'application de plein droit ne vaut cependant pas dans l'hypothèse où une mesure de sûreté ou une seconde peine privatives de liberté seraient exécutées directement à la suite de la peine de prison⁴, la surveillance, pour être effective, supposant la libération du condamné⁵. Elle peut alors s'appliquer à l'issue de la dernière peine exécutée.

La Cour constitutionnelle a validé la mesure en décidant qu'elle ne constituait pas une violation du principe *ne bis in idem*, puisqu'elle trouve son fondement dans la dangerosité persistante de la personne libérée⁶.

Une dispense du prononcé de la mesure intervient assez rarement dans la pratique, la jurisprudence précisant que cette possibilité revêt un caractère exceptionnel⁷. Le doute profite

¹ § 68f, al. 1, phrase 1 StGB. La disposition concernant la peine privative de liberté d'au moins un an pour des infractions sexuelles a été ajoutée par la loi du 26 janv. 1998 relative à la lutte contre les infractions sexuelles et autres infractions dangereuses (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*), *préc.*

² V. p. ex. KG Berlin, 31 août 2005, 1 AR 895/05, 5 Ws 389/05.

³ § 68f, al. 2 StGB.

⁴ § 68f, al. 1, phrase 2 StGB.

⁵ OLG Hamm, 6 sept. 2000, 2 Ws 231/00, *NStZ-RR*, 2001, p. 59.

⁶ BVerfG, 15 août 1980, 2 BvR 495/80, BVerfGE 55, 28.

⁷ OLG Düsseldorf, 6 févr. 1989, 3 Ws 850/88, *MDR*, 1990, p. 356.

alors à la collectivité et non au délinquant libéré, et, de manière générale, on constate que les juges interprètent l'exécution de la totalité de la peine comme un mauvais pronostic de réinsertion sociale (*Sozialprognose*)¹, signe de la dangerosité subsistante de la personne². Si, toutefois, le pronostic est favorable à l'intéressé, le juge a l'obligation de lever l'application de la mesure, sans avoir à respecter la durée minimale de deux ans³.

En deuxième lieu, la mesure est d'application automatique lorsqu'une mesure de sûreté privative de liberté est assortie du sursis (*Aussetzung zur Bewährung*) – dès son prononcé⁴ ou ultérieurement⁵.

En troisième lieu, elle s'applique lorsque la mesure privative de liberté prend fin, que ce soit parce la durée maximale est atteinte ou parce que ses conditions ne se trouvent plus réunies⁶. À la suite de cette libération, la juridiction peut toutefois décider que la personne ne sera pas soumise à une surveillance de conduite si l'on peut s'attendre à ce qu'elle ne commette pas d'autres infractions⁷.

433. Question du cumul de plusieurs mesures de surveillance. On s'aperçoit alors que dans certains cas, deux mesures de surveillance peuvent venir se superposer, lorsque l'une résulte d'une décision juridictionnelle et l'autre de plein droit de la loi, ou encore lorsque deux mesures s'appliquent de plein droit sur des fondements différents. Après de longues hésitations jurisprudentielles et doctrinales, la question du cumul a été tranchée par la loi du 13 avril 2007⁸ qui dispose que la mesure prend fin lorsque débute une nouvelle surveillance de conduite⁹. La loi du 22 décembre 2010¹⁰ a apporté quelques précisions supplémentaires. Si une nouvelle surveillance s'ajoute à une surveillance d'une durée indéterminée ou à une surveillance résultant du sursis à l'exécution d'une mesure privative de liberté, c'est au juge d'annuler la nouvelle mesure si elle est dépourvue d'utilité¹¹. Mais le juge peut également annuler l'ancienne mesure, si celle-ci résultait d'un sursis probatoire, lorsqu'une nouvelle

¹ OLG Zweibrücken, 11 nov. 2009, 1 Ws 248/09 ; OLG Cologne, 13 avr. 2012, 2 Ws 197/12.

² OLG Hamm, 13 nov. 2007, 4 Ws 496 et 498/07.

³ W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, § 68f, n° 12.

⁴ § 67b StGB.

⁵ § 67c, al. 1 et 2 StGB.

⁶ § 67d, al. 3 StGB concernant l'internement de sûreté; § 67d, al. 4 et 5 concernant l'internement en établissement de désintoxication; § 67d, al. 6 concernant l'internement en hôpital psychiatrique.

⁷ § 67d, al. 6, phrase 3 StGB.

⁸ *Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung, préc.*

⁹ § 68e, al. 1, phrase 1, n° 3 StGB.

¹⁰ *Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter, préc.*

¹¹ § 68e, al. 1, phrase 4 StGB.

surveillance vient s'y ajouter¹. Le texte prend même le soin de préciser que lorsqu'une surveillance de conduite vient remplacer une surveillance antérieure², le juge doit inclure les obligations découlant de cette dernière dans le cadre de la nouvelle mesure³.

Ceci précisé, il convient de s'intéresser à la durée la durée de la surveillance de conduite.

2. La durée de la mesure

434. Durée déterminée ou indéterminée. Le texte règlementant l'application de la mesure indique une durée minimale et une durée maximale, la surveillance pouvant durer, en principe, entre deux et cinq années⁴. Le juge n'est pas tenu de se prononcer expressément sur sa durée, celle-ci étant de cinq années si rien n'est indiqué dans le jugement. Il peut toutefois retenir une durée inférieure tout en respectant le minimum de deux ans.

Ce principe souffre cependant de nombreuses exceptions si bien que la mesure peut, en réalité, revêtir une durée indéterminée⁵. Tout d'abord les juges peuvent prononcer une surveillance sans limitation de durée lorsque la personne ne donne pas son consentement à l'obligation prévue au § 56, alinéa 3, n° 1 StGB (suivre un traitement impliquant une atteinte corporelle ou une cure de désintoxication), ou lorsqu'elle ne suit pas, de manière régulière, une telle obligation ou une thérapie obligatoire, et qu'elle est dangereuse pour la société parce qu'elle risque de commettre d'autres infractions graves⁶. Si l'intéressé donne son consentement au traitement ultérieurement, le juge fixe, à ce moment-là, la durée de la mesure de surveillance⁷. Le texte ne précise cependant pas si la durée déjà exécutée est, dans ce cas, déduite de la durée maximale de la mesure.

Le juge peut également prolonger la mesure de manière indéterminée lorsqu'elle résulte d'un sursis à l'internement en hôpital psychiatrique⁸ et qu'il existe des raisons de craindre qu'autrement, la personne libérée ne tomberait, à nouveau, dans un des états prévus aux § 20 ou § 21, c'est-à-dire une abolition ou une altération de son discernement, en raison duquel elle serait dangereuse pour la collectivité⁹.

¹ § 68e, al. 1, phrase 3 StGB.

² En vertu du § 68e, al. 1, phrase 1, n° 3 StGB.

³ § 68b, al. 4 StGB.

⁴ § 68c StGB.

⁵ La possibilité d'ordonner une surveillance sans limitation de durée a été introduite par la loi du 26 janvier 1998 (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*), préc.

⁶ § 68c, al. 2 StGB.

⁷ § 68c, al. 2, phrase 2 StGB.

⁸ Prévu au § 67d, al. 2.

⁹ § 68c, al. 3, phrase 1, n° 1 StGB.

Enfin, la faculté de prolongation indéterminée est réservée au juge si, en raison de la violation d'une des obligations ordonnées dans le cadre de la mesure ou de tout autre fait précis, il existe des indices concrets indiquant la dangerosité de la personne pour la collectivité¹. La surveillance de conduite peut même faire l'objet d'une prolongation rétroactive², et ce même après l'écoulement de sa durée maximale de cinq années, si le condamné a été informé de cette possibilité avant la fin de la mesure et si la procédure de prolongation est menée rapidement³.

De manière générale, les décisions relatives à la durée de la mesure peuvent intervenir après son commencement⁴, pour modifier sa durée ou transformer une surveillance indéterminée en une mesure à temps, ou inversement⁵.

435. Contrôle périodique de la nécessité du maintien de la mesure. Lorsque la surveillance de conduite n'a pas de limitation de durée, le juge doit vérifier sa nécessité après l'écoulement d'un certain délai⁶. Ce délai est de cinq ans si l'indétermination de la mesure résulte du non-consentement à une thérapie, à un traitement ou à une cure de désintoxication ou du non-respect de ces derniers. Dans les autres cas, le contrôle doit intervenir avant l'écoulement de deux années. Si le juge décide de maintenir la mesure, un nouveau contrôle devra alors avoir lieu au bout de deux ans. Le juge peut évidemment opérer ces contrôles plus fréquemment, d'office ou sur demande de l'intéressé, et il doit notamment le faire si apparaissent des raisons de croire que la personne n'est plus dangereuse.

Si la mesure est prononcée en même temps qu'une peine privative de liberté ou une interdiction professionnelle avec sursis probatoire, le juge peut ordonner la suspension de la surveillance pendant le délai de probation, la durée du sursis n'étant pas déduite de la durée de la surveillance⁷. Cette disposition constitue une exception à la règle selon laquelle le régime de la surveillance prévaut sur celui du sursis en cas de cumul entre les deux. À l'issue du délai de probation, la mesure prend fin si la personne bénéficie d'une remise de la peine (*Straferlass*, § 56 g StGB) ou si l'interdiction professionnelle cesse, à moins que la mesure de surveillance ne soit à durée indéterminée⁸.

¹ § 68c, al. 3, n° 2 StGB. Le dispositif prévoit alors en outre certaines conditions objectives.

² § 68d, al. 1 StGB.

³ OLG Rostock, 2 mai 2013, Ws 119/13.

⁴ § 68d, al. 1 StGB.

⁵ V. § 68c StGB.

⁶ V. § 68e, al. 3 StGB.

⁷ § 68g, al. 2 StGB.

⁸ § 68g, al. 3 StGB.

436. Cessation de la surveillance. Le juge met fin à la mesure si l'on peut s'attendre à ce que la personne ne commette plus d'infractions en l'absence de la surveillance¹, le but de la mesure étant alors atteint. Il doit s'agir d'une très grande probabilité en ce sens, car contrairement à la libération conditionnelle ou au sursis, la décision de mettre fin à la mesure de surveillance est définitive et ne peut être révoquée. Si l'on se rend compte que la surveillance constitue même plutôt une entrave à la resocialisation de la personne, cela penchera en faveur de la fin de la mesure.

La décision de mettre un terme à la mesure ne peut, cependant, intervenir avant l'écoulement de la durée minimale de la mesure qui est de deux années. Cette règle est critiquable en ce qu'elle est en contradiction avec la nature préventive de la mesure de sûreté, supposant son adaptabilité constante à l'évolution des circonstances². L'argument selon lequel la surveillance de conduite devenue inutile peut alors être vidée de son contenu en réduisant les obligations au minimum³ ne saurait convaincre pour justifier le fait qu'une mesure de sûreté qui n'est plus nécessaire continue de recevoir application. La solution est différente pour la surveillance de conduite applicable de plein droit, laquelle peut faire l'objet d'une levée avant même sa mise en œuvre⁴.

En outre, la mesure prend fin lorsque débute l'exécution d'une mesure de sûreté ou d'une peine privative de liberté, ou encore avec le début d'une nouvelle surveillance de conduite⁵. Elle perd en effet sa raison d'être si la personne est enfermée et une superposition de deux mesures de surveillance serait inutile. La priorité est donc accordée à la privation de liberté, d'autant qu'à l'issue de l'enfermement, une nouvelle surveillance de conduite pourra s'appliquer.

Intéressons-nous à présent au contenu de la mesure.

¹ § 68e, al. 2 StGB.

² H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, op. cit., § 68e, n° 9.

³ V. W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar*, 28^e éd., op. cit., § 68e, n° 4.

⁴ § 68f, al. 2 StGB. Il n'est toutefois pas certain que le juge puisse encore mettre fin à cette mesure avant le délai de deux ans une fois qu'elle a commencé à s'appliquer.

⁵ § 68e, al. 1 StGB, modifié par la loi du 13 avril 2007 (*Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht*), préc.

B. Le contenu de la surveillance de conduite

437. Obligations positives ou négatives prévues par la loi. La loi prévoit une liste de douze obligations particulières de faire ou de ne pas faire que le juge peut imposer à la personne surveillée¹, pour une durée déterminée ou pour toute la durée de la mesure. Parmi la liste légale, le juge peut choisir une ou plusieurs obligations, ou bien aucune, selon les besoins de l'individu. Cette liste a été considérablement allongée par la loi du 13 avril 2007 et une obligation particulièrement sévère, le placement sous surveillance électronique (*elektronische Überwachung*)², a été ajoutée par la loi du 22 décembre 2010³. On y trouve, par exemple, l'interdiction de quitter son domicile ou une zone déterminée sans autorisation de l'autorité de contrôle, l'interdiction de fréquenter certains lieux, l'interdiction de fréquenter, contacter, embaucher ou héberger certaines personnes ou des personnes appartenant à un certain groupe, ou encore l'obligation de se présenter régulièrement auprès d'un médecin, d'un psychothérapeute ou d'un consultant externe en psychiatrie légale (*forensische Ambulanz*).

La surveillance électronique mobile ne requiert pas le consentement du condamné s'il a purgé dans son intégralité une peine privative de liberté d'au moins trois ans ou a été interné en vertu d'une mesure de sûreté qui a pris fin. Il faut en outre que la peine ou mesure privative de liberté ait été la conséquence de la commission d'une ou de plusieurs des infractions énumérées au § 66, alinéa 3, phrase 1 StGB (relatif à l'internement de sûreté) et que la personne présente le risque de commettre de nouveau des infractions de cette nature – ce qui restreint le domaine de la mesure aux personnes les plus dangereuses. Outre le contrôle renforcé que cet instrument de surveillance permettra d'exercer sur l'activité du délinquant et sur son respect des autres obligations spécifiques résultant de la surveillance de conduite, il devrait aussi remplir une fonction de prévention spéciale en dissuadant la personne de contrevenir à nouveau à la loi. Un effet stigmatisant de cette mesure est cependant à redouter, qui entraverait la resocialisation efficace de la personne surveillée.

¹ § 68b, al. 1 StGB.

² Cette mesure est à distinguer de la mesure du « bracelet électronique » (*elektronische Fußfessel*) existant dans certains des *Länder* en tant qu'alternative à la privation de liberté, comme p. ex. en Bade-Wurtemberg, où la loi du 31 juillet 2009 (*Gesetz über elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe* (EAStVollzG; GBl. 2009, 360)) permet d'exécuter la peine d'emprisonnement, en tout ou partie, à domicile avec une surveillance électronique pour préparer la remise en liberté.

³ Cette surveillance électronique, introduite simultanément à la réforme de l'internement de sûreté, a, en particulier, vocation à s'appliquer aux individus devant être libérés après plus de dix ans d'internement, en application de l'arrêt *M. c. Allemagne (préc.)*, dès lors qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un internement thérapeutique (v. J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 181).

438. Autres obligations librement choisies par le juge. Cette liste n'est cependant pas exhaustive, le texte indiquant que le juge peut prononcer d'autres obligations¹ concernant notamment la formation, le travail, les loisirs, la régularité des relations économiques ou le paiement des pensions alimentaires. Le juge peut encore obliger l'auteur à suivre un traitement psychothérapeutique, des soins ou une cure de désintoxication, et/ou à se soumettre à des contrôles de sa consommation d'alcool ou de stupéfiants. Tout traitement comportant une atteinte physique est soumis au consentement de l'intéressé², ce qui n'est donc pas le cas pour une simple thérapie, dont le succès dépend toutefois en grande partie de l'adhésion de l'intéressé. Ces obligations ne sont, contrairement à celles qui sont énumérées à l'alinéa précédent, pas sanctionnables pénalement, mais leur respect devrait s'imposer soit par la menace de la révocation d'un sursis, soit par la possibilité pour le juge d'ajouter d'autres obligations plus contraignantes, soit, enfin, par le simple espoir de profiter d'une levée de la mesure de surveillance. Le consentement qui est requis ou la motivation personnelle à suivre une thérapie ne sont donc pas toujours réels ou totalement libres, puisque le non-consentement ou le non-respect de la mesure pourront avoir des conséquences importantes pour l'auteur. La liste n'étant qu'indicative, le juge peut avoir recours à d'autres obligations.

439. Détermination du contenu. Certains auteurs insistent sur le fait que le juge doit faire preuve de retenue et de réalisme lorsqu'il choisit les obligations applicables, afin d'éviter que leur respect ne soit voué à l'échec³. Les obligations ne doivent ainsi pas être disproportionnées ou insupportables pour la personne⁴ et les mesures de contrôle ne doivent pas entraver sa resocialisation. Pour être efficaces, il est en outre important que les obligations soient adaptées à la situation personnelle de l'auteur, aux infractions qu'il a commises et à celles qu'il risque de réaliser⁵. Les décisions relatives aux obligations peuvent intervenir après le début de la mesure⁶ et le juge peut ainsi être amené à adapter le contenu de celle-ci à la situation du condamné.

440. Sanction de la méconnaissance des obligations découlant de la mesure. La violation des obligations particulières découlant de la surveillance de conduite, lorsqu'elle

¹ § 68b, al. 2 StGB.

² § 68b, al. 2, phrase 4 StGB.

³ H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, op. cit., § 68b, n° 3.

⁴ § 68b, al. 3 StGB.

⁵ V. OLG Dresde, 11 sept. 2009, 2 Ws 409/09 ; OLG Jena, 2 mars 2006, 1 Ws 66/06.

⁶ § 68d, al. 1 StGB.

compromet la finalité de la mesure, est passible d'une peine privative de liberté de trois ans et d'une peine d'amende¹. Il faut démontrer un lien de causalité entre la violation de l'obligation et le risque de commission d'infractions, un risque général sans rapport avec cette violation précise n'étant pas suffisant pour que l'on prenne une sanction. L'initiative des poursuites doit émaner de l'autorité de contrôle, ce qui limite, dans la pratique, le recours à la punition. Le principe d'une peine privative de liberté venant sanctionner la violation d'une mesure de sûreté non privative de liberté est particulièrement sévère et témoigne du caractère sécuritaire de cette mesure. En raison de la sévérité de cette peine, elle devrait constituer l'*ultima ratio* et n'intervenir qu'après un avertissement de la personne par l'autorité de contrôle².

En vertu du principe de précision des infractions pénales, l'obligation que la personne méconnaît doit être suffisamment concrète et spécifique pour permettre l'intervention de la sanction. Le juge qui prescrit les obligations doit, par conséquent, veiller à apporter des précisions par rapport au texte légal qui est formulé de manière trop vague, sans pour autant être tenu de motiver sa décision³. De surcroît, sont seules concernées les obligations énumérées au § 68b, alinéa 1^{er} StGB, celles contenues dans le 2^e alinéa n'étant pas décrites de manière assez précise par la loi et ne pouvant donc constituer la base d'une infraction pénale sans contrevenir au principe de légalité. Le tribunal qui fixe les obligations doit informer l'intéressé de la possibilité de sanctionner leur non-respect⁴, à défaut de quoi celui-ci ne sera pas punissable⁵ en l'absence d'élément intentionnel de l'infraction.

Lorsque la surveillance intervient dans le cadre d'un sursis probatoire à l'exécution d'une mesure ou d'une peine privatives de liberté, la violation des obligations particulières, et, *a fortiori*, la commission d'une infraction ou le risque de la commission d'infractions en raison de l'état de la personne, peut conduire à la révocation de ce sursis et la mesure ou peine est alors mise à exécution⁶. La mesure de sûreté l'est également si des circonstances apparues pendant la surveillance rendent l'enfermement nécessaire⁷. Dans ce cas, la poursuite pénale à raison de la violation des obligations de la surveillance perd son utilité ; l'autorité de contrôle

¹ § 145a StGB.

² V. K.-H. Groß, in: O. Hohmann, C. D. Classen, K. Miebach *et al.* (dir.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, op. cit.*, § 68a, n° 16.

³ V. OLG Hambourg, 19 févr. 1985, 2 Ss 205/84, *NJW*, 1985, p. 1232 ; K.-H. Groß, in: O. Hohmann, C. D. Classen, K. Miebach *et al.* (dir.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, op. cit.*, § 145a, n° 8 s.

⁴ § 268a, al. 3, phrase 2 StPO.

⁵ K.-H. Groß, in: O. Hohmann, C. D. Classen, K. Miebach *et al.* (dir.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, op. cit.*, § 145a, n° 12.

⁶ § 67g, al. 1 et 2 StGB pour les mesures privatives de liberté ; § 56f, al. 1, n° 2 StGB pour l'emprisonnement.

⁷ § 67g, al. 3 StGB.

dispose toutefois d'un pouvoir d'appréciation. La chambre de l'exécution des peines peut de toute façon renoncer à la révocation si elle juge l'application d'une peine préférable¹.

441. Interrogations soulevées par la surveillance de conduite. Globalement, on observe au cours de la période récente un durcissement de la mesure, que ce soit par l'élargissement de son domaine d'application, l'allongement de la liste des obligations ou la possibilité d'une intervention en cas de crise². Or la surveillance de conduite peut soulever des doutes sur sa compatibilité avec le principe *ne bis in idem*³. Accompagnant systématiquement une autre sanction pénale, et concernant en grande partie des délinquants qui ont purgé la totalité de leur peine, elle peut être perçue comme une deuxième sanction du même fait – voire d'une troisième, lorsqu'elle intervient à la suite d'une peine privative de liberté et d'un internement de sûreté de dix années. L'argument de la nécessaire protection de la collectivité contre la personne qui demeure dangereuse après une première sanction soulève des doutes quant à la proportionnalité de la mesure⁴, d'autant plus lorsqu'elle est à durée indéterminée⁵.

Si la mesure a sans doute un impact positif sur le nombre de sursis probatoires accordés aux personnes détenues en vertu d'une mesure de sûreté, on peut tout de même douter de sa nécessité. Ainsi, il serait peut-être plus simple d'assortir le sursis probatoire de mesures d'assistance et de contrôle avec un suivi assuré par les agents probatoires, et la révocation du sursis pourrait intervenir indépendamment de la surveillance de conduite, comme en matière de sursis à l'exécution de la peine.

En ce qui concerne la surveillance des personnes ayant exécuté intégralement une peine privative de liberté, un auteur s'interroge sur l'efficacité d'une mesure imposée contre la volonté du principal intéressé⁶. L'automatisme de la mesure dans certains cas soulève également des interrogations sur son utilité. Il serait certainement préférable de limiter son domaine aux personnes réellement dangereuses, en laissant au juge le soin de la prononcer dans les cas où elle est nécessaire, afin de la rendre plus efficace.

¹ V. H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, § 68g, n° 3.

² § 67h StGB (*Befristete Wiederinvolzugsetzung; Krisenintervention*).

³ Posé à l'article 103, al. 3 Loi fondamentale.

⁴ § 62 StGB.

⁵ V. H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, § 68, n° 15.

⁶ H. Ostendorf, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, § 68, n° 19 et 20.

442. Conclusion de la Section 2. L'étude des différentes mesures de surveillance probatoires existant en droit français appelle plusieurs remarques. D'une part, il est étonnant de constater qu'un grand nombre de dispositifs au contenu quasi identique coexistent sous des qualifications juridiques variées. Cette superposition de mesures qui s'apparentent à des clones, mais qui sont tantôt dénommées peines, tantôt mesures de sûreté, rend la matière incohérente. Dès lors qu'il apparaît clairement que ces sanctions obéissent à la logique des mesures de sûreté, on peut se demander si le législateur entretient volontairement la confusion avec les peines et dans quel but. D'autre part, la question se pose de savoir pourquoi le législateur n'opte pas, au lieu de multiplier des mesures similaires, pour une seule mesure de surveillance qui regrouperait les dispositifs existants. C'est la solution adoptée par le législateur allemand qui a inséré au code pénal la « surveillance de conduite » dont il adapte le contenu et le régime au gré de l'évolution du droit pénal.

Globalement, on observe que dans les deux pays, les mesures de surveillance sont potentiellement perpétuelles, pendant que la liste des obligations qui les composent a progressivement été allongée. On y trouve notamment une surveillance électronique mobile, depuis 2005 en France et depuis 2010 en Allemagne. De même, la méconnaissance de ces obligations peut aboutir à une nouvelle privation de liberté et la liste des infractions faisant encourir la surveillance a été allongée au cours de ces dernières années. On assiste donc à un durcissement des droits pénaux français et allemand dans le domaine des mesures de surveillance. Celles-ci constituent cependant une alternative moins contraignante aux mesures privatives de liberté et il semble essentiel de mettre l'accent sur cette subsidiarité.

En définitive, le concept d'une mesure de surveillance unique, applicable dans une multitude d'hypothèses avec un régime unifié et un contenu individualisable, semble préférable à l'amoncellement des dispositifs rendant la matière complexe et illisible. Le législateur français devrait, de toute évidence, songer à une refonte profonde et réfléchie de la matière.

À côté de ces mesures de surveillance probatoires, il existe de multiples mesures privatives ou restrictives de droits fondées sur l'état dangereux. Contrairement aux premières, elles n'impliquent généralement pas d'obligation positive à la charge de l'intéressé mais imposent, avant tout, une abstention ou une privation afin de neutraliser cet état dangereux.

Section 3 :

Les mesures privatives ou restrictives de droits

443. Diversité et multitude des mesures existantes. Les mesures qui entraînent la privation ou la restriction d'un droit existent tantôt sous la qualification de peine alternative ou complémentaire, tantôt sous celle d' « interdiction, déchéance ou incapacité ». L'article 131-10 du Code pénal dispose ainsi 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 [...] ».

Elles s'apparentent pourtant davantage à des mesures de sûreté, à l'instar de l'annulation du permis de conduire et de l'interdiction professionnelle qui sont expressément qualifiées comme telles par le code pénal allemand. En raison de l'importance quantitative et de l'extrême variété de ces mesures, l'étude se concentrera sur une partie seulement d'entre elles, notamment sur celles qui constituent des mesures de sûreté en droit allemand¹. Néanmoins, la liste de ces dernières étant relativement courte, une limitation à celles-ci nous paraît trop restrictive.

Il s'agit, pour toutes ces mesures de sûreté, de neutraliser un état dangereux émanant soit d'une personne, soit d'un objet, de sorte que l'on peut distinguer entre les mesures personnelles (§ 1) et les mesures réelles (§ 2).

§ 1 : Les mesures attachées à la personne du délinquant ou mesures personnelles

444. Choix des mesures étudiées. Le raisonnement adopté pour les mesures étudiées pourra être transposé aux mesures semblables qui ne feront pas l'objet d'une analyse détaillée. Sera ainsi étudiée notamment la mesure d'annulation ou de suspension du permis de conduire, mais non celle du permis de chasser, qualifiée de mesure de police et de sécurité publique par

¹ Il est à noter que d'autres sanctions qui s'apparentent à des mesures de sûreté existent également en droit allemand sous la forme des « conséquences accessoires » de l'infraction (*Nebenfolgen der Tat*) : les « conséquences statutaires » (*Statusfolgen*, § 45 à 45b StGB) : la perte de la capacité à exercer une fonction publique (*Verlust der Amtsfähigkeit*), de l'éligibilité (*der Wählbarkeit*) et du droit de vote (*Stimmbarkeit*). Il y a aussi les déchéances (*Verfall*, § 73) du profit de l'infraction.

la Cour de cassation¹. Sera également développée l'analyse des interdictions professionnelles, mais non celle des mesures d'interdiction suivantes : l'interdiction du territoire qui constitue, selon la jurisprudence, « une mesure de police à objet préventif, exclusivement destinée à protéger l'ordre et la sécurité publics »², pouvant, de ce fait, rétroagir ; l'interdiction de séjour qui nonobstant sa qualification légale et jurisprudentielle de peine³, s'apparente davantage à une mesure de sûreté⁴ et emporte interdiction pour l'intéressé de paraître en des lieux déterminés par le juge ; enfin, l'interdiction de fréquenter certaines personnes ou de détenir ou porter une arme. S'agissant des injonctions de soins, elles seront traitées ultérieurement⁵, mais ont également été évoquées, à plusieurs reprises, dans le cadre des autres mesures étudiées⁶. Les mesures de sûreté personnelles sont applicables aussi bien aux délinquants pénalement responsables (A) que, pour certaines d'entre elles, aux personnes pénalement irresponsables (B).

A. Les mesures applicables aux délinquants pénalement responsables

445. Parmi les mesures applicables aux délinquants responsables, on trouve l'annulation et la suspension du permis de conduire (1) ainsi que les interdictions professionnelles (2), qui sont qualifiées de peines par le droit français. Elles s'apparentent cependant à des mesures de sûreté et sont d'ailleurs fréquemment qualifiées telles par la jurisprudence. Cette qualification est confortée par le droit allemand qui les compte parmi les mesures de sûreté inscrites dans le code pénal.

¹ Cass. crim., 23 nov. 1982, n° 82-92183, *Bull. crim.*, n° 265 ; Cass. crim., 8 nov. 1988, n° 87-90889. Au sens de ces arrêts, l'amnistie ne s'applique pas, en l'absence de disposition spéciale de la loi, à la suspension du permis de chasser, cette sanction constituant non une peine, mais une mesure de police et de sécurité publique.

² Cass. crim., 1^{er} févr. 1995, n° 94-81098. Certains auteurs la qualifient également de mesure de sûreté : v. not. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 653, p. 510 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, 3^e éd., Ellipses, 2014, n° 535, p. 563 ; R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 185.

³ V. l'art. 11 de l'ancien Code pénal ; l'art. 131-31 du Code pénal actuel ; Cass. crim., 28 mars 1950, *Rev. pénit.*, 1951, p. 550 ; Cass. crim., 7 nov. 1956, *Bull. crim.*, n° 715 ; Cass. crim., 2 févr. 1983, *Bull. crim.*, n° 44 ; Cass. crim., 29 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 135.

⁴ En ce sens, v. not. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 590, p. 470 ; n° 639, p. 503 ; P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, Droit pénal général, op. cit.*, n° 518, p. 429 (« son but (éviter la récidive du condamné) lui donne largement l'aspect d'une mesure de sûreté », ce qui justifie pour ces auteurs l'application immédiate de toute réforme concernant l'exécution de l'interdiction de séjour) ; J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 657, p. 548. V. aussi G. Levasseur, « Une mesure qui va prendre son vrai visage : l'interdiction de séjour », *RSC*, 1956, p. 1 s., spéc. p. 2 : « l'interdiction de séjour est bien certainement une mesure de sûreté et n'a jamais été autre chose » ; J.-P. Céré, « Peine (nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 41. *Contra*, pour une qualification de peine, v. not. F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 817, p. 782 ; M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, n° 426.11, p. 463 ; J.-L. Lennon, « Interdiction de séjour », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-31 et 131-32, Fasc. 20, 14 juin 2008, n° 5.

⁵ V. *infra*, n° 573 s.

⁶ V. not., *supra*, n° 401.

1. L'annulation et la suspension du permis de conduire/ *die Entziehung der Fahrerlaubnis*

446. L'annulation et la suspension du permis de conduire existant en droit français (a) sont comparables à leur homologue allemand (b).

a. L'annulation et la suspension du permis de conduire en droit français

447. **Présentation.** Le Code de la route prévoit, dans un Titre II consacré au permis de conduire, les mesures d'annulation, de suspension, de rétention et d'interdiction de délivrance du permis de conduire. Le code prévoit également l'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur, y compris ceux pour la conduite desquels le permis de conduire n'est pas exigé, pendant une durée de cinq ans au plus, ainsi que l'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière. À l'égard des conducteurs condamnés pour une infraction susceptible de donner lieu à ces sanctions, mais qui ne sont pas titulaires du permis de conduire, ces mesures sont remplacées par la peine d'interdiction d'obtenir la délivrance du permis de conduire pour la même durée¹.

Toutes ces sanctions sont qualifiées de peines complémentaires par le législateur bien que leur finalité, consistant à garantir la sécurité routière, plaide plutôt en faveur de la qualification de mesure de sûreté. C'est d'ailleurs cette dernière qualification qui est retenue en droit allemand pour l'annulation du permis avec interdiction d'en solliciter un nouveau². En ce qui concerne cependant l'interdiction de conduire les véhicules terrestres à moteur, elle est qualifiée de peine également en Allemagne, ce qui peut paraître critiquable au regard de sa finalité purement préventive.

448. **Champ d'application.** L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis est prévue, par le Code pénal, pour tout délit puni d'une peine d'emprisonnement ou d'amende, à titre de peine alternative pour une durée maximale de cinq ans³ ou de peine complémentaire lorsque la loi le prévoit¹. Ces dispositifs

¹ Art. L. 224-12 C. route.

² V. *infra*, n° 454 s.

³ Art. 131-6 CP pour l'alternative à l'emprisonnement et art. 131-7 pour l'alternative à l'amende. Notons que dans le premier de ces textes, le législateur qualifie les sanctions énumérées de « *peines privatives ou restrictives de liberté* », ce qui paraît mal adapté à leur contenu, ne contenant aucune privation de liberté et

prévoient, de la même manière, la suspension du permis de conduire² et l'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur. Le législateur détermine les infractions pour lesquelles ces peines complémentaires sont encourues en précisant leur durée. Il en va ainsi pour les crimes et délits d'atteinte à la vie³ ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne⁴, ainsi que pour un certain nombre d'infractions prévues par le Code de la route, aux articles L. 233-1-1 et suivants, ayant un rapport avec la circulation routière. Selon les cas, ces sanctions sont facultatives ou s'appliquent de plein droit. Dans cette dernière hypothèse, le juge n'a alors pas de pouvoir d'individualisation de la sanction, ne disposant que du pouvoir de fixer la durée de la mesure dans les limites légales, ce qui n'est même pas possible lorsque le dispositif précise que « *l'interdiction est portée de plein droit à dix ans* » (article 221-8 du CP), le juge ne pouvant fixer la durée de la mesure en deçà. Il peut seulement, par décision spécialement motivée, prévoir que cette interdiction est définitive.

449. Point de départ de l'exécution de la mesure. La Cour de cassation estime qu'il résulte des articles L. 224-16 et L. 224-17 du Code de la route que l'exécution d'une mesure d'interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis de conduire à la suite de l'annulation de ce document ne prend effet qu'à compter du jour de la notification de la mesure par l'agent de l'autorité chargé de l'exécution, et non à compter du moment où l'arrêt de condamnation est devenu définitif⁵. En ce qui concerne la suspension du permis de conduire, alors que la Cour décidait naguère que cette mesure prenait effet à l'égard du condamné au jour de la notification de la décision prononçant la mesure⁶, elle estime aujourd'hui que la mesure ne prend effet que du jour de la restitution du permis à l'agent de l'autorité publique chargé de l'exécution de la mesure⁷.

entraînant plutôt des restrictions ou privations de droits. C'est d'ailleurs la qualification de « *peines privatives ou restrictives de droits* » qui est choisie dans le second de ces textes.

¹ Art. 131-10 CP.

² Il résulte des articles 131-14 et 131-16 CP que la suspension du permis et l'interdiction de conduire peuvent être prévues en matière contraventionnelle. L'article 624-1 CP prévoit ainsi une suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire en cas de violences volontaires n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail.

³ Art. 221-8 CP.

⁴ Art. 222-44 CP.

⁵ Cass. crim., 28 nov. 2012, n° 12-82183, *Bull. crim.*, n° 263. V. également Cass. crim., 17 févr. 1998, n° 96-86257, *Bull. crim.*, n° 60, p. 162.

⁶ Cass. crim., 24 mai 1966, n° 66-90176, *Bull. crim.*, n° 158.

⁷ Cass. crim., 12 mars 2008, n° 07-85965, *Bull. crim.*, n° 62.

Les différentes sanctions peuvent être déclarées exécutoires par provision, à titre de mesure de protection¹. Cette mesure de protection prend alors effet « à compter du jour où le prévenu en a eu légalement connaissance, ce qui vaut notification de la mesure »². Il en va de même lorsque ces sanctions sont prononcées en tant que « *peines alternatives* »³. La Cour de cassation considère que l'exécution provisoire des peines complémentaires de suspension ou d'annulation du permis de conduire n'est pas incompatible avec la présomption d'innocence découlant des dispositions de l'article 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'elle s'attache à une peine prononcée par la juridiction répressive après que celle-ci a constaté la culpabilité du prévenu⁴.

Comme le rappelle la Haute juridiction⁵, tout conducteur dont le permis de conduire a été annulé et qui sollicite la délivrance d'un nouveau permis doit avoir été reconnu apte à conduire après un examen ou une analyse médicale, clinique, biologique et psychotechnique effectué à ses frais⁶ et produire, à l'appui de sa demande, un certificat médical attestant qu'il n'est atteint d'aucune affection incompatible avec la délivrance du permis de conduire de la catégorie sollicitée et qu'il a satisfait à un examen psychotechnique⁷.

450. Procédure de relèvement. La suspension du permis de conduire peut faire l'objet de la procédure de relèvement de droit commun résultant des articles 132-21 CP et 702-1 CPP, ou être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle⁸, sauf si cette possibilité est expressément exclue par la loi pour le délit commis⁹.

La jurisprudence a en revanche décidé que le relèvement de la mesure d'annulation du permis de conduire n'était pas possible¹⁰, les juges pouvant seulement relever le condamné, en tout ou en partie, du délai avant l'expiration duquel il ne peut solliciter un nouveau permis, à condition que l'annulation n'ait pas été prononcée à titre principal¹¹. La Cour fonde cette

¹ Art. L. 224-13 C. route.

² Cass. crim., 25 févr. 1965, *D.*, 1965, p. 413, *JCP*, 1965, I, 14182, note Combaldieu; Cass. crim., 7 févr. 1990, *Dr. pén.*, 1990, p. 197; Cass. crim., 3 sept. 1998, n° 97-85613, *Bull. crim.*, n° 226, p. 654.

³ Art. 471, al. 4 CPP.

⁴ Cass. crim., 10 juil. 1996, n° 95-85785, *Bull. crim.*, n° 289, p. 892.

⁵ Cass. crim., 15 févr. 1994, n° 93-83473, *Bull. crim.*, n° 67, p. 140.

⁶ Art. L. 15, III et L. 224-14 C. route.

⁷ Art. R. 224-21 C. route, modifié par le décret n° 2012-886 du 17 juillet 2012.

⁸ V. les art. 702-1, al. 4 CPP et 131-6, al. 2, 1° CP.

⁹ Cela est le cas, notamment, pour les délits prévus par les articles 222-19-1, 222-20-1, 221-6-1 et 434-45 CP et les articles L. 233-1-1, L. 234-2, L. 234-8, L. 235-1 et L. 235-3 du C. route.

¹⁰ Cass. crim., 17 juin 1986, n° 85-94859, *Bull. crim.* n° 209, *RSC*, 1986, p. 844, obs. A. Vitu ; Cass. crim., 30 mai 1991, *préc.*; Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-81778, *Bull. crim.*, n° 25, p. 58.

¹¹ Cass. crim., 17 oct. 1991, n° 88-82809, *Bull. crim.*, n° 358, p. 893; *Gaz. Pal.*, 1992, p. 333, note J.-P. Doucet; *RSC*, 1992, p. 745, obs. A. Vitu; *RSC*, 1992, p. 779, obs. A. Braunschweig.

solution sur le « *caractère réel* » de la mesure¹ – qui semble pourtant discutable, la mesure étant avant tout rattachée à l’inaptitude de la personne à conduire et non à un objet dangereux. De la même manière, la Cour de cassation a précisé que l’annulation de plein droit du permis de conduire, en cas de condamnation pour conduite sous l’empire d’un état alcoolique en état de récidive, ne pouvait pas faire l’objet d’une telle décision de relèvement².

En tout état de cause, la demande de relèvement est entourée de conditions temporelles strictes, une première demande pouvant être formulée au moment de la décision initiale de condamnation pour les mesures applicables de plein droit seulement, et un délai de six mois devant être observé dans les autres cas et à la suite de chaque refus. Un auteur souligne très justement que ce délai peut s’avérer particulièrement contraignant, dans l’hypothèse où le condamné ne justifie pas d’un travail lors de l’audience initiale, ne pouvant dès lors pas bénéficier d’un relèvement pour ce motif, et devant éventuellement refuser un travail par la suite en attendant que le délai de six mois soit écoulé pour pouvoir formuler une nouvelle demande, ce qui vaut également pour chaque renouvellement de la demande³.

451. Sanction de la méconnaissance des mesures entraînant une interdiction de conduire. Le fait pour toute personne, malgré la notification qui lui aura été faite d’une décision prononçant à son encontre la suspension, la rétention, l’annulation ou l’interdiction d’obtenir la délivrance du permis de conduire, de conduire un véhicule à moteur pour lequel une telle pièce est nécessaire, est puni de deux ans d’emprisonnement et de 4.500 euros d’amende⁴. Ce délit fait également encourir, entre autres, la suspension du permis, l’interdiction de conduire et l’obligation d’accomplir un stage de sensibilisation à la sécurité routière, ainsi que, s’il est commis à la suite d’une suspension ou rétention du permis, l’annulation de ce dernier, avec interdiction de solliciter la délivrance d’un nouveau permis pendant trois ans au plus. Les mêmes peines, à l’exception de l’interdiction de conduire, sont encourues si la personne refuse de restituer le permis suspendu ou annulé à l’agent de l’autorité chargé de l’exécution de la décision de suspension ou d’annulation⁵. La suspension du permis n’aura évidemment d’intérêt, après une annulation préalable, que si l’intéressé acquiert un nouveau permis auquel cette suspension pourra s’appliquer. Or, il est à noter que l’article 434-41 CP dispose qu’est punie de deux ans d’emprisonnement et de 30.000 euros

¹ Cass. crim., 17 juin 1986, n° 85-94859, *préc.*

² Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-81778, *préc.*

³ P. Péliissier, « Circulation routière », *Rép. pén. Dalloz*, mai 2004, mise à jour : janv. 2014, n° 195.

⁴ Art. L. 224-16, al. 1 C. route.

⁵ Art. L. 224-17, al. 1 C. route.

d'amende la violation, par le condamné, des obligations ou interdictions résultant des peines de suspension ou d'annulation du permis de conduire et d'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur. Il y a donc une évidente contradiction entre ces textes d'incrimination qu'il conviendrait d'harmoniser.

Même si la personne ayant subi une annulation du permis de conduire conduit après l'expiration de la période pendant laquelle il lui a été fait interdiction d'obtenir la délivrance d'un nouveau permis, c'est la qualification de délit de conduite malgré l'annulation du permis de conduire qui s'applique¹ et non le délit de conduite sans permis qui est moins sévèrement puni².

452. Effets à l'égard des détenteurs d'un permis de conduire étranger. En vertu d'une jurisprudence constante, « *l'annulation d'un permis de conduire français entraîne nécessairement l'interdiction du droit de conduire sur le territoire national, quand bien même le prévenu serait titulaire d'un permis délivré par un autre État membre de l'Union européenne* »³. En se référant aux règles européennes relatives à l'harmonisation des droits en matière de permis de conduire, la Cour a donc établi une règle visant à régir les situations où un permis de conduire étranger serait échangé contre un permis de conduire français frappé d'une mesure d'annulation, assurant ainsi l'effectivité de la condamnation judiciaire d'invalidation ou d'annulation du permis de conduire. Notons cependant que la Cour s'est livrée à une interprétation restrictrice de la directive européenne, dans la mesure où l'intéressé n'était, en l'espèce, plus sous le coup de l'interdiction de solliciter un nouveau permis de conduire. En pareil cas, la Cour de justice de l'Union européenne estime que le permis étranger doit être reconnu dans les autres États membres⁴.

453. Qualification juridique. En dépit de leur apparence de mesures de sûreté, ces mesures sont qualifiées par la loi de peines. Le Conseil constitutionnel juge la mesure d'annulation du permis de conduire conforme à l'article 8 de la DDHC et non contraire au

¹ Cass. crim., 15 juin 1994, n° 93-85662, *Bull. crim.*, n° 241, p. 580.

² Art. L. 221-2 C. route : un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende.

³ Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 12-83112, *D.*, 2013, p. 2523. La Cour avait décidé, dans un premier temps, que « *l'invalidation du permis de conduire français entra[înait] nécessairement l'interdiction du droit de conduire sur le territoire national français, quand bien même le prévenu serait-il titulaire d'un permis délivré par un autre État ou d'un permis international* » : Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-83564, *Bull. crim.*, 2007, n° 42 ; Cass. crim., 14 mai 2008, n° 08-80841, *Bull. crim.*, 2008, n° 111 ; Cass. crim., 7 sept. 2010, n° 09-88057, *Dr. pén.*, 2010, comm. 124, note J.-H. Robert. Puis, elle a étendu la règle aux hypothèses d'annulation du permis : Cass. crim., 8 janv. 2013, n° 12-80501, *Bull. crim.*, n° 3.

⁴ CJCE, 26 juin 2008, aff. jtes C-329/06 et C-343/06, *Wiedemann et Funk* ; et CJCE, 26 juin 2008, aff. Jtes C-334/06, C-335/06 et C-336/06, *Zerche, Seuke et Schubert*. V. plus en détail, *infra*, n° 460.

principe de personnalisation de la sanction pénale qui en découle¹. Il considère en effet qu'« en instituant une peine obligatoire directement liée à un comportement délictuel commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule, l'article L. 234-13 du Code de la route vise, aux fins de garantir la sécurité routière, à améliorer la prévention et renforcer la répression des atteintes à la sécurité des biens et des personnes provoquées par la conduite sous l'influence de l'alcool » (cons. 4). Le Conseil poursuit que « si, conformément aux dispositions de l'article L. 234-13 du code de la route, le juge qui prononce une condamnation pour de telles infractions commises en état de récidive légale est tenu de prononcer l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis de conduire, il peut, outre la mise en œuvre des dispositions du code pénal relatives aux dispense et relevé des peines, fixer la durée de l'interdiction dans la limite du maximum de trois ans ; que, dans ces conditions, le juge n'est pas privé du pouvoir d'individualiser la peine » (cons. 5). On peut toutefois se demander si le principe d'individualisation, déjà fortement restreint dans l'hypothèse soumise au contrôle du Conseil, est toujours respecté dès lors que la mesure est non seulement d'application obligatoire, mais de surcroît pour une durée fixe de dix années. En tout état de cause, l'annulation du permis de conduire est donc qualifiée de peine par le Conseil constitutionnel.

La Cour de cassation qualifie en revanche l'annulation du permis de conduire de mesure de sûreté, estimant que si l'amnistie découlant de l'article 6 de la loi du 4 août 1981 entraîne par application de son article 19, alinéa 3, la remise des peines complémentaires de suspension ou d'interdiction de délivrance du permis de conduire, il en est autrement de l'annulation du permis de conduire, non visée audit texte, qui, en tant que mesure complémentaire de police et de sécurité publique, est acquise dès lors que la condamnation qui l'a prononcée est définitive². De manière plus générale, elle a eu l'occasion d'affirmer que « la suspension et l'annulation du permis de conduire, ainsi que l'interdiction de la délivrance d'un permis, [...] constitu[ai]ent [...] moins des peines proprement dites que des mesures de police et de sécurité publique et [devaient] être en conséquence maintenues »

¹ Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-40 QPC, *Annulation du permis de conduire* (relative à l'article L. 234-13 C. route) : *J.O.* 30 sept. 2010, p. 17782 ; *Constitutions*, 2011, p. 531, obs. A. Darsonville ; *JCP G*, 2010, 1149, note A. Lepage et H. Matsopoulou ; *D.*, 2010, Pan. 2732, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 2011, p. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 122, obs. J.-H. Robert ; *AJ pénal*, 2010, p. 501, obs. J.-B. Perrier ; *RSC*, 2011, p. 182, obs. B. de Lamy ; *ibid.* p. 193, chron., Ch. Lazerges ; *Procédures*, comm. 387, obs. J. Buisson ; cons. 2 à 5.

² Cass. crim., 21 déc. 1987, n° 86-96529, *Bull. crim.*, n° 473, p. 1245.

nonobstant la loi d'amnistie¹. Elle a également pu d'affirmer que la suspension du permis de conduire était une « *mesure de police et de sécurité publique* » qui ne suppose pas, pour être prononcée, que l'intéressé soit titulaire du permis à la date de l'infraction motivant la mesure².

Bien que le fondement de ces mesures se trouve dans le danger que le conducteur représente pour autrui, la Cour de cassation n'exige pas que les juges du fond justifient leur décision par des motifs spéciaux³, l'application de cette « *mesure de police et de sûreté* » se trouvant suffisamment justifiée par la condamnation intervenue⁴. La condition de la dangerosité ne figure d'ailleurs pas expressément dans le dispositif légal prévoyant la mesure.

Les différents traits du fonctionnement de cette institution semblent donc bien manifester qu'il s'agit d'une mesure de sûreté⁵, dès lors qu'elle vise à éliminer, pendant un certain temps, des conducteurs dangereux de la circulation routière, l'usage d'un véhicule leur ayant permis la commission d'une infraction dont il s'agit d'empêcher le renouvellement⁶. La comparaison avec le droit allemand conforte ce constat.

b. L'annulation du permis de conduire en droit allemand : *die Entziehung der Fahrerlaubnis*

454. Présentation de la mesure. Alors qu'elle était à l'origine une mesure purement administrative, l'annulation du permis de conduire a été insérée dans le code pénal allemand en tant que mesure de sûreté par la loi pour la sûreté de la circulation routière du 19 décembre

¹ Cass. crim., 20 oct. 1964, n° 62-92075, *Bull. crim.*, n° 268, à propos de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959 ; Cass. crim., 3 févr. 1967, n° 66-93732, *Bull. crim.*, n° 50, à propos de la loi d'amnistie n° 66-409 du 18 juin 1966 ; Cass. crim., 24 juil. 1967, n° 67-90215, *Bull. crim.*, n° 232, à propos de la loi d'amnistie n° 66-409 du 18 juin 1966 ; Cass. crim., 3 déc. 1970, n° 70-91421, *Bull. crim.*, n° 322, p. 788, à propos de la loi du 30 juin 1969 *portant amnistie* ; Cass. crim., 3 juil. 1975, n° 74-93045, *Bull. crim.*, n° 177, p. 485 ; Cass. crim., 27 janv. 1976, n° 75-91781, *Bull. crim.*, n° 31, p. 73, à propos de la loi n° 74-643 du 16 juillet 1974 *portant amnistie*.

² Cass. crim., 24 janv. 1963, n° 62-90120, *Bull. crim.*, n° 45 ; *Gaz. Pal.*, 1963, 1, p. 451.

³ Cass. crim., 20 juin 1963, n° 62-91709, *Bull. crim.*, n° 215.

⁴ Cass. crim., 3 déc. 1963, n° 62-92138, *Bull. crim.*, n° 343.

⁵ En ce sens, v. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 651, p. 509. L'auteur précise que la suspension judiciaire du permis de conduire est une peine lorsqu'elle est prononcée à titre de peine restrictive des droits de l'article 131-6 ou de l'article 1750 CGI ; dans les autres cas il s'agit essentiellement d'une mesure de sûreté. Et d'ajouter que la suspension administrative prévue à l'article L. 224-7 C. route et prononcée à titre provisoire revêt le caractère d'une mesure de sûreté puisqu'elle ne peut intervenir qu'en raison du danger que le conducteur présente au volant.

⁶ En ce sens, J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 698, p. 580. Il faut par conséquent opter pour la qualification de « peine » dans les hypothèses où l'annulation du permis vient sanctionner une infraction ne présentant aucun lien avec la conduite dangereuse d'un véhicule, comme en matière de trafic de stupéfiants (art. 222-44 CP) ou de fraude fiscale (art. 1750 CGI).

1952¹. La première loi de modification du droit pénal du 25 juin 1969² a introduit, pour cette mesure, une exception au principe de proportionnalité des mesures de sûreté³ et la deuxième loi de modification⁴ du 4 juillet 1969 a transféré le dispositif aux § 69 et suivants du code pénal. Cette mesure est à distinguer de l'interdiction de conduire (*Fahrverbot*)⁵ qui est une peine complémentaire consistant en l'interdiction, allant d'un à trois mois, de conduire un véhicule, laquelle doit, en principe, être prononcée dès lors qu'une infraction en rapport avec la circulation routière a été commise et qu'un retrait du permis n'est pas intervenu. Ces deux sanctions sont en effet exclusives l'une de l'autre, l'annulation du permis de conduire supposant, à la différence de l'interdiction de conduire, que la personne soit titulaire d'un tel permis.

La finalité de la mesure est de protéger les participants à la circulation routière contre les personnes s'étant révélées inaptes à conduire un véhicule automobile et présentant, de ce fait, un danger pour la sécurité routière et, par conséquent, pour la vie, l'intégrité physique ou les biens d'autrui. La mesure doit être guidée uniquement par la nécessité d'assurer la sécurité de la circulation routière et sa durée est donc indépendante de toute culpabilité de l'auteur. Elle s'accompagne d'une interdiction de solliciter un nouveau permis pendant une certaine durée.

455. Conditions objectives. La mesure suppose qu'ait été commis un acte contraire à la loi, sans qu'il soit pour autant nécessaire que l'auteur ait été condamné pénalement et fasse l'objet d'une peine. La mesure peut ainsi être prononcée en même temps qu'une dispense de peine ou en cas d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, dès lors que l'infraction est constituée et non prescrite⁶.

Il importe que cet acte ait été commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule automobile ou en rapport avec celle-ci, ou en violation des obligations incombant à tout automobiliste. Cette condition doit être entendue de manière stricte, conformément à la finalité de la mesure d'assurer la sécurité routière, en ce sens que l'auteur de l'acte doit avoir lui-même conduit le véhicule pendant la commission de l'infraction, laquelle sert de révélateur de son inaptitude à la conduite. Une infraction facilitée par la simple possession du

¹ *Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs*, 19 déc. 1952, *BGBI.* I, p. 832. La mesure a été créée à l'ancien § 42m StGB.

² *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts, préc.*

³ V. § 62 StGB.

⁴ *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts, préc.*

⁵ § 44 StGB.

⁶ V. F. Herzog et M. Böse, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 69 Entziehung der Fahrerlaubnis, n° 7 s.

véhicule ne saurait ainsi permettre le prononcé de la mesure¹. La Cour fédérale de Justice a fini par uniformiser sa jurisprudence sur ce point, mettant un terme à la contradiction existant auparavant entre les différentes chambres criminelles². Si une partie de la jurisprudence antérieure prononçait en effet la mesure pour la répression de la délinquance générale, sans qu'un lien spécifique entre l'infraction commise et la sécurité routière soit démontré, ce qui semblait contraire à la finalité particulière de la mesure³, la Grande chambre a affirmé, dans sa décision du 27 avril 2005, qu'il devait résulter de l'infraction commise une attitude consciente de la part de l'auteur qui compromet la sécurité routière au profit de ses intérêts criminels⁴. Enfin, l'infraction commise doit être d'une certaine importance, suffisamment grave pour représenter un danger pour la sécurité routière⁵.

456. Conditions subjectives. Le critère central et, dans le même temps, flou de la mesure est l'inaptitude de la personne à participer à la circulation routière. L'inaptitude à conduire un véhicule automobile peut résulter, avant tout, d'une déficience caractérielle (se manifestant par exemple par le fait de conduire en état d'ivresse), mais également de déficiences physiques ou mentales⁶. Elle doit se manifester à travers l'infraction commise et subsister au moment où le jugement est rendu⁷, les juges pouvant prendre en compte des circonstances

¹ Ainsi, la simple utilisation d'un véhicule automobile pour le transport de drogue ou le transport d'une victime d'une infraction à caractère sexuel, par exemple, ne démontre pas automatiquement l'inaptitude à conduire : v. pour des décisions n'ayant pas prononcé la mesure de sûreté : BGH, 24 août 2005, 1 StR 335/05, *StV*, 2006, p. 186 ; BGH, 21 juin 2005, 4 StR 28/05, *NJW*, 2005, p. 2933 ; pour des décisions ayant prononcé la mesure en raison du lien avec la sécurité routière, v. : BGH, 19 sept. 2005, 1 StR 296/05, *NStZ*, 2006, p. 334 ; OLG Karlsruhe, 5 sept. 2005, 1 Ws 169/05, *NStZ-RR*, 2006, p. 57.

² La position de la 4^e chambre sur ce point était qu'il est nécessaire de démontrer un lien spécifique entre l'infraction commise et l'altération de la sécurité routière : BGH, 5 nov. 2002, 4 StR 406/02 ; BGH, 17 déc. 2002, 4 StR 392/02 ; suivie de la 2^e chambre qui a adopté une interprétation restrictive du texte : BGH, 26 sept. 2003, 2 StR 161/03 ; la 5^e chambre s'est alignée sur cette position en précisant que le fait, pour le conducteur, de mettre sciemment la sécurité routière en péril pouvait entrer en ligne de compte pour l'appréciation du lien spécifique entre l'infraction et la sécurité routière : BGH, 28 oct. 2003, 5 ARs 67/03, *NStZ*, 2004, p. 148 ; BGH, 23 mai 2012, 5 StR 185/12, *NZV*, 2012, p. 495 ; tandis que la 1^{ère} chambre soutenait la position inverse, selon laquelle un délit de la délinquance générale ne devait pas nécessairement présenter un lien spécifique avec la circulation routière, dès lors que l'utilisation d'un véhicule a facilité la commission d'une infraction quelconque et qu'il en résulte automatiquement un danger potentiel pour la sécurité routière : BGH, 14 mai 2003, 1 StR 113/03 ; v. également pour la position antérieure de la 2^e chambre : BGH, 29 mai 1957, 2 StR 195/57, *BGHSt* 10, p. 333 - 337.

³ V. F. Herzog, « Aus dem Verkehr ziehen - Eine Maßnahme der allgemeinen Verbrechensbekämpfung? », *StV*, 2004, p. 151 s.

⁴ BGH (GS), 27 avr. 2005, GSSt 2/04, *NJW*, 2005, p. 1957, 1958.

⁵ Cela n'est pas le cas pour le conducteur qui, dans un état alcoolisé, déplace sa voiture à l'intérieur d'un parking pour libérer la place réservée aux personnes handicapées, parcourant ainsi une distance de moins de 25 mètres : AG Westerstede, 10 avr. 2012, 42 Cs 32/12 (375 Js 67793/11), *NZV*, 2012, p. 304.

⁶ Sur ces différentes hypothèses, v. F. Herzog et M. Böse, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 69 Entziehung der Fahrerlaubnis, n° 10 s.

⁷ BGH, 11 août 1998, 1 StR 328/98, *StV*, 1999, p. 18.

intervenues entre les faits et le jugement¹. Cette condition suppose donc que l'on puisse déduire de l'infraction commise une tendance de l'auteur à faire prévaloir ses propres intérêts sur les intérêts publics, de manière à mettre en danger la circulation². Il n'est pas suffisant de présumer un tel danger à partir d'une infraction quelconque, sans lien direct avec la circulation routière³. En revanche, il n'est pas requis que le délit commis soit directement lié à la réglementation routière, mais il suffit qu'il révèle une indifférence de l'auteur vis-à-vis de la sécurité routière collective⁴.

Outre le constat d'inaptitude, les juges doivent faire un pronostic sur la dangerosité future de l'auteur. Ce pronostic doit également reposer sur une appréciation globale des faits, de sa personnalité et des circonstances, mêmes apparues postérieurement à la commission l'infraction dès lors qu'elles permettent de tirer des conclusions sur la personnalité de l'agent au moment des faits⁵. Le diagnostic relatif à l'inaptitude peut servir de base pour le pronostic sur une dangerosité future de l'auteur à l'égard de la circulation routière⁶. L'inaptitude devant subsister au moment où la mesure est prononcée, le juge peut notamment prendre en compte le comportement exemplaire de l'intéressé en matière de circulation routière entre les faits et le jugement⁷, ou encore l'effet préventif produit par le retrait provisoire du permis de conduire (prononcé en vertu du § 111a StPO)⁸, surtout si la procédure est très longue⁹. Il n'est en revanche pas nécessaire d'établir un pronostic sur le degré de probabilité que l'individu commette à nouveau de telles infractions mettant effectivement en danger la sécurité routière¹⁰.

457. Preuve des conditions. L'inaptitude à conduire est présumée en présence d'un certain nombre d'infractions qui servent d'indicateur de la dangerosité routière, auquel cas les

¹ BGH, 14 déc. 1954, 3 StR 330/54, *BGHSt* 7, p. 165 s.

² BVerfG, 20 juin 2002, 1 BvR 2062/96, *NJW*, 2002, p. 2380. En l'espèce, l'individu consommait régulièrement du cannabis pendant ou avant la conduite du véhicule.

³ Il en va ainsi, par exemple, de la consommation ou détention occasionnelle ou isolée de cannabis sans lien avec la conduite automobile (BVerfG, 20 juin 2002, 1 BvR 2062/96, *préc.*) ; ou de la consommation régulière d'alcool sans participer à la circulation routière (VG Potsdam, 14 août 2007, 10 K 881/07) ; ou de la conduite d'un véhicule aquatique en état d'ivresse (LG Oldenburg, 7 août 2007, 250 Js 32998/07, 1 Qs 338/07, *NZV*, 2008, p. 50).

⁴ BGH (GS), 27 avr. 2005, GSSt 2/04, *NJW*, 2005, p. 1957, 1958.

⁵ BGH, 10 févr. 1961, 4 StR 546/60, *NJW*, 1961, p. 1269.

⁶ OLG Düsseldorf, 24 août 1998, 5 Ss 267/98, 59/98 I, *NZV*, 1999, p. 174 ; BGH, 14 déc. 1954, 3 StR 330/54, *préc.*

⁷ OLG Hamm, 30 déc. 2004, 4 Ss 438/04, *Verkehrsrecht aktuell*, 2005, p. 69.

⁸ BayObLG, 30 sept. 1970, RReg. 1 St 79/70, *NJW*, 1971, p. 206.

⁹ LG Münster, 8 août 2005, 15 Ns 82 Js 173/04, 9/05, *NZV*, 2005, p. 656.

¹⁰ BGH (GS), 27 avr. 2005, GSSt 2/04, *NJW*, 2005, p. 1957, spéc. 1959.

juges n'auront pas à la démontrer spécifiquement¹. Dès lors que les conditions légales se trouvent réunies, la mesure est alors d'application automatique. Les juges peuvent toutefois démontrer le contraire et renoncer au prononcé de la mesure s'ils estiment que l'auteur est, malgré tout, apte à la conduite, auquel cas ils doivent motiver spécialement leur décision. Il semblerait, toutefois, que devant le grand nombre d'infractions routières et l'engorgement des tribunaux, ces derniers optent plutôt pour l'application automatique de la mesure que pour une décision spécialement motivée en faveur de l'auteur².

Dans les autres cas, les juges du fond doivent vérifier que l'inaptitude de la personne à conduire résulte concrètement de l'infraction commise, en prenant en compte les circonstances et la personnalité de l'auteur³.

458. Dérogation au principe de proportionnalité. Le législateur précise, dans le dispositif relatif à l'annulation du permis de conduire, qu'un contrôle de proportionnalité de la mesure n'est pas requis dès lors que les conditions de son prononcé sont réunies⁴. Il arrive cependant que la jurisprudence prenne en considération la proportionnalité des conséquences de la mesure au moment de l'appréciation de l'inaptitude à conduire⁵. Si ce critère ne permet pas d'évaluer la dangerosité future de l'individu, sa prise en compte paraît primordiale pour les mesures de sûreté qui sont indifférentes à la culpabilité. Le fait pour le législateur de soustraire la mesure à tout contrôle de proportionnalité semble critiquable, son application n'étant alors guidée que par son utilité, mais dépouillée de toute possibilité d'individualisation⁶. Le dispositif régissant l'annulation du permis de conduire ne laisse d'ailleurs aucune place à la marge d'appréciation du juge, la mesure devant obligatoirement être prononcée lorsque les conditions légales se trouvent réunies. Les juges ne sauraient pas non plus ordonner la mesure de manière partielle⁷ ou pour une durée limitée⁸.

¹ Il s'agit des infractions mentionnées au § 69, alinéa 2 du code pénal.

² F. Herzog et M. Böse, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 69 Entziehung der Fahrerlaubnis, n° 21.

³ V. l'exposé des motifs de la loi pour la sécurité routière : *Amtliche Begründung zum 2. Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs, VkB1*. 1965, p. 201; BGH, 16 sept. 2003, 4 StR 85/03, StV, 2004, p. 128.

⁴ § 69, al. 1, phrase 2 StGB.

⁵ Ainsi, les juges ont-ils renoncé au prononcé de la mesure qui aurait entraîné pour l'intéressé la perte de son emploi : AG Gemünden, 1^{er} août 2011, 1 Cs 952 Js 6185/11, BA 2012, p. 50, 51.

⁶ F. Herzog et M. Böse, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 69 Entziehung der Fahrerlaubnis, n° 29.

⁷ BGH, 29 juin 1954, 5 StR 233/54, NJW, 1954, p. 1167; BGH, 8 déc. 1982, 3 StR 397/82, NStZ, 1983, p. 168.

⁸ V. C. Krumm, « Ausnahmen vom Entzug der Fahrerlaubnis und vom Fahrverbot », ZRP, 2010, p. 11.

459. Effets de la mesure. Le jugement définitif prononçant l'annulation du permis de conduire entraîne la privation immédiate et définitive du droit de conduire et le retrait de son support papier s'il a été délivré par les autorités allemandes¹, et, par conséquent, l'interdiction de conduire tous les véhicules nécessitant la détention d'un permis. La violation de cette interdiction tombe sous le coup de l'incrimination de la conduite sans permis de conduire prévue par le § 21 du code pénal, applicable également au propriétaire d'un véhicule qui ordonnerait ou autoriserait sa conduite par une personne dépourvue du permis.

L'annulation du permis de conduire s'accompagne systématiquement d'une interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis², visant à assurer l'effectivité de la mesure et allant de six mois à cinq ans. Dans l'hypothèse où l'auteur a déjà fait l'objet d'une telle interdiction dans les trois ans précédant la commission de l'infraction, la durée de l'interdiction doit être d'un an au minimum³. La durée doit être déterminée en fonction du pronostic de dangerosité lié à l'inaptitude prévisionnelle à conduire de la personne, toute considération de prévention générale⁴ ou de rétribution⁵ ne devant, en principe, pas entrer en ligne de compte⁶. Or, la durée déterminée de la mesure en fonction de pronostics incertains sur l'avenir peut sembler critiquable et contraire à la logique des mesures de sûreté.

Les juges ont également la faculté de décider que l'interdiction sera perpétuelle si la limite légale de cinq ans leur paraît insuffisante pour prévenir le danger émanant de l'auteur. Si cette durée perpétuelle peut paraître très sévère, elle aboutit en réalité à une durée indéterminée de la mesure, l'interdiction pouvant faire l'objet d'un relèvement anticipé dès lors qu'elle n'est plus jugée nécessaire⁷.

Le tribunal peut exclure de cette interdiction certaines catégories de véhicules si la finalité de la mesure n'en est pas compromise⁸, la personne pouvant alors solliciter l'obtention d'un nouveau permis auprès de l'administration pour la catégorie de véhicule considérée. En pratique, cette exception ne peut d'ailleurs concerner que les véhicules pour lesquels l'obtention du permis n'est pas subordonnée à la détention d'un permis de catégorie B, ce qui signifie que ne sont finalement concernés que les motocycles, les tracteurs et les véhicules de

¹ § 69, al. 3 StGB.

² § 69a, al. 1 StGB.

³ § 69a, al. 3 StGB.

⁴ Pour autant, cela n'est pas toujours respecté par la jurisprudence : v. p. ex. OLG Hamm, 4 juin 1971, 3 Ss 359/71, *NJW*, 1971, p. 1618.

⁵ OLG Saarbrücken, 20 mai 1965, Ss 8/65, *NJW*, 1965, p. 2313.

⁶ F. Herzog et M. Böse, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 69 a Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis, n° 3.

⁷ En vertu du § 69a, al. 7 StGB. Pour une application du relèvement à une interdiction perpétuelle, v. p. ex. OLG Karlsruhe, 29 août 2000, 3 Ws 153/00, *NStZ-RR*, 2002, p. 54.

⁸ § 69a, al. 2 StGB.

travaux¹. Le seul remède à cette situation paradoxale et critiquable consisterait à modifier la loi en introduisant la possibilité de limiter directement l'annulation du permis en elle-même².

La juridiction peut mettre fin à l'interdiction de manière anticipée s'il existe des raisons de croire que la personne n'est plus dangereuse pour la sécurité routière. Cette décision ne requiert donc pas d'établir, avec certitude, un pronostic favorable concernant l'état dangereux de la personne, de simples doutes quant à la nécessité du maintien de la mesure permettant d'y mettre un terme. La levée de l'interdiction ne saurait toutefois intervenir avant qu'elle n'ait atteint une durée de trois mois (ou d'un an en cas de répétition de la mesure), en prenant en compte la durée du retrait provisoire du permis intervenu antérieurement³. Le simple fait que l'interdiction de conduire dure depuis un long moment ou que la personne ait, pour des raisons économiques, besoin de son permis, ne constitue pas une raison suffisante pour lever l'interdiction⁴. La jurisprudence exige l'apparition de faits nouveaux laissant penser que la personne est à nouveau apte à conduire⁵, le fait de suivre une formation ou une thérapie relative à la conduite routière étant souvent un facteur jouant en faveur de l'intéressé⁶.

La durée de la mesure commence à courir dès que la décision devient définitive et prend fin soit au terme du délai fixé, soit de manière anticipée si les juges en décident ainsi. Lorsque l'interdiction prend fin, l'intéressé peut solliciter l'obtention d'un nouveau permis qui ne lui sera évidemment pas attribué de manière automatique. Son aptitude à conduire devra faire l'objet d'un nouvel examen indépendamment du pronostic de dangerosité ayant servi de fondement à la mesure.

¹ Cette réglementation résulte de la transposition de la directive européenne n° 91/439/CEE du 29 juil. 1991 relative à la reconnaissance mutuelle des permis de conduire (*J.O.* L 237, p. 1), telle que modifiée par la directive 2000/56/CE de la Commission, du 14 sept. 2000 (*J.O.* L 237, p. 45), ainsi que de la directive 2006/126/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 déc. 2006, relative au permis de conduire (*J.O.* L 403, p. 18, et rectificatif, *J.O.* 2009, L 19, p. 67). Pour l'interprétation de ces directives : v. l'arrêt n° C-224/10 de la CJUE, du 13 oct. 2011 (affaire Leo Apelt), ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Landgericht Baden-Baden (Allemagne), par décision du 6 mai 2010, parvenue à la Cour le 10 mai 2010, dans la procédure pénale contre Leo Apelt.

² V. sur ce point, F. Herzog et M. Böse, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 69 a Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis, n° 13.

³ § 69a, al. 7 StGB.

⁴ OLG Jena, 12 janv. 2005, 1 Ws 3/05, LSK, 2005, 370037 ; LG Bamberg, 23 juil. 1984, 3 C KLs 51/69, StV, 1984, p. 518.

⁵ OLG Hambourg, 29 mars 2004, 2 Ws 4/04, VRS, 107, p. 30 ; DAR, 2004, p. 660.

⁶ V. LG Potsdam, 2 nov. 2004, 23 Qs 151/04, ZFS 2005, p. 100 ; LG Berlin, 2 août 2010, 533 Qs 97/10, DAR, 2010, p. 712 ; AG Berlin-Tiergarten, 19 mai 2010, 287 Cs, 3032, PLS 3509/09, 241/09 ; K. Himmelreich et W. Halm, « Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und -bußgeldsachen – Überblick 1. 4. 2010 – 31. 3. 2011 », *NStZ*, 2011, p. 440.

La mesure est soumise à l'interdiction de la *reformatio in pejus*¹ et ne saurait donc être prononcée, aggravée ou allongée sur le seul recours formé par le condamné ou en sa faveur². Cela vaut également lorsque la personne s'était vu appliquer, lors de l'instance inférieure, une interdiction autonome de solliciter un nouveau permis ou une interdiction de conduire.

460. Effets de la mesure à l'égard des détenteurs de permis de conduire étrangers.

En vertu du principe de la reconnaissance mutuelle des permis de conduire³ résultant de plusieurs directives européennes⁴, un permis délivré par un des États membres doit être reconnu automatiquement dans tous les autres États sans aucune formalité⁵. Parmi les dérogations à ce principe, il est prévu qu'un État membre peut refuser de reconnaître, à une personne dont le permis de conduire fait l'objet, sur son territoire, d'une restriction, d'une suspension, d'un retrait ou d'une annulation, la validité de tout permis de conduire délivré par un autre État membre, et qu'il peut refuser de délivrer un permis de conduire à un demandeur dont le permis de conduire fait l'objet d'une restriction, d'une suspension, d'un retrait ou d'une annulation dans un autre État membre⁶. Le principe de reconnaissance mutuelle ne s'oppose pas davantage à ce que l'État d'accueil ordonne des mesures de restriction, de suspension, de retrait ou d'annulation du droit de conduire à l'égard du titulaire d'un permis délivré par un autre État⁷. Or cette exception, d'interprétation stricte, ne vaut que pour la durée de la mesure prononcée, ce qui signifie que le permis obtenu ultérieurement doit être reconnu dès que cesse l'interdiction de solliciter un nouveau permis à la suite d'une

¹ Prévus au § 331, al. 1 StPO.

² OLG Cologne, 9 juin 2010, 2 Ws 361/10, NJW, 2010, p. 2817. La mesure n'était en revanche pas soumise à ce principe lorsqu'elle ne constituait pas encore une mesure de sûreté, mais seulement une mesure de police : BGH, 5 nov. 1953, 3 StR 504/53, LSK, 1953, 843426.

³ Ce principe implique que seul l'État de délivrance est en droit de vérifier la satisfaction des conditions d'obtention du permis (art. 7 § 1 de la dir. n° 91/439/CEE). Si un État venait à avoir des doutes, il peut recourir au mécanisme d'assistance mutuelle et d'échanges d'informations institués par la directive (art. 12 § 3) ou user du recours en manquement s'il juge que l'État de délivrance méconnaît la directive (aff. C-329/06 et 343/06, pt. 57).

⁴ Directive européenne n° 91/439/CEE du 29 juil. 1991 et directive 2006/126/CE du 20 déc. 2006. La finalité de ces directives est de concilier la libre circulation des personnes facilitée par la reconnaissance mutuelle du permis de conduire avec les impératifs de sécurité routière.

⁵ Art. 2 § 1 de la dir. 2006/126/CE (CJCE, 29 févr. 1996, aff. C-193/94, *Skanavi et Chryssanthakopoulos* : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 929 ; CJCE, 10 juil. 2003, aff. C-246/00, *Commission c. Pays-Bas* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 7485).

⁶ Art. 11 § 4 de la dir. 2006/126/CE. Sur cet article, v. CJUE, 26 avr. 2012, C-419/10, n° 65 s.; v. également BVerfG, 22 sept. 2011, 2 BvR 947/11, *DAR*, 2012, p. 14, 17 s.

⁷ Art. 11 § 2 de la dir. 2006/126/CE.

annulation du permis de conduire¹, à moins que le permis n'ait été obtenu pendant la durée de cette interdiction².

Il résulte, dès lors, du premier alinéa du § 69b du code pénal allemand que l'annulation d'un permis de conduire étranger entraîne l'interdiction de conduire les véhicules et de solliciter un nouveau permis en Allemagne pour la durée prononcée par la juridiction. Concernant les permis délivrés par un État membre de l'Union européenne ou un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen, l'alinéa 2 du même paragraphe prévoit qu'ils sont confisqués lors du jugement ordonnant l'annulation, pour être renvoyés à l'autorité qui les a délivrés, à condition que la personne ait sa résidence habituelle en Allemagne. L'administration de l'État de délivrance du permis décide alors des éventuelles conséquences de la mesure de sûreté prononcée en Allemagne. À l'issue du délai de l'interdiction, la personne devra, à nouveau, solliciter le droit de conduire sur le territoire allemand. Dans les autres cas, la mesure prononcée est seulement mentionnée sur le permis de conduire de l'intéressé.

461. Propos conclusifs. Somme toute, la mesure allemande s'appuie clairement sur l'état dangereux de la personne concernée qu'il faut démontrer, ce qui ressort de ses critères d'application. De manière critiquable, la mesure française semble obéir à un certain automatisme en présence de telle ou telle infraction déterminée, faute d'appréciation de l'état dangereux par le juge. Il est également regrettable que la durée de la mesure soit déterminée en droit français, n'autorisant aucune adaptabilité en fonction de l'évolution de la dangerosité, contrairement à la mesure allemande qui peut devenir perpétuelle. Ne faudrait-il pas veiller, en droit français, à mettre explicitement en avant le fondement de la mesure qu'est la dangerosité, afin d'assurer une plus grande adéquation de son régime à sa fonction préventive ? Une reconnaissance expresse de sa nature de mesure de sûreté permettrait certainement de remédier à ces inconvénients qui sont dus à sa qualification actuelle de peine. Un constat similaire s'impose pour les interdictions professionnelles.

¹ CJCE, 26 juin 2008, aff. jtes C-329/06 et C-343/06, *Wiedemann et Funk* et CJCE, 26 juin 2008, aff. jtes C-334/06, C-335/06 et C-336/06, *Zerche, Seuke et Schubert* : *Europe*, 2008, comm. 264, obs. V. Michel. V. également CJUE, 2^e ch., 19 mai 2011, aff. C-184/10, *Mathilde Grasser*, *Europe*, 2011, comm. 245, obs. V. Michel.

² CJUE, 3 juil. 2008, *NJW*, 2009, p. 207, 208 s., n° 40 s.

2. Les interdictions professionnelles

462. Les interdictions professionnelles existant de manière éparpillée en droit français (a), sont règlementées de manière unifiée en droit allemand (b).

a. Les interdictions professionnelles en droit français

463. Interdictions multiples. De nombreuses lois règlementant diverses activités professionnelles¹ prévoient une interdiction d'exercer l'activité concernée pour les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pour certaines infractions. Avant l'adoption du Code pénal actuel, ces interdictions étaient des peines accessoires donc d'application automatique, souvent occultes, assorties de la possibilité, pour le juge, d'en relever le condamné². Malgré la réglementation générale de l'interdiction professionnelle en tant que peine complémentaire figurant actuellement dans le Code pénal, des interdictions figurent toujours dans des textes annexes. À titre d'exemple, on peut mentionner les incapacités en matière immobilière, bancaire ou d'assurances³, ou encore l'article L. 3336-2 du Code de la santé publique qui prévoit l'incapacité d'exploiter des débits de boissons à consommer sur place. L'interdiction est perpétuelle pour les personnes condamnées pour crime de droit commun ou pour proxénétisme ou délit assimilé⁴, et de cinq ans pour d'autres délits énumérés au même article.

464. Dispositions de droit commun. Le Code pénal prévoit l'interdiction professionnelle comme alternative à l'emprisonnement (article 131-6, 11°), dès lors que les facilités que procure l'activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction, ou comme peine complémentaire lorsque la loi le prévoit (article 131-10). L'article 131-27 CP prévoit que l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale, lorsqu'elle est encourue à titre de peine complémentaire pour un crime ou un délit, est soit définitive, soit temporaire, auquel cas elle ne peut excéder une durée de cinq ans. Le même texte prévoit également l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre

¹ V. p. ex. une loi du 17 juil. 1880 relative à la tenue des débits de boissons ; la loi du 30 nov. 1892 relative à l'exercice de la médecine ; la loi du 19 juin 1930 relative à l'activité bancaire ; la loi du 30 août 1947 relative aux professions commerciales ou industrielles.

² Instaurée par la loi du 29 décembre 1972, complétée par celle du 11 juillet 1975.

³ V., plus en détail, B. Bouloc, « Interdictions et incapacités professionnelles », *Rép. sociétés Dalloz*, juin 2010, mise à jour : sept. 2012, n° 77 s.

⁴ Les délits prévus aux articles 225-5, 225-6, 225-7 et 225-10 CP.

quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale, cette interdiction étant soit définitive, soit temporaire, d'une durée maximale de quinze ans¹. Ces interdictions ne peuvent concerner l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales, pas plus qu'elles ne peuvent réprimer un délit de presse. L'article 131-28 CP précise que « *l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale peut porter soit sur l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, soit sur toute autre activité professionnelle ou sociale définie par la loi qui réprime l'infraction* ». À l'encontre des personnes morales, l'article 131-9 CP prévoit l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales.

L'interdiction professionnelle commence à s'appliquer le jour où la condamnation devient définitive ou, lorsqu'elle accompagne une peine privative de liberté sans sursis, « *dès le commencement de cette peine et son exécution se poursuit, pour la durée fixée par la décision de condamnation, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin* »². Une demande de relèvement de la mesure peut être présentée selon les dispositions de l'article 702-1 CPP.

À moins de se fonder sur l'article 131-6 – auquel cas il faut établir un lien entre le délit commis et l'activité professionnelle interdite – ces mesures doivent être expressément prévues par un texte d'incrimination. On peut citer, à titre d'exemple, l'article L. 4161-5, c) du Code de la santé publique qui dispose que le coupable d'exercice illégal de la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme est passible de l'interdiction définitive ou pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une ou plusieurs professions régies par le même code ou toute autre activité professionnelle ou sociale à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. La violation de ces interdictions est punie de deux ans d'emprisonnement et, respectivement, de 30.000 ou de 375.000 euros d'amende³.

465. Qualification juridique. On voit clairement qu'il s'agit de mesures de sûreté, les interdictions visant « moins à punir qu'à prévenir la récidive de certains individus en les écartant d'une profession constituant pour eux une occasion de délinquance »⁴. La Cour de cassation a qualifié l'interdiction définitive d'exercer une profession médicale, prévue par

¹ Cet alinéa a été ajouté par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 70 et modifié par la loi n° 2013-1117 du 6 déc. 2013, art. 2. La durée maximale était auparavant de dix ans.

² Art. 131-29 CP.

³ V. les articles 434-40 et 434-40-1 CP.

⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 697, p. 579.

l'article 131-27 CP, de mesure de sûreté ayant pour objet de prévenir tout risque de récidive, pour en déduire qu'il ne s'agissait pas d'une sanction disproportionnée à la gravité des crimes pour lesquels l'accusé a été condamné¹. Elle a ainsi soustrait les mesures de sûreté au principe de proportionnalité, lequel devrait pourtant régir aussi bien les peines que les mesures de sûreté, la réponse pénale devant être proportionnée à l'infraction pour les peines, et à la dangerosité de l'auteur pour les mesures de sûreté. L'expression employée par la Haute juridiction selon laquelle « *cette peine [...] constitue une mesure de sûreté* » induit d'ailleurs une certaine confusion par elle entre ces deux types de sanction pénale.

De la même manière, elle a fait échapper à l'amnistie l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer certaines professions qui constituent, selon elle, des mesures de police et de sécurité publique². Telle a été la solution retenue pour l'interdiction d'exercer leur profession qui frappe les individus condamnés pour interruption illégale de grossesse (délit prévu à l'alinéa 4 de l'article 317 ancien du Code pénal) qui, selon la Cour, « *constitue moins une peine proprement dite qu'une mesure de police et de sécurité publique* »³. Au contraire, la réhabilitation entraîne la cessation de l'interdiction d'exercice d'une profession, dès lors que la loi n'en dispose pas autrement, en ce qu'elle suppose l'amendement du condamné et tend à faciliter son reclassement⁴.

Eu égard au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, elle a qualifié l'incapacité d'exercer la profession d'agent immobilier⁵, résultant de plein droit de la condamnation pour certaines infractions, de mesure de sûreté qui, par conséquent, pouvait frapper la personne antérieurement condamnée, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue⁶. La même solution a été retenue pour l'interdiction d'entreprendre une profession commerciale ou industrielle⁷ attachée automatiquement à certaines condamnations qui, selon la Cour, ne constitue pas une peine complémentaire, mais une mesure de sûreté⁸.

¹ Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *préc.*

² Cass. crim., 25 oct. 1967, n° 67-92193, *préc.*

³ Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91139, *préc.*

⁴ Cass. crim., 14 oct. 1971, n° 71-90165, *Bull. crim.*, n° 266; Cass. crim., 7 janv. 1972, n° 71-91342, *préc.*

⁵ Résultant du dispositif régissant les conditions d'accès à la profession d'agent immobilier : l'art. 46 de la loi n° 94-624 du 21 juil. 1994 relative à l'habitat, entrée en vigueur le 1^{er} juil. 1995, qui a notamment étendu aux condamnations pour tromperie les causes d'incapacité prévues par l'art. 9 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 *réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.*

⁶ Cass. crim., 26 nov. 1997, n° 96-83792, *préc.*

⁷ Prévue à l'article 1^{er} de la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales.

⁸ Cass. crim., 18 janv. 1950, S. 1950, p. 124, *D.*, 1950, p. 213, *JCP*, 1950, II, p. 5383. V. également, Cass. crim., 29 janv. 1965, n° 64-91889, *Bull. crim.*, n° 29, qui estime que l'interdiction d'exploiter certains établissements, peine accessoire des condamnations pour proxénétisme, constitue une « *mesure de police et de sécurité publique* ».

Le Conseil constitutionnel a décidé, par une décision du 20 mai 2011¹, que l'incapacité et l'interdiction d'exploiter certains établissements, en l'occurrence un débit de boissons, avaient « *pour objet d'empêcher que l'exploitation d'un débit de boissons soit confiée à des personnes qui ne présentent pas les garanties de moralité suffisantes requises pour exercer cette profession [et] qu'elles n'institu[ai]ent pas des sanctions ayant le caractère d'une punition* ». Ces interdictions ne sont, dès lors, pas soumises aux principes de nécessité et d'individualisation des peines découlant de l'article 8 de la DDHC. La Cour de cassation, elle aussi, a décidé que les dispositions de l'ancien article L. 55 du Code des débits de boissons (devenu l'article L. 3336-2 du Code de la santé publique²), prévoyant une incapacité professionnelle résultant de plein droit d'une condamnation, n'étaient pas incompatibles avec les articles 132-17 CP, prohibant les peines accessoires, et 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit à un procès équitable, dès lors que « *l'incapacité attachée à certaines condamnations ne constitue pas une peine complémentaire, mais une mesure de police et de sécurité publique qui ne relève pas des textes invoqués* »³. De la même manière, l'interdiction d'exploiter certains établissements découlant de l'article 34 de l'ordonnance du 23 décembre 1958⁴ échappe, en raison de son caractère de « mesure de sécurité », à l'amnistie⁵.

Il résulte donc clairement de la jurisprudence que les interdictions professionnelles sont des mesures de sûreté, en dépit de leur qualification légale de peine complémentaire⁶. Pourtant, il convient de noter qu'au sujet de l'interdiction d'exercer toute activité en lien avec les mineurs prévue à l'article 222-45, 3° CP (instituée par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998), la chambre criminelle a décidé, en se fondant sur le principe de légalité, que cette « *peine complémentaire* » ne pouvait s'appliquer à des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur⁷. La Cour de cassation qualifie donc cette sanction de peine et lui applique le régime relatif à celle-ci, ce qui peut paraître incohérent au regard des autres décisions. Ce désordre jurisprudentiel est sans doute dû, encore une fois, à l'absence d'intervention du législateur pour reconnaître à la mesure sa véritable nature de mesure de sûreté.

¹ Cons. const., 20 mai 2011, déc. 2011-132 QPC, *préc.*

² V. la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*.

³ Cass. crim., 23 janv. 2001, n° 00-83268.

⁴ Applicable aux individus condamnés pour crime de droit commun ou pour l'un des délits prévus aux anciens articles 334, 334-1 et 335 du code pénal, relatifs au proxénétisme.

⁵ Cass. crim., 7 janv. 1972, n° 71-91342, *préc.* ; Cass. crim., 12 juin 1968, n° 67-92268, *Bull. crim.*, n° 189, à propos de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959 ; Cass. crim., 29 janv. 1965, n° 64-91889, *préc.*, à propos de la loi d'amnistie du 31 juillet 1959.

⁶ V. B. Bouloc, « Les incapacités professionnelles sont des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 539 s.

⁷ Cass. crim., 23 mai 2012, n° 11-85768, *Bull. crim.*, 2012, n° 132.

Il ne fait aucun doute que les interdictions professionnelles sont des mesures de sûreté, exclusivement préventives, visant à empêcher les individus à renouveler les infractions liées à leur profession. En droit allemand, la mesure est légalement qualifiée telle.

b. L'interdiction professionnelle en droit allemand : *das Berufsverbot*

466. Présentation. Trouvant ses prémices dans les années trente, l'interdiction professionnelle a été introduite, sous sa forme actuelle, par la deuxième loi de réforme du droit pénal du 4 juillet 1969. Il s'agit d'une mesure avant tout sécuritaire qui ne revêt aucun caractère resocialisateur. Elle fait partie des mesures de sûreté pouvant être prononcées en dépit de l'irresponsabilité pénale de l'auteur¹.

Destinée à protéger la collectivité du danger résultant de l'exercice d'une profession par une personne non suffisamment fiable², la mesure doit être uniquement guidée par des considérations de prévention spéciale et non par un souci de prévention générale ou de rétribution³. En raison de l'atteinte importante que la mesure porte à la liberté fondamentale du libre choix de la profession⁴, elle est soumise à l'exigence de proportionnalité, devant être strictement nécessaire à la protection des intérêts de la collectivité⁵. L'exigence de proportionnalité augmente à l'égard des primo-délinquants, pour lesquels il doit notamment être recherché si le simple prononcé de la peine ne suffirait pas à prévenir le renouvellement de l'infraction⁶. La jurisprudence considère en effet cette mesure comme une atteinte très sévère à la liberté individuelle⁷, destinée à protéger la collectivité voire un groupe restreint de personnes⁸ contre des dangers futurs⁹ pour la prévention desquels la mesure doit être indispensable¹⁰.

¹ § 71 StGB.

² BVerfG, 30 oct. 2002, 2 BvR 1837/00, *BeckRS*, 2002, 30290606 ; BGH, 7 nov. 2007, 1 StR 164/07, *HRRS*, 2007, n° 1092 ; BVerfG, 25 sept. 2003, 2 BvR 1580/03.

³ V. W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 1 ; H. Pollähne, in : U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 1.

⁴ Garantie en Allemagne par l'article 12 de la Loi fondamentale.

⁵ BVerfG, 15 janv. 1969, 1 BvR 438/65, BVerfGE 25, 88 ; BVerfG, 30 mai 1978, 1 BvR 352/78, *NJW*, 1978, p. 1479 ; BVerfG, 2 mars 1977, 1 BvR 124/76, BVerfGE 44, 105 s.

⁶ OLG Francfort/M., 25 oct. 2002, 3 Ws 593/02, *NStZ-RR*, 2003, p. 113. BGH, 30 oct. 1987, 3 StR 414/87, *BGHR* StGB § 70, al. 1 Wiederholungsgefahr 1 ; BGH, 12 sept. 1994, 5 StR 487/94, *NStZ*, 1995, p. 124.

⁷ BGH, 12 juin 1958, 4 StR 147/58, *VRS*, 15, p. 112, 115.

⁸ BGH, 23 juin 1959, 5 StR 221/59, *GA* 1960, p. 183.

⁹ BGH, 12 mai 1975, *AnwSt (R)* 8/74, *NJW*, 1975, p. 1712.

¹⁰ BGH, 25 avr. 2013, 4 StR 296/12, *HRRS*, 2013, n° 532.

467. Champ d'application. La mesure est applicable à la personne qui a commis une infraction en abusant de sa profession ou en violant, de manière grossière, ses obligations professionnelles¹. L'infraction commise doit présenter un lien étroit avec l'exercice de la profession ou son fonctionnement régulier, et révéler ainsi, de manière symptomatique, le manque de fiabilité de l'auteur dans le cadre de sa profession². Il ne saurait suffire que l'acte soit commis à l'occasion de l'activité professionnelle ou grâce aux compétences professionnelles acquises ou encore qu'il soit seulement facilité par la profession³. L'abus consiste à se servir consciemment de ses fonctions à des fins étrangères à celles qui leur sont normalement assignées. La violation (grossière) peut concerner des obligations légales, contractuelles ou encore les obligations générales découlant de l'activité. La méconnaissance de ces obligations n'est pas nécessairement volontaire, mais peut résulter d'une imprudence ou négligence⁴.

L'interdiction concerne tant les personnes reconnues coupables de l'infraction que celles qui sont irresponsables pénalement ou qui sont relaxées parce que l'irresponsabilité ne peut être exclue. Elle vise, plus largement, les infractions commises dans la profession, l'activité ou une branche de la profession ou de l'activité. S'agissant des fonctionnaires⁵ ou des notaires⁶, l'interdiction peut porter sur l'exercice de leurs compétences dans le secteur privé sans affecter leur mission publique⁷. En ce qui concerne les journalistes, la mesure ne leur est pas inapplicable par principe mais doit obéir à une exigence de proportionnalité accrue en raison de la protection de la liberté d'expression et de la liberté de la presse par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 5 de la Loi fondamentale allemande. La jurisprudence allemande admet, par conséquent, le prononcé de la mesure à l'égard d'un journaliste ayant abusé de la liberté d'expression pour commettre une infraction,

¹ § 70, al. 1 StGB.

² BVerfG, 30 oct. 2002, 2 BvR 1837/00, *préc.* ; BGH, 7 nov. 2007, 1 StR 164/07, *préc.* V. également W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 9 ; H. Pollähne, in : U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 19.

³ BGH, 20 avr. 1983, Z 2 StR 175/83, *NJW*, 1983, p. 2099 ; BGH, 9 mars 2011, 2 StR 609/10, *BeckRS*, 2011, 07824 ; BGH, 1^{er} juin 2007, 2 StR 182/07, *StV*, 2008, p. 80 ; OLG Francfort/M., 25 oct. 2002, 3 Ws 593/02, *préc.*

⁴ W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 11.

⁵ BGH, 4 déc. 2001, 1 StR 428/01, *NStZ*, 2002, p. 198.

⁶ BGH, 16 sept. 1986, 4 StR 447/86, *wistra* 1987, p. 60.

⁷ La perte des droits des agents publics consécutivement à la commission d'une infraction est règlementée par le § 45 du code pénal.

notamment pour porter atteinte à l'ordre démocratique libéral¹, sa liberté fondamentale étant alors limitée par la protection légale d'une valeur sociale supérieure².

La dangerosité de l'auteur est la condition centrale de l'interdiction professionnelle. Elle résulte de la probabilité que la personne commette d'autres infractions similaires en abusant de sa profession ou de son activité³, ce danger devant être constaté à partir d'une appréciation globale de la personnalité de l'auteur et de ses actes⁴. Une simple éventualité ne saurait suffire, de la même manière que les infractions redoutées doivent être d'une certaine importance⁵, même si l'infraction commise n'est pas nécessairement d'une gravité particulière. La juridiction doit prendre en compte le temps qui s'est écoulé depuis la commission de l'infraction⁶ et considérer le passé pénal de l'intéressé⁷. Les juges disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si l'application de la mesure est nécessaire⁸.

Le principe de proportionnalité implique de prononcer une mesure moins attentatoire à la liberté individuelle si elle est suffisante⁹ ou de restreindre la mesure à une partie seulement de la profession ou de l'activité de la personne¹⁰. Si la mesure est prononcée en même temps qu'une mesure ou peine privative de liberté, le juge doit également prendre en considération, lors du pronostic de dangerosité, l'effet prévisible qu'aura la détention à l'égard de l'intéressé¹¹.

468. Effets de la mesure. Pendant la durée de l'interdiction, la personne n'a pas le droit d'exercer la profession, l'activité ou la branche concernée, que ce soit pour elle-même ou pour autrui, ni laisser autrui exercer cette profession pour elle sous ses ordres¹². Il ne peut s'agir que de la profession à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, même si le

¹ V. l'art. 18 de la Loi fondamentale.

² BGH, 19 janv. 1962, 3 StR 43/61, *NJW*, 1962, p. 643 ; BGH, 25 mai 1965, 3 StR 11/65, *NJW*, 1965, p. 1388.

³ BGH, 17 mai 1968, 2 StR 220/68, *BGHSt* 22, 144, 145 s. ; BGH, 1^{er} nov. 1955, 5 StR 442/55, *MDR*, 1956, p. 143.

⁴ BGH, 2 août 1978, StB 171/78, *BGHSt* 28, p. 84, 85 s. ; BGH, 22 oct. 1981, 4 StR 429/81, *wistra* 1982, p. 66.

⁵ V. p. ex. OLG Francfort/M., 25 oct. 2002, 3 Ws 593/02, *préc.*

⁶ BGH, 26 juil. 2005, 3 StR 36/05, *BeckRS*, 2005, 10136.

⁷ BGH, 24 avr. 2007, 1 StR 439/06, *JurionRS*, 2007, 31216.

⁸ BGH, 20 janv. 2004, 1 StR 319/03 ; BGH, 24 avr. 2007, 1 StR 439/06, *préc.* ; BGH, 7 nov. 2007, 1 StR 164/07, *préc.*

⁹ BGH, 7 nov. 2007, 1 StR 164/07, *préc.*

¹⁰ V. p. ex. BGH, 16 janv. 2003, 3 StR 454/02, *StV*, 2004, p. 653 (limitation de la profession de médecin aux patients masculins après des atteintes aux patients de sexe féminin) ; OLG Koblenz, 5 févr. 1997, 1 Ws 30/97, *wistra*, 1997, p. 280 (limitation de la profession médicale au salariat dans l'hôpital après des fraudes à la sécurité sociale dans le secteur privé) ; BGH, 7 mai 1953, 5 StR 1/53 (interdiction à l'égard d'un professeur de musique d'enseigner à des adolescents après atteinte sexuelle) ; BGH, 8 mai 2008, 3 StR 122/08, *BeckRS*, 2008, 12089 (interdiction d'enseigner aux enfants de sexe féminin après des infractions sexuelles).

¹¹ W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, op. cit., StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 19.

¹² § 70, al. 3 StGB.

manque de fiabilité qui résulte de l'acte laisse craindre que la personne soit également dangereuse dans le cadre d'une autre activité. La juridiction peut néanmoins étendre l'interdiction à toute la profession ou l'activité au-delà de la branche en cause dans la commission de l'infraction¹, dans la limite de ce qui est strictement nécessaire à la protection de la collectivité et dans le respect du principe de proportionnalité.

469. Régime de la mesure. La mesure peut être prononcée soit pour une durée limitée, allant d'un an à cinq ans, soit de manière perpétuelle si la juridiction estime que cette durée est insuffisante pour prévenir le danger émanant de la personne. Lorsque la personne a, auparavant, été soumise à une interdiction professionnelle provisoire², cette durée s'impute sur la durée minimale de la mesure, sans que cette dernière ne puisse être inférieure à trois mois³. La durée doit être déterminée en fonction du degré de dangerosité de la personne, l'infraction commise pouvant servir d'indice mais non de fondement. Une interdiction perpétuelle ne saurait, bien évidemment, être justifiée que dans les cas les plus graves⁴, requérant une motivation particulière par les juges.

Pour permettre une prise en compte de la resocialisation de l'individu, le juge peut accorder un sursis avec mise à l'épreuve à l'exécution de la mesure au bout d'un délai d'un an, sur lequel s'impute, le cas échéant, la durée de l'interdiction provisoire préjudicielle. Ce sursis suppose qu'apparaissent, ultérieurement au prononcé de la mesure⁵, des raisons de croire que la personne ne commettra plus d'autres infractions d'une certaine importance dans son cadre professionnel et qu'elle n'est donc plus dangereuse pour la collectivité⁶. Toutefois, la durée passée en détention n'est pas déduite de la durée d'exécution de la mesure. Cela peut avoir pour effet pervers qu'une personne ne présentant plus de danger à l'issue de sa privation de liberté doive subir, pendant un an, l'interdiction professionnelle préalablement prononcée, alors qu'elle n'est pourtant plus nécessaire ni utile. Il est donc fortement critiquable que le sursis ne puisse pas être accordé sans délai minimal, la mesure pouvant, dans certains cas, produire un effet désocialisateur à l'égard d'une personne réinsérée socialement mais qui ne

¹ BGH, 25 mai 1965, 3 StR 11/65, *préc.*

² En vertu du § 132a StPO.

³ § 70, al. 2 StGB.

⁴ V. p. ex BGH, 7 juin 2005, 2 StR 122/05, *NJW*, 2005, p. 2566 (atteinte sexuelle sur enfants par un médecin et psychothérapeute); BGH, 12 sept. 1994, 5 StR 487/94, *préc.* (limitation de la mesure perpétuelle aux infractions professionnelles les plus graves et insuffisance d'une fraude fiscale unique). V. également W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 24.

⁵ Les circonstances déjà connues lors du jugement prononçant la mesure, même interprétées différemment, ne sauraient servir de base au sursis : BerVerfGH, 14 févr. 2005, VerFGH 172/04, *NJW-RR*, 2005, p. 1294.

⁶ § 70a StGB.

pourra pas exercer sa profession après sa libération de prison¹. En tout état de cause, le sursis peut s'accompagner de mesures probatoires², le cas échéant sous le contrôle d'un agent de probation. Il est révoqué si la personne méconnaît de manière grave ou persévérante les obligations auxquelles elle est soumise, se soustrait de manière répétée à la surveillance de l'agent de probation ou commet une nouvelle infraction en abusant de sa profession³. Il l'est également si de nouvelles circonstances font apparaître que la finalité de la mesure requiert le maintien de son application⁴ en raison de la dangerosité que présente la personne dans son cadre professionnel. Le temps qui s'est écoulé pendant la mise à l'épreuve n'est pas imputé sur la durée initiale de la mesure. En cas de nouvelle infraction dans le cadre professionnel, une nouvelle interdiction professionnelle plus longue peut éventuellement être prononcée.

Lorsque le sursis n'est pas révoqué, le tribunal met fin à la mesure à son issue, par une décision expresse⁵. En l'absence de sursis ou en cas de révocation de celui-ci, la mesure prend fin à son terme naturel si elle est d'une durée limitée. Une mesure perpétuelle ne peut prendre fin que par le biais d'un sursis non révoqué suivi d'une décision mettant fin à l'interdiction, la loi ne prévoyant aucune autre possibilité de fin anticipée de la mesure⁶.

La violation de cette interdiction expose la personne à une peine privative de liberté d'un an ou à une peine d'amende⁷, à condition que la mesure prononcée soit conforme au principe de précision de la norme pénale (les juges devant déterminer avec précision l'étendue de l'interdiction), ainsi qu'à l'exigence de proportionnalité découlant du § 62 du code pénal⁸. Enfin, l'interdiction professionnelle peut faire l'objet d'un recours isolé, sans que la déclaration de culpabilité ou le prononcé de la peine ne soient remis en cause⁹.

¹ V. en ce sens, W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, op. cit., StGB § 70a Aussetzung des Berufsverbots, n° 1.

² Le § 70a, al. 3 StGB renvoie en effet aux § 56a, 56c et 56e relatifs à la mise à l'épreuve. Celle-ci dure entre deux et cinq ans et peut comporter, selon les cas, diverses interdictions ou obligations déterminées par le juge, permettant d'atteindre le but de la mesure. Dans les limites légales, le juge peut modifier ultérieurement la durée ou le contenu de la mise à l'épreuve.

³ Le texte étant muet sur la question de la culpabilité, il semblerait ici qu'il soit suffisant que le juge ordonnant le retrait du sursis est convaincu qu'une telle infraction a été commise, sans qu'il soit nécessaire qu'un tribunal ait condamné l'auteur ou l'ait déclaré irresponsable pénalement. V. en ce sens, W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, op. cit., StGB § 70b Widerruf der Aussetzung und Erledigung des Berufsverbots, n° 3.

⁴ § 70b StGB.

⁵ § 70b, al. 5 StGB.

⁶ V. H. Pollähne, in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, op. cit., StGB § 70b Widerruf der Aussetzung und Erledigung des Berufsverbots, n° 16.

⁷ § 145c StGB.

⁸ W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, op. cit., StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots, n° 1.

⁹ OLG Hamm, 17 avr. 1956, 3 Ss 110/56 ; OLG Hamm, 23 juil. 1957, (1) Ss 584/57 (223-57), NJW, 1957, p. 1773.

470. Propos conclusifs. Ici encore, on observe que la mesure allemande connaît un régime très élaboré et caractéristique des mesures de sûreté, tandis que les mesures françaises sont traitées comme de simples peines alternatives ou complémentaires, fondées sur une dangerosité à laquelle aucun texte ne fait explicitement référence. Une grande partie des mesures évoquées sont également applicables aux personnes pénalement irresponsables.

B. Les mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables

471. Présentation. Le Code de procédure pénale prévoit, dans son article 706-136, les mesures non privatives de liberté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables. Il s'agit de l'interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes ou catégories de personnes, et notamment les mineurs, spécialement désignées ; de l'interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné ; de l'interdiction de détenir ou de porter une arme ; de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée, dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou impliquant un contact habituel avec les mineurs ; de la suspension du permis de conduire et de l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis. Dans l'hypothèse où la personne fait parallèlement l'objet d'une hospitalisation psychiatrique, ces mesures peuvent s'appliquer pendant toute la période de l'internement et se poursuivent après la levée de cette hospitalisation, pendant la durée fixée par la décision¹.

L'applicabilité, depuis la loi précitée du 25 février 2008, des mesures de sûreté à des personnes irresponsables pénalement, n'est, en elle-même, pas une nouveauté puisque, on l'a vu², l'inscription de ces individus au FIJASV était déjà possible depuis la création de ce fichier par la loi du 9 mars 2004. Mais c'est avant tout la nature juridique des mesures énumérées à l'article 706-136 qui suscite le débat.

472. Nature juridique. Le législateur les qualifie expressément de mesures de sûreté, bien qu'elles s'appliquent aux personnes pénalement responsables sous la dénomination de peine. L'article 131-6 CP prévoit en effet des sanctions identiques en les qualifiant de peines alternatives à l'emprisonnement. Ce choix sémantique n'est pas anodin, puisque les personnes irresponsables ne sont pas susceptibles de se voir appliquer une peine, faute de culpabilité. Il

¹ Art. 706-136 *in fine* CPP.

² V. *supra*, n° 355.

n'en reste pas moins critiquable. On ne manquera donc pas de souligner l'ambiguïté inhérente à ces mesures qui échappent ainsi, de surcroît, aux garanties fondamentales entourant les peines. Au demeurant, leur qualification vaut à ces mesures d'atteindre une durée maximale considérablement plus longue que lorsqu'elles interviennent en tant que peines en vertu de l'article 131-6 CP (dix ans en matière correctionnelle et vingt ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement, contre cinq ans pour les délinquants responsables).

Le professeur Matsopoulou estime que « ces mesures s'apparentent plus à des peines qu'à des mesures de sûreté. Elles présentent un caractère punitif accentué, même si elles ne peuvent être prononcées qu'après une expertise psychiatrique destinée à établir l'existence de troubles mentaux »¹. Cette position est néanmoins discutable dans la mesure où nombre d'auteurs affirment, au contraire, que les « peines alternatives » prévues par l'article 131-6 à l'égard des personnes pénalement responsables – identiques aux mesures de sûreté désormais applicables aux personnes irresponsables – s'apparentent davantage à des mesures de sûreté². Le professeur Rassat affirme même, à juste titre, que ces mesures, qu'elles soient applicables aux personnes responsables ou irresponsables, sont intrinsèquement des mesures de sûreté³. Il semblerait que le fait de rendre ces mesures applicables aux personnes irresponsables soit révélateur de leur véritable nature de mesures de sûreté, conformément à leur fondement et à leur finalité. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dans l'arrêt *Berland c. France* du 3 septembre 2015, que les mesures en question n'étaient pas des peines au sens de l'article 7 § 1 de la Convention, mais des mesures purement préventives⁴.

473. Application dans le temps. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une partie seulement 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*⁵, n'a pas été interrogé sur la validité

¹ H. Matsopoulou, « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental *art. cit.*, n° 16. En ce sens, également P.-J. Delage, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », *art. cit.*, p. 69 s. ; F. Rousseau, « L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *art. cit.*

² V. *infra*, n° 509. En ce sens, v. entre autres, F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1212, p. 1143 s. ; A. Giudicelli, « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate », *art. cit.*, p. 136 s. ; J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *art. cit.*, n° 35.

³ V. M.-L. Rassat, « Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte », *art. cit.*, n° 46.

⁴ CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10: JurisData n° 2015-019339, *Dr. pén.* n° 10, oct. 2015, comm. 134, V. Peltier.

⁵ V. *supra*, n° 219 et 220.

de l'application dans le temps du dispositif concernant les mesures de sûreté pouvant être prononcées à l'encontre des personnes irresponsables en vertu de l'article 706-136 CPP.

La Cour de cassation s'est prononcée sur la question en changeant radicalement de position en moins d'un an¹. Dans un arrêt du 21 janvier 2009², tout d'abord, elle a qualifié ces mesures de « *peines* » et refusé, par conséquent, leur application à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi les instituant. Par un revirement opéré dans un arrêt du 16 décembre 2009³, elle a, au contraire, décidé que ces « *mesures de sûreté* », échappant à l'interdiction édictée par l'article 112-1 CP, devaient s'appliquer immédiatement aux procédures en cours. Ces mesures de sûreté sont donc d'application rétroactive, ce qui a été approuvé par la Cour de Strasbourg⁴.

Comme le souligne Madame Peltier, « l'ambivalence de la position de [la] Cour de cassation s'explique parce que les interdictions énumérées par l'article 706-136 du Code de procédure pénale sont toutes des peines principales privatives ou restrictives de droits encourues en matière correctionnelle »⁵. Il serait alors sans doute plus cohérent de baptiser ces dernières, prévues à l'article 131-6 CP, également mesures de sûreté.

474. Mise en œuvre. Les mesures en question ne peuvent être prononcées que s'il apparaît qu'elles sont nécessaires pour prévenir le renouvellement des actes commis par la personne déclarée pénalement irresponsable, pour protéger cette personne, la victime ou la famille de la victime, ou pour mettre fin au trouble à l'ordre public résultant de la commission de ces actes⁶. La décision ordonnant l'une ou plusieurs de ces mesures doit être motivée par référence à ces objectifs⁷.

La personne qui fait l'objet des mesures en question peut en solliciter la modification ou la levée en adressant une demande au juge des libertés et de la détention qui statue en chambre du conseil au vu du résultat d'une expertise psychiatrique. En cas de rejet de la demande, aucune demande ne peut être déposée avant l'expiration d'un délai de six mois⁸.

¹ V. *supra*, n° 196.

² Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *préc.*

³ Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*

⁴ CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.*

⁵ É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*

⁶ Art. D. 47-29-6 CPP, issu du Décret n° 2010-692 du 24 juin 2010 précisant les dispositions du Code de procédure pénale relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁷ Art. D. 47-29-7 CPP.

⁸ Art. 706-137 CPP.

L'inobservation de ces mesures expose la personne qui y est soumise à une peine d'emprisonnement de deux ans et à 30.000 euros d'amende, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 CP relatives à l'irresponsabilité pénale¹.

475. Critiques. Ce dispositif est critiquable sur plusieurs points. Tout d'abord, la référence expresse à « l'infraction » commise prête à confusion, une telle infraction n'étant pas constituée en l'absence d'imputabilité des faits à la personne les ayant commis puisque l'élément moral fait défaut². Le fait que ces mesures soient prononcées par la juridiction pénale et que leur modification ou levée puisse être demandée au juge des libertés et de la détention renforce la sensation que la personne se trouve toujours dans le champ pénal en dépit de son irresponsabilité³. Il a pu être souligné, à cet égard, qu'« à la différence de l'hospitalisation d'office, ces interdictions sont qualifiées de "peines", au regard du sursis avec mise à l'épreuve, de sorte que le "dément", hier insusceptible de se voir appliquer de telles mesures, va désormais être "puni", comme s'il était responsable »⁴. Or il semblerait en réalité que le prononcé de ces mesures par des juridictions pénales présente des garanties pour les libertés individuelles et ne laisse pas automatiquement conclure à leur nature de peine.

En outre, la durée limitée, bien que très longue, de ces mesures semble contraire à la philosophie des mesures de sûreté qui devraient pouvoir s'adapter à la persistance de la dangerosité de l'individu et donc revêtir une durée indéterminée⁵. Ce constat vaut d'autant plus pour des personnes pénalement irresponsables, puisque les faits commis ne devraient pas servir de fondement à la mesure. Et pourtant, le dispositif fixe la durée de ces mesures en fonction de l'infraction commise et de la peine encourue, alors même qu'aucune infraction n'est constituée dans tous ses éléments et qu'aucune peine n'est, par hypothèse, prononcée. S'agissant de mesures de sûreté, le texte devrait plus explicitement faire référence à leur fondement qu'est l'état dangereux de la personne⁶. Tout en instaurant des mesures de sûreté expressément dénommées comme telles, le législateur ne tire donc visiblement pas toutes les conséquences logiques de cette qualification. En fixant une durée particulièrement longue, il semble toutefois vouloir éviter les inconvénients liés à une durée déterminée.

¹ Art. 706-139 CPP.

² Bien que certains auteurs distinguent entre les éléments constitutifs de l'infraction et l'imputabilité. Selon cette conception, l'infraction serait constituée, mais ne pourrait pas être imputée à son auteur.

³ V. plus en détail, *infra*, n° 698 s.

⁴ H. Matsopoulou, « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *art. cit.*, n° 16.

⁵ V. *infra*, n° 843 s.

⁶ Sur la dangerosité, v. *infra*, n° 679.

Enfin, la méconnaissance des interdictions par la personne qui en fait l'objet – par définition pénalement irresponsable – est érigée en délit et fait encourir une peine d'emprisonnement. Certes, une telle sanction suppose encore que la personne recouvre entre-temps toutes ses facultés mentales. Néanmoins, malgré la référence faite à l'article 122-1 CP, ce dispositif paraît pour le moins disproportionné. S'il paraît tout à fait insensé de vouloir appliquer une peine à une personne auparavant déclarée irresponsable, le professeur Matsopoulou estime qu'« une meilleure lecture du texte permet de penser qu'il exclut de son champ d'application [...] les personnes dont le discernement a été totalement aboli »¹. Ce constat se trouve conforté par les travaux préparatoires de la loi du 25 février 2008, lors desquels il a été signalé que ces mesures ne pourraient être prononcées qu'à l'égard des personnes dont le discernement serait seulement « altéré » ou « qui connaissent des phases transitoires de lucidité »². Il n'en demeure pas moins que l'article 706-139 CPP qui prévoit cette sanction est « un texte "malencontreux" et totalement incompatible avec l'esprit général de la loi qui est de renforcer le développement des mesures de sûreté à la fois dans un but préventif et curatif »³. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs été amené de préciser que « *le délit prévu par l'article 706-139 n'aura vocation à s'appliquer qu'à l'égard de personnes qui, au moment où elles ont méconnu les obligations résultant d'une mesure de sûreté, étaient pénalement responsables de leurs actes* »⁴.

476. Propos conclusifs. En définitive, le dispositif conforte l'idée selon laquelle les mesures en question, qu'elles soient prévues pour les personnes responsables ou irresponsables, sont matériellement des mesures de sûreté, du point de vue de leur fondement, de leur contenu et de leur finalité. Leur régime s'avère néanmoins insuffisant et ces mesures ne semblent pas être à l'abri d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Signalons, enfin, qu'à l'égard des personnes dont le discernement a seulement été altéré et non aboli, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 a introduit la possibilité de prononcer une obligation de soins⁵, mesure qui mériterait très certainement d'être étendue aux personnes

¹ H. Matsopoulou, « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *art. cit.*, n° 18.

² J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 72 ; G. Fenech, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi (n° 442), relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, préc.*, p. 100.

³ H. Matsopoulou, « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *art. cit.*, n° 18.

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 27.

⁵ Art. 706-136-1 CPP.

irresponsables souffrant d'une maladie mentale – et dont la durée devrait, dans tous les cas, être indéterminée.

La majorité des mesures personnelles évoquées peuvent être qualifiées de « disjonctives », dans le sens où elles tendent « à empêcher la conjonction de facteurs criminogènes »¹. Qu'en est-il des mesures réelles ?

§ 2 : Les mesures attachées au patrimoine du délinquant ou mesures réelles

477. Il est des mesures de sûreté, telles que la confiscation spéciale (A) ou la fermeture d'établissement (B), qui concernent, avant tout, un objet dangereux ou sont liées à une situation périlleuse, ce qui peut parfois justifier de faire abstraction des droits du propriétaire et de sa responsabilité pénale. Par essence, ces mesures ont vocation à échapper au principe de personnalité de la sanction pénale qui, en principe, doit également s'étendre aux mesures de sûreté. Les mesures réelles représentent donc, à l'aune de ce principe, une exception.

A. La confiscation spéciale

478. Présentation. En droit pénal français, la confiscation d'un bien peut intervenir soit parce qu'il est considéré comme dangereux, soit parce qu'il a servi à la commission de l'infraction, soit parce qu'il constitue l'objet ou le produit d'une infraction². L'exemple type est la confiscation de l'objet d'un vol ou de l'arme avec laquelle un braquage a été commis.

En ce qui concerne le domaine de la mesure, la confiscation est encourue soit lorsque le texte d'incrimination le prévoit, soit de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an³. La confiscation est toutefois exclue pour les délits de presse.

Dès lors qu'elle est prévue par un texte spécial, elle peut être prononcée soit en plus d'une autre peine, soit à la place d'une peine principale. L'étude sera concentrée sur la confiscation du droit français, cette mesure ne faisant en Allemagne pas partie de la voie des mesures de sûreté, bien que cela puisse paraître contestable⁴.

¹ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 69, p. 46.

² Art. 131-21 CP ; art. 11 de l'ancien code.

³ Art. 131-21, al. 1^{er} CP.

⁴ La confiscation (*Einziehung*, § 74 s. StGB) des instruments ou produits de l'infraction (*Ergebnissen und Hilfsmitteln*) peut même concerner des objets appartenant à des tiers, ce qui est de toute évidence

479. Confiscation des biens présentant un lien avec l'infraction. Les biens qui peuvent faire l'objet de la confiscation sont, en premier lieu, ceux qui sont en lien direct ou indirect avec l'infraction. Peuvent ainsi être saisis, d'une part, les biens en lien direct avec l'infraction, à savoir, ceux qui ont « *servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre* »¹, et, d'autre part, « *tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime* »². Il a ainsi été jugé que pouvait être confisquée la maison appartenant au condamné si les matériaux utilisés pour sa construction et l'achat du terrain sur lequel elle se trouve ont été financés par des sommes de provenance illicite³. La loi précise toutefois que si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit⁴. Dans ce cas, il appartiendra à la personne concernée de rapporter la preuve de la part correspondant à d'autres sources de revenus⁵.

Dans l'hypothèse où un crime ou un délit ayant procuré un profit direct ou indirect est puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la loi instaure une présomption de lien entre l'infraction et le bien sur lequel porte la confiscation, présomption que la personne condamnée pourra écarter en prouvant l'origine licite de l'acquisition du bien⁶. Par conséquent, les personnes physiques coupables des délits de non-justification de ressources prévus aux articles 321-6 et 321-6-1 CP encourent également la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie de leurs biens, quelle qu'en soit la nature, dont elles n'ont pu justifier l'origine⁷.

Dans ces dernières hypothèses, portant sur le produit de l'infraction, la confiscation revêt la nature d'une peine, dans la mesure où elle vise à réprimer la faute à la gravité de laquelle

incompatible avec sa nature de « peine » et le principe de culpabilité qui en découle. Lorsque l'objet confisqué présente un danger pour la collectivité ou risque de servir à la commission d'une nouvelle infraction, on parle de « confiscation de sûreté » (*Sicherungseinzziehung*, § 74, al. 2, n° 2 StGB). Cette mesure sert alors incontestablement la lutte contre la dangerosité, qui est la fonction des mesures de sûreté. En outre, elle ne suppose pas la culpabilité de l'auteur de l'infraction (§ 74, al. 3 StGB). C'est pour ces raisons que la nature juridique de la confiscation est très controversée par la doctrine : v. déjà R. von Frank, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Université de Cornell, Mohr, 1919, p. 58 s.

¹ Art. 131-21, al. 2 CP.

² Art. 131-21, al. 3, phrase 1 CP.

³ Cass. crim., 27 avr. 2000, n° 99-84559, *Bull. crim.*, 2000, n° 172 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. 99, obs. M. Véron.

⁴ Art. 131-21, al. 3, phrase 2 CP.

⁵ Cass. crim., 9 mars 2011, n° 10-82319.

⁶ V. l'art. 131-21, al. 5 CP.

⁷ Art. 321-10-1 CP.

elle est exactement proportionnée¹. Lorsqu'elle concerne l'instrument de l'infraction, toutefois, la confiscation s'apparente davantage à une mesure de sûreté puisqu'il s'agit alors d'empêcher que l'objet, au demeurant souvent dangereux, serve à commettre d'autres actes.

480. Confiscation obligatoire des objets dangereux ou nuisibles. S'ajoute à ces hypothèses la confiscation obligatoire des objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement ou dont la détention est illicite, que ces biens soient ou non la propriété du condamné². Il en va ainsi par exemple des armes de poing³ ou des produits stupéfiants⁴. Ces objets, en raison de leur dangerosité intrinsèque et du trouble à l'ordre public qu'ils occasionnent, doivent être retirés de la circulation. Il est donc évident que s'agissant d'objets dangereux, la confiscation en nature est obligatoire, une confiscation en valeur n'ayant aucun intérêt. C'est en cette hypothèse que la confiscation prend véritablement son visage de mesure de sûreté⁵.

Parmi les textes spéciaux prévoyant une telle confiscation obligatoire, on trouve la confiscation des marchandises dangereuses pour la santé ou la moralité et la sécurité publiques, des marchandises contrefaisantes, ainsi que de celles qui sont soumises à des restrictions quantitatives⁶, et la confiscation des substances et plantes saisies pour usage illicite et classées comme stupéfiants au regard de l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique⁷. La chambre criminelle a eu l'occasion de rappeler, pour ce dernier cas, que la confiscation en nature des stupéfiants saisis, produits dangereux pour la santé, était obligatoire et que la condamnation d'un contrevenant au paiement d'une somme pour tenir lieu de confiscation n'était possible que dans le cas où les objets susceptibles de confiscation n'ont pu être saisis ou lorsque, ceux-ci ayant été saisis, leur confiscation n'était que facultative⁸. D'autres textes prévoient également la confiscation obligatoire des installations, des matériels et de tout bien ayant servi au trafic de stupéfiants ainsi que tout produit provenant de celui-ci, à quelque personne qu'ils appartiennent et en quelque lieu qu'ils se trouvent, dès lors que leur

¹ En ce sens, J.-H. Robert, « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », *JCP G*, n° 1, 10 janv. 2011, p. 15.

² Art. 131-21, al. 7 CP.

³ Cass. crim., 30 avr. 1996, *préc.*

⁴ Cass. crim., 22 mai 1997, n° 96-83014, *préc.*

⁵ V., en ce sens, B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 644, p. 505 ; É. Camous, « Peines criminelles et correctionnelles. – Confiscation », *art. cit.*, n° 88 : selon cet auteur, « la confiscation perd alors sa nature punitive pour épouser le régime juridique des mesures de sûreté ».

⁶ Art. 369-4 C. douanes.

⁷ Art. L. 3421-2 CSP.

⁸ Cass. crim., 22 mai 1997, n° 96-83014, *préc.*

propriétaire ne pouvait en ignorer l'origine ou l'utilisation frauduleuse¹. Il en va de même de la confiscation des marchandises et instruments de fraude à la réglementation des douanes² ou encore de la confiscation des objets, produits ou marchandises saisis en cas d'infractions à la réglementation des contributions indirectes ou de manœuvres ayant pour but ou pour résultat de frauder ou de compromettre les impôts³. De même, le Code pénal prévoit la confiscation de l'animal qui a été utilisé pour commettre ou tenter de commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise, ainsi que les animaux susceptibles d'être utilisés pour commettre l'infraction ou si l'infraction aurait pu être commise à leur encontre⁴. On peut, enfin, mentionner la confiscation ou destruction obligatoire des poids et autres instruments de pesage, mesurage ou dosage, faux ou inexacts⁵, ainsi que la confiscation des biens meubles ou immeubles ayant servi directement ou indirectement à commettre les infractions ainsi que les produits de l'infraction détenus par une personne autre que la personne se livrant à la prostitution elle-même⁶.

481. Indifférence à l'égard de la qualité de l'auteur de l'infraction. Dès lors que l'on qualifie la confiscation de peine complémentaire, celle-ci ne saurait être prononcée qu'à l'encontre d'une personne préalablement déclarée coupable, comme le rappelle la jurisprudence⁷. Pour autant, la confiscation s'apparente plus souvent à une mesure de sûreté et n'a alors rien de personnel, affectant l'objet de la fraude, abstraction faite de son propriétaire. Elle peut alors être prononcée après le décès du contrevenant ou en dépit de la relaxe de celui-ci⁸. La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 a, en effet, consacré le principe, depuis longtemps admis en jurisprudence⁹, selon lequel la confiscation peut être ordonnée abstraction faite de la qualité de propriétaire ou non du condamné. Cela ressort désormais de plusieurs alinéas de l'article 131-21 CP. Ainsi, il est admis par la Chancellerie que « la saisie et la confiscation n'imposent pas que le bien saisi ou confisqué soit la propriété du prévenu ou du condamné,

¹ Art. 222-49, al. 1^{er} CP.

² Art. 430 C. douanes.

³ Art. 1791 CGI.

⁴ Art. 131-21-1 CP.

⁵ Art. L. 216-2, al. 3 C. consom.

⁶ Art. 225-24, 1° CP.

⁷ Cass. crim., 16 janv. 1992, n° 91-82609, *Bull. crim.*, n° 17; Cass. crim., 13 nov. 2008, n° 08-83597, *Dr. pén.*, 2009, Chron. 3, p. 20, obs. Garçon.

⁸ V. *supra*, n° 198.

⁹ V. *supra*, n° 198.

dès lors qu'il constitue l'objet, l'instrument ou le produit direct ou indirect de l'infraction »¹. Il convient de distinguer deux hypothèses.

D'une part, s'agissant des moyens de l'infraction, nonobstant le principe de la personnalité des sanctions pénales, la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction peut être confisquée même si elle n'appartient pas à l'auteur de celle-ci². Toutefois, les droits du propriétaire de bonne foi sont pris en compte³. Rappelons que la liberté de disposer de la chose, autrement dit l'*abusus*, constitue l'un des attributs les plus importants du droit de propriété, ce qui signifie que la personne qui dispose de la chose est, en principe, le véritable propriétaire. La confiscation implique donc de démontrer que le tiers qui revendique le bien ne jouit pas de cette prérogative essentielle du droit de propriété et n'en est que le propriétaire apparent. De plus, la bonne foi suppose l'ignorance du propriétaire du lien existant entre le bien et la commission d'une infraction⁴. D'autre part, en ce qui concerne l'objet ou le produit de l'infraction, ainsi que les objets dangereux, nuisibles ou illicites, ceux-ci sont confisqués en quelque main qu'ils se trouvent. La seule exception est la restitution de l'objet à la victime⁵, dans la mesure du possible.

Ces règles ne valent toutefois pas pour les dispositions des alinéas 5 et 6 de l'article 131-21 CP prévoyant la confiscation des biens du condamné dont il n'a pu justifier l'origine, et la confiscation générale de tout ou partie de son patrimoine, qui ne s'appliquent qu'aux biens dont il est propriétaire. C'est, dans ces cas, sans doute « l'étendue de la confiscation [qui] explique que le législateur ait soumis la confiscation à l'existence d'un droit de propriété du condamné sur les biens concernés »⁶.

Les personnes morales sont, elles aussi, susceptibles de voir leur patrimoine confisqué⁷. La personnalité morale ne saurait d'ailleurs faire obstacle à ce qu'un objet de la société soit confisqué consécutivement à la condamnation de ses associés, dès lors que ces derniers ont la libre disposition de son actif⁸.

¹ Circulaire du 22 déc. 2010 relative à la présentation des dispositions résultant de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 *visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale*, NOR : JUSD1033251C.

² TGI Saint-Étienne, 10 août 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, II, p. 775.

³ V. à ce titre: Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC : *J.O.* 27 nov. 2010, p. 21117 ; *D.*, 2010, Actu. 2840 ; *D.*, 2011, Pan. 2826, obs. Roujou de Boubée ; *AJ pénal*, 2011, p. 31, obs. Perrier ; *Procédures*, 2011, n° 37, obs. Buisson ; *JCP*, 2011, n° 15, obs. J.-H. Robert ; *Dr. pén.*, 2011, Chron. 2, obs. Peltier. L'article 131-21 CP, qui préserve le droit de propriété des tiers de bonne foi, n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

⁴ Cass. crim., 13 avr. 1999, n° 97-85443, *Bull. crim.*, n° 74 ; *D.*, 199, p. 144 ; *RSC*, 1999, p. 811, obs. B. Bouloc.

⁵ En ce sens, v. Cass. crim., 3 nov. 2011, n° 10-87630.

⁶ Ch. Cutajar, « Le nouveau droit des saisies pénales », *art. cit.*, p. 124.

⁷ V. les articles 131-21 CP et 706-148 CPP, dans leur rédaction issue de la loi du 27 mars 2012.

⁸ Cass. crim., 23 mai 2013, *Dalloz actu.*, 5 juin 2013, obs. Bombled ; *D.*, 2013., Chron. 1780, obs. Labrousse.

482. Qualification juridique. Les règles applicables en matière de confiscation s'expliquent par sa qualité de mesure de sûreté – mesure à caractère réel et impersonnel visant à faire cesser un état dangereux – sans pour autant que le législateur suive la jurisprudence en restituant à la mesure sa qualification véritable. Elle continue donc d'être légalement qualifiée de peine complémentaire tout en étant soustraite au principe de personnalité de la peine ainsi qu'à l'amnistie¹. Pourtant, comme la jurisprudence antérieure au Code pénal actuel², la circulaire d'application de celui-ci soulignait sa nature de mesure de sûreté³. De la même manière, « depuis une soixantaine d'années la doctrine considère que la confiscation n'est pas seulement une peine, mais est aussi parfois une mesure de sûreté, ou une mesure de police »⁴. En réalité, la confiscation « n'a pas une nature unique : elle est tantôt une peine et tantôt une mesure de police et de sûreté, quand elle porte sur des armes ou des objets dangereux »⁵. Elle ne saurait en tout cas être appliquée en l'absence de prescription formelle⁶, en vertu du principe de légalité *stricto sensu*. Or les solutions adoptées ne sont pas toujours cohérentes. Prenons trois illustrations.

En premier lieu, les dispositions de l'ancien article 469-2 CPP relatives à la dispense de peine ont été jugées applicables à la confiscation des marchandises mises en vente, prévue par l'article 2 de la loi du 30 décembre 1906 réglementant les ventes au déballage. Cette confiscation est en effet, selon la Cour de cassation, une peine sanctionnant à titre principal toute contravention à la loi, et non une mesure de police et de sûreté⁷. À l'inverse, la confiscation des instruments de pesage faux ou inexacts prévue naguère par l'article 6 de la loi du 1^{er} août 1905 (aujourd'hui article L. 216-2 C. consom.) a été qualifiée de mesure de

¹ Cass. crim., 16 janv. 1920, *préc.*; Cass. crim., 22 oct. 1920, *préc.*; Cass. crim., 18 juin 1957, *préc.*

² Cass. crim., 29 janv. 1914, *préc.*; Cass. crim., 16 janv. 1920, *préc.*; Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *préc.*

³ Circ. n° 939/F1 du 14 mai 1993, n° 62, in : *Code pénal Dalloz* : elle explique le caractère obligatoire de la confiscation des objets dangereux ou nuisibles « par le fait que la confiscation n'est pas seulement une peine. Elle est également une mesure de sûreté qui doit permettre de retirer de la circulation des objets dangereux ».

⁴ H. Matsopoulou, « La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1995, p. 301. L'auteur cite, à cet égard, A.-A. Akhlaghi, *Les peines accessoires au complémentaires et la notion de mesures de sûreté en droit français*, Thèse, Paris, 1962, et plus spéc. p. 208 à 274 : Pour cet auteur, la confiscation spéciale, dans la mesure où elle présente un caractère réel, serait très souvent une mesure de sûreté tendant à éviter la réitération d'une infraction.

⁵ J.-H. Robert, « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », *art. cit.*, p. 15. En ce sens, également, B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 644, p. 505 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 834, p. 795 ; É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 221, p. 101 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, n° 794, p. 960 s.

⁶ V. p. ex. Cass. crim., 10 janv. 1994, n° 93-82789, *Bull. crim.*, n° 11; Cass. crim., 5 juin 1997, n° 96-83086, *préc.*

⁷ Cass. crim., 6 nov. 1984, *préc.*

police et de sûreté de caractère réel et exclue, de ce fait, du champ d'application de la dispense de peine¹.

En deuxième lieu, bien qu'elle la qualifie majoritairement de mesure de sûreté, la jurisprudence soumet la confiscation au principe du non-cumul des peines de même nature, prohibant ainsi qu'un même objet fasse l'objet à la fois d'une confiscation en nature et en valeur². Cette solution a été retenue au sujet de la confiscation en matière de contributions indirectes³, de même que pour la confiscation obligatoire d'objets dangereux⁴. Elle peut s'expliquer par la finalité non punitive de la mesure – visant uniquement à neutraliser un état dangereux – la confiscation en valeur des objets dangereux étant, au demeurant, dépourvue de sens.

En troisième et dernier lieu, on observe que le Conseil constitutionnel qualifie la confiscation de « *peine complémentaire* » en jugeant celle-ci conforme au principe de nécessité et de proportionnalité des peines⁵.

La confiscation spéciale n'a, en définitive, pas vocation à punir mais à « rétablir l'ordre public et faire cesser le trouble causé par l'acte du délinquant »⁶. Il s'agit donc, de toute évidence, d'une mesure de sûreté qui mériterait d'être légalement consacrée comme telle. Il en va de même de la fermeture d'établissement.

B. La fermeture d'établissement

483. Présentation. La fermeture d'établissement est prévue par le Code pénal en tant que peine complémentaire, emportant l'interdiction d'exercer dans l'établissement concerné l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise (article 131-33 CP). Elle est prévue par certains textes d'incrimination inscrits dans le Code pénal, comme en matière de proxénétisme (article 225-22 CP), mais aussi par plusieurs textes extérieurs à celui-ci, comme, par exemple, l'article L. 3355-4 du Code de la santé publique qui prévoit la fermeture des débits de boissons. Elle peut être prononcée à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus. La mesure peut également intervenir à titre provisoire par ordonnance du juge

¹ Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *préc.*

² Cass. crim., 19 mars 1990, n° 89-81140, *préc.* ; Cass. crim., 4 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 107 ; Cass. crim., 25 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 141 ; Cass. crim., 30 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 395.

³ Cass. crim., 6 mars 1997, *préc.* ; Cass. crim., 5 juin 1997, n° 96-83086, *préc.*

⁴ Cass. crim., 21 mars 1996, *préc.* ; Cass. crim., 22 mai 1997, *préc.* ; Cass. crim., 1^{er} oct. 1998, *préc.*

⁵ Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-66 QPC, *préc.*

⁶ A. Beziz-Ayache, « Confiscation », *Rép. pén. Dalloz*, janvier 2012, mise à jour : janv. 2014, n° 26.

d'instruction en matière de trafic de stupéfiants (article 706-33 CPP) ou de proxénétisme (article 706-36 CPP).

484. Qualification juridique. Le professeur Bouloc souligne que cette sanction qui fonctionne comme une peine complémentaire « constitue en réalité, le plus souvent, une mesure de sûreté »¹. Selon d'autres, elle présente « les traits à la fois d'une peine et d'une mesure de sûreté » en raison de sa double finalité qui consiste à frapper le délinquant dans son patrimoine en le privant d'une partie de ses revenus, et de prévenir les infractions dont l'établissement a permis la réalisation². Selon la Cour d'appel de Paris, la décision de fermeture provisoire pour trois mois, ordonnée par le juge d'instruction, constitue une mesure de sûreté destinée à mettre fin au trouble social causé par l'infraction, alors que la mesure de fermeture pour un an, ordonnée par la juridiction de jugement, constitue une peine complémentaire (obligatoire). S'agissant de mesures de nature différente, la première ne saurait donc s'imputer sur la durée de la seconde³. Cette qualification de peine peut toutefois surprendre, d'autant plus que la chambre criminelle penche plutôt en faveur de celle de mesure de sûreté.

En effet, la fermeture définitive du débit de boissons prévue par l'ancien article L. 30 du Code des débits de boissons (disposition reprise aux articles L. 3352-1 et L. 3352-2 du Code de la santé publique) a été qualifiée, par la Cour de cassation, de mesure de police et de sécurité publique, échappant, à ce titre, à l'amnistie⁴. La Cour a toutefois employé une étrange formule en affirmant que « *cette peine complémentaire [...] constitue une mesure de police et de sécurité publique* ». La même solution avait été retenue, dans une autre espèce, concernant la fermeture du débit de boissons prévue par l'ancien article L. 43 du Code des débits de boissons, présentant, selon la Cour de cassation, le caractère d'une mesure de police administrative et de sécurité publique⁵. Enfin, la Cour a eu l'occasion d'affirmer expressément que la fermeture définitive d'établissement constituait « *essentiellement une*

¹ B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 652, p. 510.

² X. Pin, « Fermeture d'établissement », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-33, Fasc. 20, 15 juil. 2008, n° 1. V. aussi J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 688, p. 573.

³ CA Paris, 13 avr. 1972, *préc.*

⁴ Cass. crim., 10 mai 1989, n° 88-86285, *préc.*, à propos de l'article 19, alinéa 1er, de la loi du 20 juillet 1988 *portant amnistie*.

⁵ Cass. crim., 11 janv. 1983, *préc.*, à propos de la loi n° 81-736 du 4 août 1981 *portant amnistie*.

mesure de police et de sûreté » échappant, à ce titre, à l'amnistie¹ ainsi qu'aux anciennes circonstances atténuantes².

La Cour de cassation estime également que cette « *mesure de sûreté et de police* », présentant un caractère réel, affecte l'établissement en quelques mains qu'il se trouve ; elle est nécessairement encourue dès lors que la personne qui exploite ledit établissement, même pour le compte d'autrui, a été condamnée pour proxénétisme³. Le principe de personnalité ne trouve donc pas à s'appliquer en matière de fermeture d'établissement, cette mesure pouvant être prononcée à l'encontre du propriétaire d'un « *établissement trouvé en délit* », alors même qu'il ne serait pas en cause comme pénalement ou civilement responsable⁴. Pour les juges, cette mesure qui affecte l'établissement même, en quelques mains qu'il soit, est encourue du seul fait qu'une infraction à la loi a été commise⁵.

Globalement, il ressort des décisions rendues qu'il s'agit d'une véritable mesure préventive, attachée à l'établissement en présence de certaines infractions et destinée à faire cesser une situation dangereuse, abstraction faite de la qualité de l'auteur de l'infraction. Autrement dit, il s'agit d'une mesure de sûreté à caractère réel. L'incertitude provient toutefois du fait que la jurisprudence a eu l'occasion de la considérer à la fois comme une « *peine* » et comme une « *mesure de sûreté et de police* »⁶, voire d'affirmer qu'il était vain de rechercher « *si cette fermeture constitu[ait] une mesure de sûreté ou une peine, ou encore si elle affecte ce double caractère* »⁷. Comme le souligne avec justesse le professeur Pin, « l'ennui est que l'ambiguïté de la qualification de cette mesure favorise des décisions d'opportunité »⁸. Partant, une intervention législative pour assigner à la mesure la qualification et le régime d'une mesure de sûreté serait, là encore, souhaitable⁹.

485. Conclusion de la Section 3. Les mesures privatives ou restrictives de droits sont suffisamment diverses et variées pour englober un nombre important de situations où une personne ou une situation s'est révélée dangereuse. Elles ont ceci de particulier que parmi ces

¹ Cass. crim., 10 oct. 1983, *préc.*

² Cass. crim., 12 févr. 1963, n° 62-93032, *Bull. crim.*, n° 71.

³ Cass. crim., 24 mars 1966, n° 65-91460, *préc.*, à propos de la mesure édictée par l'article 34 de l'ordonnance du 23 décembre 1958.

⁴ Cass. crim., 9 déc. 1915, *D.*, 1916, I, p. 153 ; Cass. crim., 7 mars 1918, *préc.* ; Cass. crim., 20 janv. 1960, *préc.* ; Cass. crim., 21 janv. 1969, n° 68-90405, *préc.*

⁵ Cass. crim., 16 mars 1965, n° 64-91596, *préc.* ; Cass. crim., 9 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 79.

⁶ Cass. crim., 24 mars 1966, n° 65-91460, *préc.*

⁷ Cass. crim., 5 mai 1965, n° 64-93280, *Bull. crim.*, n° 129, *JCP G*, 1966, II, 14609, note R. Legeais.

⁸ X. Pin, « Fermeture d'établissement », *art. cit.*, n° 72.

⁹ D'autant plus que le législateur lui-même la traite déjà comme une mesure de sûreté en la soustrayant, tout comme la confiscation, au bénéfice du sursis simple : art. 132-31 CP.

mesures, certaines sont appelées « réelles » et visent donc, avant tout, une chose dangereuse et non une personne. De ce fait, elles sont fréquemment soustraites par la jurisprudence au principe de personnalité de la sanction pénale¹ qui s'applique dans les autres cas de figure. On constate, en droit français, que ces mesures ne sont pas expressément qualifiées comme telles, en raison de la réticence du législateur à consacrer une double voie de sanctions pénales. C'est ainsi qu'elles se cachent, le plus souvent, derrière la qualification de peine complémentaire, alors qu'elles relèvent de la logique particulière des mesures de sûreté. Il serait nécessaire de clarifier cette incohérence législative et de conférer à ces mesures la qualification et le régime juridiques qui leur correspondent le mieux.

¹ À cet égard, deux auteurs ont pu mettre en avant leur « rayonnement regrettable vis-à-vis des tiers » : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 661, p. 833.

Conclusion du Chapitre II

486. Préalablement à l'étude approfondie des dispositifs contenant des mesures de sûreté non privatives de liberté, un premier constat s'impose : il est nécessaire de se livrer à un large travail de recensement de ces mesures en droit pénal français où elles sont éparpillées à des endroits divers et sous des dénominations multiples. Il s'agit donc de dépasser les apparences pour aller au-delà des qualifications légales formelles et découvrir, parmi les dispositifs existants, ceux qui contiennent substantiellement des mesures de sûreté. En raison des caractéristiques intrinsèques à ces mesures qui obéissent indubitablement à une logique particulière, elles se distinguent des peines et cette distinction mérite d'être clarifiée. Une analyse détaillée des dispositifs est de ce point de vue indispensable et vise à étayer la thèse d'une émergence des mesures de sûreté en tant que deuxième voie de sanctions pénales. Indépendamment de leurs spécificités, l'approche comparative franco-allemande permet de conforter l'affirmation selon laquelle il s'agit, pour ces différents mécanismes, de véritables mesures de sûreté. Elles sont en effet inscrites comme telles dans le code pénal allemand qui les distingue clairement des peines.

Le second constat consiste à souligner le désordre dans lequel ces mesures se trouvent en droit français, contrairement au droit allemand qui a inséré et classé ces mesures au sein du code pénal en leur assignant un régime propre. Leur analyse au fond permet de mettre en lumière les nombreux doublons qui existent, fonctionnant sous une étiquette parfois erronée et avec des régimes inadéquats. Il nous semble notamment que les nombreuses mesures de surveillance mériteraient d'être remplacées par une seule « surveillance de sûreté » avec un régime adapté à sa finalité. Si l'identification des nombreuses mesures en droit français n'est pas toujours aisée en raison des confusions entretenues par le législateur, leur fondement – la dangerosité – et leur finalité exclusivement préventive permettent d'affirmer, avec suffisamment de certitude, qu'il s'agit, en réalité, de véritables mesures de sûreté substantielles. Une désignation formelle en ce sens serait de nature à lever tout doute possible et apparaît, de ce fait, fortement souhaitable. Une refonte des différentes mesures semble, par conséquent, s'imposer.

Conclusion du Titre II

487. L'inventaire des mesures de sûreté existantes permet d'affirmer qu'elles s'incarnent en des formes multiples mais ont toutes pour point commun d'être motivées par la dangerosité de l'intéressé. La diversité des formes sous lesquelles ces mesures se présentent atteste de leur utilité dans des domaines divers où les peines s'avèrent insuffisantes ou inadaptées. Leur abondance empêche d'ignorer plus longtemps leur existence qui mériterait que l'on lui accorde une place véritable et explicite. Le désordre du droit français est, à cet égard, particulièrement frappant en raison des nombreux doublons mais également, et surtout, des qualifications hasardeuses des mesures existantes ainsi que de l'absence de régime juridique unifié. Le législateur semble parfois guidé par une logique opportuniste en créant une nouvelle sanction dont la ressemblance avec un dispositif existant n'échappe à personne mais qui se présente sous un nouveau « déguisement juridique » permettant de contourner les règles fondamentales régissant la matière. Chaque mesure obéit ainsi à des régimes « bricolés » sur mesure tantôt par le législateur, tantôt par la jurisprudence.

La confrontation du droit français au droit allemand met en avant les multiples recoupements existant entre les deux ordres juridiques, en dépit de l'apparente opposition entre le système allemand dualiste et le système français unitaire de sanctions pénales. Pour un grand nombre de mesures, il est dès lors possible de parler de « duperie des étiquettes », le législateur français évitant avec soin de consacrer la notion de mesure de sûreté. L'expérience allemande en matière de mesures de sûreté permet de tirer des conclusions pouvant inspirer le législateur français, tant pour ce qui constitue des exemples à suivre que pour les erreurs qu'il convient d'éviter. À ce titre, s'intéresser aux nombreuses confrontations du droit allemand à la Convention européenne des droits de l'homme permet de mieux baliser la voie vers la conventionalité des règles françaises¹. Sur cette base, les mesures existantes pourraient être regroupées, ordonnées et classées à l'intérieur d'un système dualiste de sanctions pénales distinguant clairement la catégorie des peines de celle des mesures de sûreté, avec des régimes juridiques adaptés.

Le recensement généré au présent titre constitue par conséquent une proposition de catalogue indispensable à la consécration explicite des mesures de sûreté au sein du Code pénal.

¹ En ce sens, v. J.-P. Céré, « L'appréciation *in concreto* de la conventionnalité de la rétention de sûreté », note sous CEDH, Grosskopf c. Allemagne, 21 oct. 2010, n° 24478/03, *AJ Pénal*, 2011, p. 45.

Conclusion de la 1^{ère} Partie

488. On assiste actuellement à une véritable émergence des mesures de sûreté qui a été amorcée à la fin du XIX^e siècle. La technique de la mesure de sûreté en tant que deuxième voie de sanctions pénales, existant aux côtés des peines, est ancrée en droit pénal allemand depuis la consécration du système dualiste par le législateur allemand en 1933. À l'inverse, la consécration de ces mesures est, en France, marquée par l'ambiguïté dans le sens où le législateur, tout en refusant d'adopter la conception dualiste, ne dédaigne pas d'avoir recours au mécanisme des mesures de sûreté. La première décennie du XXI^e siècle reflète particulièrement cette volonté toujours plus marquée de lutter contre le phénomène criminel en multipliant et diversifiant les sanctions, les peines ayant clairement démontré leurs limites. On constate l'instauration d'un nombre toujours croissant de mesures de sûreté, insérées tantôt dans le Code de procédure pénale, tantôt dans le Code pénal. La conception unitaire sur lequel repose ce dernier code explique sans doute le désordre dans lequel ces mesures surgissent et l'incohérence des qualifications et régimes adoptés. L'approche comparative permet néanmoins de déceler, parmi les dispositifs existants, de véritables mesures de sûreté. La jurisprudence œuvre à la reconnaissance d'une partie d'entre elles, en leur conférant un régime parfois opportuniste. Les mesures de sûreté méritent indéniablement de faire l'objet d'une consécration véritable et d'une refonte en profondeur.

En définitive, si le droit pénal reposait classiquement sur le lien logique entre l'infraction et la peine, ce droit s'est enrichi d'une nouvelle technique de sanctions pénales reposant sur le lien entre la dangerosité et la mesure de sûreté. Toutefois, il ne s'agit pas, pour ces dernières, de supplanter le droit de la responsabilité pénale mais bien au contraire de le compléter, peines et mesures de sûreté devant coexister au sein du droit pénal grâce à une relation de complémentarité. L'emballement législatif autour de la dangerosité des délinquants et des mesures destinées à la contenir n'est-il pas justement le signe d'un abandon progressif de la conception unitaire ? Dans quelle mesure cette nouvelle forme de sanctions pénales possède-t-elle aujourd'hui une existence autonome ?

2nde PARTIE :

L'AUTONOMIE DES MESURES DE SÛRETÉ

489. Interrogations sur l'autonomie des mesures de sûreté. Le constat de l'émergence des mesures de sûreté amène inéluctablement à s'interroger sur leur autonomie¹ qui est un préalable nécessaire au véritable avènement de celles-ci. Pour être autonome, une notion requiert une définition légale ainsi qu'une place à part entière dans le système juridique dans lequel elle s'inscrit. L'autonomie des mesures de sûreté ne se conçoit par conséquent qu'en présence d'une reconnaissance explicite par le législateur afin qu'elles puissent jouir d'un régime indépendant de celui des peines. Les mesures de sûreté ne peuvent en effet déployer pleinement leurs fonctions qu'à la condition d'être clairement identifiables par elles-mêmes. Leur originalité ne peut s'exprimer réellement qu'à travers un ensemble de dispositions spécifiques : elles doivent être capables d'exister par leurs propres règles et d'affirmer leurs particularités.

Certains éléments permettent d'ores et déjà de conclure à une autonomie émergente des mesures de sûreté. Il est vrai que ces mesures qui existent en nombre croissant exhibent des caractéristiques et finalités spécifiques qui ne sauraient être ignorées, encore moins supprimées. Elles permettent, au contraire, d'affirmer que les mesures de sûreté forment indéniablement une technique juridique particulière – au moins partiellement autonome. Il importe, dès lors, de vérifier en quoi les mesures de sûreté obéissent à une logique qui leur soit propre et, partant, en quoi elles se distinguent des peines.

L'autonomie des mesures de sûreté semble néanmoins connaître des limites. Ces mesures sont en effet soumises, en sus de leur régime propre, à certaines règles de droit commun qui régissent l'ensemble des sanctions pénales. Aussi présentent-elles des traits communs avec les peines, avec lesquelles elles doivent s'articuler de manière harmonieuse pour former ensemble un système complet de sanctions pénales. Il est manifeste que leur autonomie se

¹ Sur la question de l'autonomie des mesures de sûreté, v. également L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, op. cit.

trouve réduite du fait de n'être que partiellement indépendantes du second volet de sanctions pénales. Or il convient de s'interroger sur la teneur de ces limites : constituent-elles un véritable obstacle à leur avènement en tant qu'entité autonome ou assurent-elles, au contraire, une continuité autorisant aux mesures de sûreté de s'inscrire de manière cohérente dans ledit système et d'y affirmer leur légitimité ?

Si les mesures de sûreté tentent de s'imposer, en droit positif, depuis plus d'un siècle déjà – ce qu'elles ont réussi à faire de manière relativement rapide en Allemagne –, leur multiplication récente en droit français démontre leur utilité et la nécessité de conforter leur existence par une consécration législative expresse. Leur autonomie, encore relativement limitée *de lege data* (Titre I), mériterait d'être confortée *de lege ferenda* (Titre II), afin de surmonter les obstacles à leur avènement.

TITRE I :

UNE AUTONOMIE LIMITÉE

490. Le caractère inabouti de l'autonomie des mesures de sûreté. L'émancipation des mesures de sûreté suppose de délimiter leur domaine, en dépassant les limites à leur autonomie. Celles-ci tiennent à plusieurs raisons qui sont autant de facteurs d'unité des sanctions pénales et rendent complexe toute démarcation claire des peines et des mesures de sûreté. Certains de ces facteurs sont liés aux choix opérés par le législateur tandis que d'autres sont inhérents à l'appartenance des mesures de sûreté à la catégorie plus large des sanctions pénales.

En premier lieu, les mesures de sûreté n'étant pas radicalement opposées aux peines en tous points, le concept de mesure de sûreté revêt un caractère flou (Chapitre I) qui restreint l'autonomie des mesures concernées et qu'il convient d'essayer de corriger.

En second lieu, la soumission des mesures de sûreté aux principes fondamentaux du droit pénal (Chapitre II) régissant initialement les peines est de nature à rapprocher les premières des secondes. Or un tel constat, loin de promouvoir la thèse unitaire des sanctions pénales, doit contribuer à poser des fondations solides d'un régime dualiste respectueux des libertés individuelles. Les mesures de sûreté ne sauraient en effet s'affranchir des impératifs juridiques fondamentaux résultant notamment du développement des droits de l'homme, s'éloignant ainsi des théories originelles sur les mesures de défense sociale. Si les mesures de sûreté ne sont actuellement pas visées, de façon expresse, par les normes supralégislatives régissant le droit pénal, c'est essentiellement parce qu'elles n'ont pas encore accédé à une autonomie complète. Une consécration aboutie passera donc nécessairement par une confrontation à ces normes, dans le dessein d'ériger un régime conforme aux exigences fondamentales auxquelles aucune sanction pénale ne saurait se soustraire.

Chapitre I :

Le caractère flou du concept de mesure de sûreté

491. Le concept¹ de mesure de sûreté, qui peut de prime abord paraître classique, est en réalité d'apparition relativement récente et manque, de ce fait, d'expérience pratique. Ce concept est d'autant plus difficile à cerner qu'il se confond partiellement avec des concepts voisins, notamment celui de peine.

Ce caractère flou provient d'au moins deux facteurs. D'une part, la notion de mesure de sûreté est entourée d'une grande incertitude (Section 1) qui n'en facilite pas l'appréhension. D'autre part, et sans doute est-ce une conséquence du caractère incertain de la notion, les contours mêmes des mesures de sûreté sont imprécis (Section 2), en raison des nombreux recoupements ou rapprochements avec les peines.

Section 1 :

L'incertitude de la notion de mesure de sûreté

492. Facteurs internes et européens de l'incertitude de la notion. La notion de mesure de sûreté ne forme pas, parmi les sanctions pénales, une catégorie juridique clairement identifiable. Cette incertitude s'explique, d'abord, par les insuffisances de la reconnaissance des mesures de sûreté en droit interne (§ 1), ensuite par l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme qui retient une définition autonome des sanctions pénales (§ 2)². Si le flou de la notion de mesure de sûreté « garantit sa malléabilité »³, il nécessite néanmoins d'être corrigé.

¹ Sur la distinction entre le « concept » et la « notion », v. *supra*, n° 24 (première note de bas de page du paragraphe).

² Sur l'euphémisation du droit pénal, v. J. Leblois-Happe, « Le Code pénal et le droit européen : harmonie ou cacophonie ? », in : L. Saenko (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, *op. cit.*, p. 37 s.

³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3^e éd., LexisNexis, 2014, n° 1265, p. 901.

§ 1 : Les insuffisances de la reconnaissance des mesures de sûreté en droit interne

493. Les droits pénaux français et allemand admettent, de manière plus ou moins assumée, l'existence simultanée des peines et des mesures de sûreté, sans que ces dernières ne fassent l'objet d'une définition claire en droit positif. Si la reconnaissance des mesures de sûreté par le droit allemand ne s'en trouve pas affectée, il n'en demeure pas moins que la place de ces mesures ne fait pas l'objet d'un consensus (A), ce qui semble entraver leur reconnaissance par le droit français. Cette absence de consensus peut se comprendre à la lumière de la comparaison des deux droits qui met en exergue la relativité des catégories juridiques établies (B).

A. L'absence de consensus sur la place des mesures de sûreté

494. Les mesures de sûreté font partie de ces concepts qui ont toujours divisé l'opinion, et qui ne feront sans doute jamais l'unanimité. Elles sont intimement liées à l'orientation de la politique pénale tout entière. Leur existence autonome fait l'objet de vives contestations doctrinales (1) qui se trouvent souvent confortées, en France, par les hésitations législatives et jurisprudentielles (2) et *vice versa*.

1. Les contestations doctrinales de l'existence autonome des mesures de sûreté

495. Constance des contestations des mesures de sûreté. Une partie de la doctrine s'est, depuis l'apparition des premières théories sur les mesures de sûreté¹, montrée hostile à ce concept. Une telle hostilité peut encore s'observer à l'ère contemporaine², les mesures de sûreté ayant, de ce fait, des difficultés à s'imposer véritablement. Les contestations dont elles font l'objet concernent aussi bien l'autonomie de leur existence en tant que deuxième voie de sanctions pénales que le principe même de leur existence en tant que mesures purement préventives au sein de l'arsenal pénal. Ainsi, dès qu'une mesure est adoptée, des voix s'élèvent pour réclamer son abrogation. On peut citer comme exemples la rétention et la surveillance de sûreté qui, adoptées en 2008, font partie des dispositifs que le président de la République actuel s'est engagé, dès son élection en 2012, à supprimer. Un consensus semble, dès lors, difficile à trouver et la notion de mesure de sûreté a vraisemblablement encore ses

¹ V. *supra*, n° 24 s.

² V. p. ex., à propos de la rétention de sûreté, *supra*, n° 135.

preuves à faire. Certains auteurs continuent à s'opposer à la distinction entre peines et mesures de sûreté, qu'ils jugent « divinatoire » et « de peu de conséquences pratiques »¹. Ces contestations freinent l'autonomie et fragilisent la légitimité des mesures de sûreté.

496. La multitude de thèses unitaires. Les thèses unitaires consistent à remettre en cause la distinction entre peine et mesure de sûreté qui ne serait pas suffisamment justifiée et à laquelle il convient de préférer le terme plus global de sanction. Pour certains auteurs, ces deux types de sanctions pénales sont des pièces interchangeables d'une stratégie unique de contrôle des délinquants dangereux². À la vérité, il n'y a pas une mais une multitude de thèses unitaires, tant les points de vue peuvent diverger. Toutes ont néanmoins en commun de s'opposer à un système dualiste comportant deux voies de sanctions pénales nettement établies. Elles tendent soit à une unification ou une fusion des peines et mesures de sûreté, soit à un choix entre ces deux types de sanctions.

Les tenants de la doctrine positiviste préconisaient notamment le remplacement des peines, inefficaces selon eux pour endiguer le phénomène criminel, par les mesures de sûreté³. Mais une telle conception n'a jamais réussi à s'imposer en droit positif. D'autres tenants du système unitaire, au contraire, exigent aujourd'hui la suppression des mesures de sûreté⁴. Un grand nombre de positions intermédiaires remettent simplement en cause la distinction, en soutenant que l'« opposition radicale » des peines et des mesures de sûreté est « excessive »⁵. La question d'une possible unification des peines et des mesures de sûreté a été abordée aussitôt que les premières théories sur les mesures de sûreté ont été élaborées⁶. Dans les

¹ J.-H. Robert, *Droit pénal général*, op. cit., p. 409.

² H.-J. Albrecht, « Antworten auf Gefährlichkeit - Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug », in: Th. Feltes, Ch. Pfeiffer, G. Steinhilper, *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006, p. 191 s., cit. p. 203.

³ V. supra, n° 28.

⁴ En ce sens, v. p. ex. le Rapport du jury de la Conférence de consensus remis au Premier ministre, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes*, site du ministère de la Justice, 20 févr. 2013, p. 29, recommandation n° 10. Pour un commentaire relatif aux propositions effectuées dans ce rapport, v. not. M. Herzog-Evans, « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.*, 2013, chron. p. 720 s. ; J. Pradel, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule », *art. cit.*, p. 725 s.

⁵ Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 450, p. 259.

⁶ Pour ne citer que quelques exemples, v. : M. Quintiliano Saldana, « Peines et mesures de sûreté (Un épilogue au Congrès de Bruxelles) », *RIDP*, 1927, p. 7 s. ; F. Grispigni, « Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 757 s. ; L. Jimenez De Asua, « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.*, p. 21 s. ; J. Verin, « Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 529 s. ; R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 179 s.

systèmes unitaires proposés, les catégories juridiques étaient souvent brouillées ou les mesures de sûreté dissimulées parmi les peines.

Plus récemment, on a observé en doctrine des confusions entre les différentes catégories, sans que cela implique nécessairement la volonté des auteurs considérés de parvenir à une unification entre peines et mesures de sûreté. On peut citer, à titre d'exemple, une magistrate selon laquelle, avec l'instauration de la rétention de sûreté, « on assiste à une sorte de "transfiguration" de la peine qui devient, "à bas bruit" et sans vraiment que les termes du débat aient été posés, une mesure de sûreté »¹.

Il convient de s'arrêter un instant sur les arguments opposés au système dualiste, puis sur les propositions en faveur d'un système unitaire de sanctions pénales.

497. Les opposants au système dualiste. La Commission internationale pénale et pénitentiaire a fait observer, en juillet 1951, que « le dualisme de la peine et de la mesure de sûreté, qui s'atténue de plus en plus dans la pratique des systèmes pénitentiaires modernes, devrait être autant que possible évité »². De manière comparable, le VI^e Congrès international de droit pénal a exprimé en 1953 le vœu que « les futures législations pénales s'inspirent des principes selon lesquels, au lieu d'ajouter à la peine une mesure de sûreté distincte et de soumettre le sujet à divers traitements successifs, on fixerait dès le début un traitement qui, dans toute la mesure du possible, serait unitaire et adapté aux diverses catégories d'individus »³. Monsieur Céré a d'ailleurs fait remarquer que « la conception dominante de la doctrine [...] soulign[ait] le caractère artificiel de leur distinction, voire sa caducité »⁴.

Ainsi Franz von Liszt a-t-il dénoncé, comme on l'a vu, dès son apparition, l'artificialité de la distinction entre peine et mesure de sûreté⁵. De la même manière, Kohlrausch observait en 1924 que le système de la double voie contenait une « duperie des étiquettes » (*Etikettenschwindel*)⁶. Le professeur Lopez-Rey a également pu soutenir en 1981 l'affirmation suivante : « la distinction entre peine et mesure de sûreté est aujourd'hui fictive et, en règle générale, l'application de ces dernières donne lieu, sous le prétexte de la réadaptation ou de la rééducation, à une violation brutale des droits humains quand bien même ces mesures de

¹ P. Bruston, « La rétention de sûreté est elle une modalité d'application des peines ? », *art. cit.*, p. 403 s.

² B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 524, p. 432.

³ *Actes du VI^e Congrès international de droit pénal*, Rome, 1953, Giuffré éd., 1957, p. 309.

⁴ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 43. L'auteur renvoie à P. Poncela, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 94.

⁵ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 280. V. aussi *supra*, n° 27 et 283.

⁶ E. Kohlrausch, « Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand », *art. cit.*, p. 21 s.

sûreté sont appliquées sur la base d'une décision judiciaire »¹. Et de poursuivre qu' « en outre, dans la plupart des pays, n'existent pas les conditions requises pour appliquer d'une manière effective pareilles mesures ».

Pour Monsieur Delage, « la frontière entre peine et mesure de sûreté est à ce point infime et perméable que le maintien de la distinction peut parfois sembler ne plus relever que de la malice intellectuelle »². Il souligne « l'artificialité de la distinction » en affirmant qu' « une simple pirouette sémantique ne saurait [...] ôter à la mesure de sûreté les caractéristiques prêtées à la peine » et que, « tout au contraire, l'immense relativité de la distinction révèle que, au moins sur un point essentiel [...] peine et mesure de sûreté se rejoignent : leur prononcé respectif postule, en effet, *l'imputabilité* de la personne à laquelle il s'applique ». Ce dernier point n'est cependant pas exact et mérite d'être nuancé : s'il est vrai que toute mesure suppose la commission d'un acte objectivement délictueux³ – encore que l'on puisse, même à cette règle, trouver certaines exceptions ponctuelles de mesures *ante delictum*⁴ –, toute mesure ne suppose, au contraire, pas l'imputabilité de la personne, une partie d'entre elles étant applicables aux personnes pénalement irresponsables⁵.

Aujourd'hui encore, de nombreux auteurs contestent la distinction établie entre ces deux types de sanctions, en minimisant leurs différences. Selon eux, la peine et la mesure de sûreté ont toutes les deux un effet de dissuasion individuelle et un effet répressif et il serait donc caricatural de penser que seule la peine a pour finalité la rétribution et que seule la mesure de sûreté permet de lutter contre la dangerosité⁶. En ce sens, il a été écrit que « quoi qu'en dise la dogmatique, la séparation n'est ni claire ni incontestable. Non seulement parce que toute peine comporte un objectif de prévention et parce que toute mesure de sûreté prononcée par le juge pénal est ressentie par celui qui la subit comme une rétribution/punition, mais encore parce que le droit comparé montre que les mêmes mesures peuvent indifféremment, selon les pays, être qualifiées de peine ou de mesure de sûreté. Pour exemple simplement (dans les pays continentaux) : la détention-sûreté allemande est, sans doute aucun, qualifiée de mesure de sûreté, la rétention de sûreté française (malgré le silence du Conseil constitutionnel) est sans

¹ M. Lopez-Rey, « Quelques réflexions sur le danger de la notion de dangerosité », in : Ch. Debuyst (dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, op. cit., p. 327 s., cit. p. 328.

² P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », art. cit., p. 797 s.

³ V. *infra*, n° 762 s.

⁴ V. *supra*, n° 38.

⁵ V. *supra*, n° 239 s. et 471 s.

⁶ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit. V. aussi X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », art. cit., p. 527 s.

doute une mesure de sûreté inavouée mais au régime spécifique, la mise à disposition belge est une peine complémentaire, alors que, foncièrement, toutes ces mesures sont semblables »¹.

498. Les partisans du système unitaire. Dans ses premiers écrits sur les mesures de sûreté, Marc Ancel a pu affirmer que « plus qu'à la fusion formelle de la peine et de la mesure de sûreté, le droit et l'expérience pénale aujourd'hui nous font assister à une interpénétration progressive de deux institutions d'après laquelle l'une et l'autre se rapprochent et se combinent, sans néanmoins se confondre tout à fait »². Il proposait, par conséquent, l'intégration de ces notions dans un système unitaire de sanctions, dans le cadre d'une « politique criminelle rationnelle de "prévention du crime et de traitement des délinquants" »³.

Du point de vue de la pratique pénitentiaire, l'auteur estimait que la distinction devenait même « pure fiction » puisqu'on cherche le meilleur système à appliquer à l'individu détenu dans un établissement pénitentiaire, qu'il soit enfermé pour purger une peine de prison ou au titre d'un internement de sûreté⁴.

Du point de vue de la politique criminelle, une prévention efficace de la récidive suppose, selon lui, de jumeler, sur le terrain législatif et pénitentiaire, « la mesure éducative – ou curative – avec la sanction punitive »⁵. C'est ainsi que la politique criminelle préconisée par Ancel devait « prendre principalement pour guide de son action l'efficacité de la sanction à l'égard de l'individu qui en fait l'objet ou du groupe d'individus dont il fait partie »⁶. Il y a donc, dans la doctrine nouvelle de la défense sociale, « non pas unification, mais intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un régime unitaire de sanctions pénales fondé sur des critères à la fois physiques, sociaux et moraux et ordonné par une politique criminelle où le droit pénal joue uniquement son rôle normal, mais essentiel, de technique appelée à servir de garantie nécessaire à la liberté individuelle »⁷.

Marc Ancel est même allé jusqu'à écrire que la peine et la mesure de sûreté avaient cessé de s'opposer, au point que l'on devrait pouvoir employer un procédé ou un autre sans avoir à le qualifier « peine » ou « mesure », car ce n'est pas sa dénomination formelle, mais le

¹ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

² M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 56.

³ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 230. V. aussi B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, L'Harmattan, 2010, p. 123.

⁴ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 229.

⁵ *Ibid.*, p. 232.

⁶ *Ibid.*, p. 230.

⁷ *Ibid.*, p. 232.

contenu et la coloration de la sanction qui importe¹. Il considérait que d'un point de vue du droit positif, le classement des sanctions dans l'une ou l'autre catégorie était souvent incertain ou sujet à discussion. Selon lui, l'emprisonnement était devenu une mesure rééducative et la confiscation spéciale, la fermeture d'établissement et les interdictions professionnelles étaient difficiles à ranger. « Telle "mesure" peut [...] tour à tour ou tout à la fois, prendre un caractère préventif ou punitif »², comme la suspension ou l'annulation du permis de conduire. À ce titre, Ancel a constaté que certains codes pénaux modernes, comme le code suédois de 1962 ou le code suisse de 1937, en étaient arrivés à « ranger ensemble, pêle-mêle, des sanctions dont on renon[çait] à dégager le caractère juridique propre », préférant employer un terme générique tel que celui de « sanction »³. L'auteur a enfin constaté qu'« il n'exist[ait] plus d'opposition irréductible entre responsabilité et périculosité ; car l'une et l'autre sont des [...] expressions *sociales* – de la personnalité. [...] Responsabilité et périculosité doivent être appréciées l'une et l'autre par le juge pénal qui [...] dans un système rationnel doit pouvoir se servir de la peine ou de la mesure [de sûreté] – de l'une ou de l'autre, sinon de l'une et de l'autre – dans la mise en œuvre concrète de la réaction anticriminelle »⁴.

Citons pour terminer le professeur Nuvolone qui décrivait en 1956 le contenu du système unitaire qu'il prônait en ces termes : « L'unification de la peine et de la mesure de sûreté que nous souhaitons tous de voir s'introduire dans nos législations pénales [...] fondera nécessairement, à des degrés divers, sanction et récupération, suivant le type de coupable auquel la mesure unifiée s'appliquera. C'est toute une échelle qui va de la sanction pure et simple pour certains types de délits et de délinquants (pour ce que M. Ancel appelle *délits artificiels*) à la mesure curative pure et simple pour certains types d'anormaux »⁵.

499. Les critiques des thèses unitaires. À cette théorie de l'unification des réponses pénales ont été opposées de nombreuses critiques⁶. La confusion des peines et des mesures de sûreté entraînerait en effet celle de leurs fondements qui devraient, pourtant, être bien distincts : la commission d'un acte pour la peine et l'état dangereux de la personne pour la

¹ *Ibid.*, p. 230.

² *Ibid.*, p. 231.

³ *Ibid.*, p. 231.

⁴ *Ibid.*, p. 251.

⁵ P. Nuvolone, « Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale », *RSC*, 1956, p. 231 s., cit. p. 236.

⁶ V. p. ex. L. Jimenez De Asua, « La mesure de sûreté – Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.*, p. 21 s. Cet auteur s'est opposé à l'unification en estimant que la peine et les mesures de sûreté étaient de nature différente et qu'il était nécessaire de maintenir ces différences. Mais il défendait, en définitive, l'idée selon laquelle il fallait choisir entre les deux en substituant la mesure de sûreté à la peine en cas de besoin, et non les appliquer de manière cumulative.

mesure de sûreté. Une telle confusion aurait pour conséquence logique de brouiller les finalités et les régimes de ces deux sanctions, qui pourraient être infligées sans limite de temps ou de moyens¹ – conséquence peu souhaitable. Notons, toutefois, que Marc Ancel a pris le soin de défendre le respect du principe de légalité² pour pouvoir concilier, au sein de la conception moniste de la sanction pénale, défense sociale et humanisme juridique tout en évitant les « errements de la "double voie" » des systèmes de 1930³.

Si un important courant doctrinal défend aujourd'hui la théorie dualiste des sanctions pénales⁴, il est toutefois indéniable que jusqu'à présent, ni la législation, ni la jurisprudence ne sont parvenues à conférer un fondement solide à cette théorie.

2. Les hésitations législatives et jurisprudentielles

500. Le brouillage des catégories juridiques est accentué par les hésitations du législateur et du juge à qualifier telle ou telle sanction clairement de mesure de sûreté et à en tirer toutes les conséquences quant au régime applicable.

501. Hésitations législatives. Le législateur français, comme on l'a souligné à maintes reprises⁵, « n'a jamais formellement ratifié la distinction de la peine et de la mesure de sûreté, devenue singulièrement délicate à mettre en œuvre »⁶. Il a, en effet, opté pour un système de sanctions pénales à voie unique, tout en introduisant, en parallèle, des mesures de sûreté, qu'il a dénommées tantôt peines complémentaires, tantôt mesures d'exécution de la peine, tantôt mesures de sûreté. Dans cette dernière hypothèse, il a toutefois, le plus souvent, veillé à les garder hors du Code pénal en les insérant délibérément au Code de procédure pénale, induisant par là même une confusion avec les modalités d'application des peines⁷. Aussi, la dénomination légale retenue ne fournit-elle pas toujours un indice fiable, dans la mesure où certaines sanctions sont formellement qualifiées de « peines », alors qu'elles sont

¹ B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 135.

² M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 232. V. aussi M. Ancel, « Une définition de la Défense sociale ? », *RSC*, 1956, p. 447 s., spéc. p. 451 : « Dans l'état actuel de la politique criminelle des États modernes, l'auteur d'un acte anti-social n'est susceptible de provoquer légitimement la réaction anti-criminelle étatique que dans la mesure où il a commis une infraction ». « La référence à cette expression contient donc implicitement mais nécessairement une référence à un système de légalité ».

³ M. Ancel, « Examen de conscience de la Défense sociale, le problème du traitement du délinquant », *RSC*, 1978, p. 945 s., cit. p. 953.

⁴ V. *supra*, n° 32, 64 et *infra*, n° 789.

⁵ V. *supra*, not. n° 116, 121 s., 413, 442, 443 s.

⁶ Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 450, p. 260.

⁷ V. plus en détail, *supra*, n° 124 s.

majoritairement considérées comme relevant substantiellement des mesures de sûreté¹. Il en allait ainsi, à titre d'exemple, de la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 instaurant des mesures d'interdiction, de déchéance, d'incapacité ou retrait d'un droit, ou encore de confiscation ou de fermeture d'établissement, sous l'appellation de « peine » susceptible d'être prononcée à titre principal.

Partant, l'autonomie de la notion de mesure de sûreté se heurte à l'obstacle de la qualification formelle retenue par le législateur. Le Code pénal actuel, en réaffirmant le monisme de la sanction pénale sous la qualification unique de peine, a « confirmé cette impression que la distinction des peines et des mesures de sûreté était largement artificielle »². De plus, il semblerait que le législateur procède à des qualifications totalement arbitraires, sans véritable cohérence. En ce sens, le professeur Robert avait fait remarquer que « sont pénales les sanctions qu'il plaît au législateur de qualifier ainsi »³. La conséquence en est que les mesures de sûreté présentes en droit pénal français « sont éparses, fragmentaires, et un inventaire véritablement complet serait délicat à dresser »⁴.

La législation semble obéir à une logique de réaction aux faits divers, au détriment d'une politique pénale préventive réfléchie et cohérente⁵.

502. Hésitations jurisprudentielles. La jurisprudence procède à la qualification de ces mesures en fonction du régime juridique qu'elle souhaite retenir, sans échapper, elle non plus, à toute incohérence⁶. Ainsi, « la chambre criminelle se sert habilement de la distinction [entre peines et mesures de sûreté] pour justifier des positions parfois discutables »⁷. La qualification de certaines sanctions peut même s'avérer mouvante à l'intérieur de la jurisprudence, en fonction des règles mises en œuvre⁸. En ce qui concerne la terminologie employée par la Cour de cassation, on constate qu'elle évite « de recourir, tout au moins explicitement, à la notion de mesure de sûreté », en lui préférant l'expression « mesure de police et de sécurité », historiquement moins évocatrice⁹. La jurisprudence s'est donc fondue dans la tendance

¹ Sur la distinction incertaine entre peines et mesures de sûreté, v. entre autres, X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 312, p. 300 s. ; X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *art. cit.*, p. 81 s. ; V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », *art. cit.*, p. 69 s.

² D. Rebut, « Le retour des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 495 s.

³ J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 55.

⁴ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 632, p. 501.

⁵ V. J. Herrmann, « Les lois "faits-divers". Approche de droit comparé franco-allemand », *art. cit.*, à paraître.

⁶ V. plus en détail, *supra*, n° 209.

⁷ Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 450, p. 260.

⁸ V., à propos de la nature du retrait de points du permis de conduire, J.-P. Céré, « L'impasse juridique du permis à points », *Gaz. Pal.*, 28-29 janv. 2000, p. 8 s.

⁹ V. J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 44.

unitaire de la sanction pénale, tout en ayant explicitement recours au concept de mesure de sûreté et à des régimes dérogatoires à celui de la peine. L'ambivalence de ses décisions – sans doute renforcée par l'obscurité des dispositifs légaux – ne fait qu'ajouter à l'incertitude des catégories juridiques.

503. Difficultés soulevées. Comme le souligne pertinemment le professeur Pin, en ayant refusé de trancher clairement le débat entre peine et mesure de sûreté, le codificateur de 1992 « a favorisé les mélanges et permis l'apparition, dans le droit commun, de pénalités *sui generis* »¹. Plus encore, le législateur contemporain amplifie la confusion en refusant de « qualifier nettement les mesures qu'il fulmine »². Ainsi l'auteur met-il en avant le phénomène actuel d'hybridation de la peine qui entraîne un flottement sémantique et procède d'une « véritable mutation génétique » de cette institution. Contrairement au système de la double voie des sanctions pénales qui est en vigueur en droit allemand, les deux institutions que sont les peines et les mesures de sûreté ne sont donc pas clairement distinguées ni identifiées en droit français. Si le législateur est aujourd'hui incontestablement « décomplexé face aux mesures de sûreté »³, la loi n'a toutefois pas le mérite de la clarté qui serait nécessaire à une application cohérente de ces mesures. Ces confusions et dénaturations qui portent atteinte à la pureté des catégories juridiques doivent, par conséquent, être dénoncées⁴. Il est vrai que toute différence de nature entraîne normalement une différence de régime⁵. Or, une telle affirmation suppose encore que l'on reconnaisse cette différence de nature, puisque l'art du droit repose davantage sur la distinction que sur le mélange⁶.

Le professeur Mayaud remarque que l'approche des mesures de sûreté n'est pas facile et que le Code pénal actuel, en optant pour un système unitaire, a contourné les difficultés de conception inhérentes à la mesure elle-même⁷. Ainsi, les définitions qui en sont données « ne suffisent pas pour se convaincre des réalités juridiques engagées, des différences substantielles avec la peine, voire avec d'autres dispositions voisines », ces « incertitudes ne

¹ X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *art. cit.*, p. 83.

² *Ibid.*, spéc. p. 83.

³ *Ibid.*, spéc. p. 85.

⁴ En ce sens, *ibid.*, spéc. p. 85.

⁵ V. J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255 s.

⁶ X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *art. cit.*, p. 85.

⁷ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

[pouvant] que générer le doute, tant sur les fondements d'une disposition échappant à une identification certaine, que sur les traits et caractères qui en dessinent les propriétés »¹.

Faute de consensus en doctrine et de consécration législative et jurisprudentielle, la reconnaissance de la notion de mesure de sûreté est insuffisante, si bien que l'autonomie de celle-ci est fortement limitée. Les difficultés qui en résultent mettent également en lumière la relativité des catégories juridiques établies.

B. La relativité des catégories juridiques établies

504. La nature intrinsèque d'une sanction n'est pas toujours évidente et peut donner lieu à des hésitations. Aussi l'absence d'une reconnaissance explicite des mesures de sûreté en dépit de l'existence de celles-ci révèle-t-elle la relativité des catégories juridiques retenues en droit interne (1). Cette relativité apparaît avec plus de flagrance encore en droit comparé (2).

1. La relativité des catégories juridiques en droit interne

505. Les catégories juridiques établies en droit interne ne constituent pas un indice fiable permettant de délimiter les différents types de sanctions pénales et d'identifier, parmi elles, les mesures de sûreté. En effet, le droit positif français contient de nombreuses mesures de sûreté dissimulées (a), mais également des mesures qui, sans relever de cette catégorie, sont semblables aux mesures de sûreté (b).

a. Les mesures de sûreté dissimulées

506. Incohérence législative. En dépit du choix législatif d'opter, lors de l'élaboration du Code pénal de 1992, pour une simplification consistant à appeler formellement toutes les réponses aux infractions des « peines », certaines sanctions s'apparentent davantage à des mesures de sûreté², leur nature véritable étant de ce fait incertaine³. D'autres sanctions sont même « mixtes », en ce qu'elles existent à la fois sous la dénomination de mesure de sûreté et de « peine complémentaire ». Ainsi, « le masque terminologique de la plupart des mesures de

¹ *Ibid.*

² V., en ce sens, *ibid.*

³ V. *supra*, n° 122 s.

sûreté peut s'expliquer par la conception unitaire recherchée par le nouveau code pénal »¹. Or, on l'a vu, cette simplification voulue par le législateur s'avère, somme toute, être avant tout une source de complications². De surcroît, la conception unitaire n'est pas réalisée à tous les niveaux, dès lors que certaines mesures de sûreté fonctionnent sous un régime spécifique³. Cela explique sans doute « l'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires »⁴. Pour illustrer notre propos, citons les peines qui s'apparentent à des mesures de sûreté et celles qui sont communément considérées comme telles, puis les sanctions qui existent à la fois sous la dénomination de peine et de mesure de sûreté.

507. Peines complémentaires et accessoires s'apparentant à des mesures de sûreté.

La peine complémentaire est « celle qui s'ajoute ou se substitue à la peine principale et participe, en cela, à la personnalisation de la sanction »⁵. On distingue les peines complémentaires facultatives de celles qui sont obligatoires ; mais elles doivent toutes être expressément prononcées par le juge pour pouvoir s'appliquer. Formellement, c'est sans doute la durée limitée des peines complémentaires (la loi prévoyant un maximum légal) qui les distingue des mesures de sûreté, qui sont par nature indéterminées dans leur *quantum* – encore que, en droit allemand, une partie des mesures de sûreté officiellement reconnues comme telles soient limitées dans leur durée⁶. Or un grand nombre d'entre elles, telle que la fermeture d'établissement⁷, sont matériellement des mesures de sûreté, en raison de leur fondement (la dangerosité de la personne) et de leur finalité (la prévention de la récidive). Lorsqu'elles sont applicables de plein droit, elles semblent même fondées sur une présomption de dangerosité, bien qu'une telle présomption soit fortement critiquable. En effet, elle ne permet ni de s'assurer que la personne est véritablement dangereuse ni d'adapter la mesure à l'évolution de son état.

La peine accessoire, quant à elle, est « celle qui, suivant le sort de la peine principale, s'y ajoute automatiquement sans avoir à être infligée par le juge »⁸. Elle est donc encourue de plein droit. Ces peines qui, en raison de leur automaticité, sont contraires à l'article 132-17 du

¹ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 43.

² V. *supra*, n° 146 s.

³ V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, op. cit.*, n° 658, p. 830.

⁴ J.-H. Robert, « L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », *art. cit.*, p. 241 s.

⁵ V. Peltier, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *art. cit.*

⁶ V. *supra*, la cure de désintoxication (n° 278) et la surveillance de conduite dans certains cas (n° 434).

⁷ V. *supra*, n° 483 s.

⁸ *Ibid.*

Code pénal, prohibant l'exécution de toute peine qui n'aurait pas été expressément prononcée par une juridiction, semblent, de surcroît, être inconstitutionnelles en raison de leur caractère non individualisable. C'est ce que le Conseil constitutionnel a affirmé pour certaines d'entre elles, dès lors qu'elles étaient obligatoires et automatiques¹. Il en va autrement si le juge dispose d'un pouvoir de modulation de la sanction². Le Conseil a ainsi validé l'article L. 234-13 du Code de la route qui dispose que « toute condamnation pour l'une des infractions commises en état de récidive au sens de l'article 132-10 du code pénal donne lieu de plein droit à l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus »³. Il semble ainsi approuver la position de la Cour de cassation qui a qualifié l'annulation du permis de « peine complémentaire obligatoire que le juge est tenu d'ordonner »⁴. Or force est de constater que l'annulation du permis de conduire résulte, en réalité, automatiquement d'une condamnation, sans avoir à être prononcée par le juge et sans que ce dernier ne puisse s'y opposer⁵. Le Conseil se fonde sur l'argument selon lequel la juridiction pénale peut, « outre la mise en œuvre des dispositions du code pénal relatives aux dispense et relevé des peines, fixer la durée de l'interdiction dans la limite du maximum de trois ans [et] que, dans ces conditions, le juge n'est pas privé du

¹ Cette solution a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, invalidant l'article L. 7 du Code électoral, au motif que « cette peine privative de l'exercice du droit de suffrage est attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui décide de ces mesures ait à la prononcer expressément » (cons. 5) : *J.O.*, 12 juin 2010, p. 10849 ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 84, 3^e esp., obs. J.-H. Robert ; *Rev. pénit.*, 2010, p. 421, obs. X. Pin ; *AJ pénal*, 2010, p. 392, obs. J.-B. Perrier ; *D.*, 2010, jurispr. p. 1560, note S. Lavric ; *AJDA*, 2010, p. 1831, obs. B. Maligner. V. aussi Cons. const., 10 déc. 2010, déc. n° 2010-72/75/82 QPC, *préc.* (art. 1741 CGI, publication et affichage du jugement de condamnation). – Cons. const., 27 janv. 2012, déc. n° 2011-211 QPC (Ord. 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires, art. 4, al. 3, interdiction d'inscription sur les listes électorales à la suite d'une destitution) : *J.O.* 28 janv. 2012, p. 1674, *Dr. pén.*, 2012, comm. 36, 1^{re} espèce, obs. J.-H. Robert. – Cons. const., 3 févr. 2012, déc. n° 2011-218 QPC (art. L. 311-7 anc. C. just. mil., perte de grade entraînant la cessation d'office de l'état militaire) : *J.O.* 4 févr. 2012 ; *Dr. pén.*, 2012, comm. 36, 2^e espèce, obs. J.-H. Robert.

² Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-40 QPC (art. L. 234-13 C. route, annulation du permis de conduire), *préc.* – Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-41 QPC (art. L. 121-4 C. consom., publication de la condamnation) : *J.O.* 30 sept. 2010, p. 17783 ; *Constitutions*, 2011, p. 531, obs. A. Darsonville ; *JCP G*, 2010, 1149, note A. Lepage et H. Matsopoulou ; *D.*, 2011, p. 54, note B. Bouloc ; *ibid.* p. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 122, note J.-H. Robert ; *AJ pénal*, 2010, p. 501, obs. J.-B. Perrier ; *RSC*, 2011, p. 182, obs. B. de Lamy ; *ibid.* p. 193, obs. Ch. Lazerges. – Cons. const., 17 mars 2011, déc. n° 2010-103 QPC (art. 1729 CGI, majoration en cas de mauvaise foi ou de manœuvres frauduleuses du contribuable) : *J.O.* 18 mars 2011, p. 4934. – Cons. const., 25 mars 2011, déc. n° 2011-111 QPC (art. L. 8223 C. trav., indemnité forfaitaire) : *J.O.* 26 mars 2011, p. 5407. – Cons. const., 16 sept. 2011, déc. n° 2011-162 QPC (art. 530-1 CPP, condamnation en cas de contestation d'une amende forfaitaire) : *J.O.* 17 sept. 2011, p. 15599 ; Cons. const., 10 févr. 2012, déc. n° 2011-220 QPC (art. 1759 CGI, majoration des droits) : *J.O.* 11 févr. 2012.

³ Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-40 QPC, *préc.*

⁴ Cass. crim., 8 juil. 2010, n° 10-90077.

⁵ V. Peltier, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *art. cit.*

pouvoir d'individualiser la peine »¹. Notons, toutefois, que cette interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis est seulement annexe à l'annulation du permis qui, elle, ne peut pas être individualisée. En outre, l'argument de la possibilité offerte au juge de procéder au relèvement de la peine n'a pas été jugé suffisant par le Conseil pour sauver l'article L. 7 du Code électoral. Cela met en lumière son raisonnement contradictoire, qui peut être considéré comme « facteur d'une insécurité juridique latente »². Au demeurant, le caractère obligatoire et automatique n'a pas été censuré par le Conseil pour les mesures qui ont un caractère exclusivement préventif, si bien qu'elles se trouvent soustraites à l'exigence d'individualisation³.

Ces constats mettent en exergue la fragilité des catégories légales établies et, de ce fait, le flou de la notion de mesure de sûreté, laquelle n'englobe pas formellement toutes les sanctions qui, pourtant, s'y apparentent. On aperçoit ainsi que les qualifications juridiques choisies sont arbitraires et relatives, ne découlant pas toujours de manière logique de la véritable nature de la sanction concernée.

508. Les peines communément considérées comme des mesures de sûreté. Un exemple frappant en est le suivi socio-judiciaire⁴. La majorité de la doctrine s'accorde à dire que « si le suivi socio-judiciaire est formellement une peine, il est en réalité une mesure de sûreté »⁵ ou, à tout le moins, une mesure *sui generis* à caractère hybride¹. En effet, c'est bien

¹ Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-40 QPC, *préc.*, cons. 5.

² V. Peltier, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *art. cit.*

³ Il en va ainsi de la déchéance de plein droit des juges consulaires (art. L. 724-7 C. com.) ou de l'interdiction d'exploiter un débit de boissons (art. L. 3336-3 CSP) : Cons. const., 1^{er} avr. 2011, déc. n° 2011-114 QPC : *J.O.* 2 avr. 2011, p. 5894 ; *Dr. pén.*, 2011, comm. 82, obs. J.-H. Robert. – Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *préc.* – V. également J. Leblois-Happe, « Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20, 31 mars 2012, mise à jour : 9 avr. 2015, n° 16 ; É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2011) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2012, chron. 2, n° 5 ; G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail, T. Potaszkin, « Droit pénal, novembre 2010 – octobre 2011 », *D.*, 2011, p. 2823 s.

⁴ V. aussi, plus en détail, *supra*, n° 414.

⁵ J. Pradel et J.-L. Senon, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », *art. cit.*, p. 208 s. En ce sens, également : D. Roets, « Classifications des infractions », *art. cit.* ; D. Roets, « Suivi socio-judiciaire », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-36-1 à 131-36-8, Fasc. 20, 10 juin 2011, mise à jour : 2 nov. 2011, n° 8 ; É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.* ; B. Paillard, « Peines criminelles applicables aux personnes physiques », *art. cit.* ; P. Couvrat, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, 1999, p. 379 ; X. Lameyre, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », *RSC*, 2001, p. 524 ; « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *RSC*, 2002, p. 558 ; N. Tabert, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007, p. 196 ; B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 647, p. 506 ; X. Pin, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 261, p. 328 ; J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 653, p. 544 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 523, p. 551-552. *Contra* : M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, n° 428.31, p. 485.

la dangerosité potentielle du sujet qui fonde cette mesure² dépourvue de coloration morale³. C'est ensuite « son indéniable finalité » qui fait du suivi socio-judiciaire une mesure de sûreté : « comme toute mesure de sûreté, [...] il tend seulement à éviter la récidive, il n'a pas de but rétributif et il vise à soigner. L'article 131-36-1 alinéa 2 du CP dit même que le suivi tend "à prévenir la récidive" »⁴. Il est ainsi permis d'affirmer que « si cette sanction n'est pas expressément qualifiée de mesure de sûreté, elle l'est en réalité puisqu'elle est détachée de toute idée de faute et tend uniquement à éviter la récidive »⁵. La relativité des catégories légalement établies ressort encore du rapport Burgelin⁶ qui préconisait d'instaurer le dispositif du suivi socio-judiciaire à titre de mesure de sûreté pour l'ensemble des auteurs d'infractions présentant une dangerosité criminologique, tout en le rebaptisant en « suivi de protection sociale » en raison de l'absence de connotation pénale de la mesure. Le professeur Delmas-Marty a affirmé en ce sens que le suivi socio-judiciaire, d'abord conçu comme une peine complémentaire instituée pour un nombre limité d'infractions sexuelles, s'est métamorphosé en mesure de sûreté à partir de la loi du 12 décembre 2005 sur le traitement de la récidive⁷. Pour conclure, on peut donc dire que « substantiellement, il n'est plus permis de douter que le suivi socio-judiciaire soit une mesure de sûreté tant il dispose de caractères qui l'éloignent de la peine et le rapprochent de la mesure de sûreté »⁸.

Ce constat vaut pour un grand nombre d'autres « peines complémentaires » qui sont en réalité, pour une grande partie d'entre elles, des mesures de sûreté⁹. En ce sens, Monsieur Céré fait remarquer que les mesures de sûreté les plus fréquentes sont assimilées par le Code pénal à des « peines complémentaires », parmi lesquelles il range l'annulation ou la suspension judiciaire du permis de conduire (art. L. 224-11 C. route), l'interdiction d'exercer

¹ En ce sens, F. Bredin, Rapport au nom de la commission des lois, *préc.*, p. 39 ; P. Darbéda, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *art. cit.*, p. 625 s., note 10 ; F. Le Guehec, « Dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 », *art. cit.*, p. 1193 s. ; F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 846-1, p. 806. A. Beziz-Ayache, « Peines complémentaires », *Rép. pén. Dalloz*, janv. 2011, mise à jour : oct. 2014, n° 60 : rappelle que la chambre criminelle qualifie le suivi socio-judiciaire de peine complémentaire (Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-84182, *préc.*).

² J. Castaignède, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *art. cit.*, p. 23 s.

³ Sur l'absence de coloration morale des mesures de sûreté, v. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 517, p. 427.

⁴ J. Pradel et J.-L. Senon, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », *art. cit.*, p. 208 s.

⁵ J. Pradel, « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité sexuelle ou violente », *art. cit.*, p. 41 s.

⁶ J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport *préc.*, p. 74-75.

⁷ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux, op. cit.*, p. 43 s.

⁸ É. Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 67, p. 33.

⁹ J. Pradel et J.-L. Senon, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », *art. cit.*, p. 208 s.

une fonction publique ou une activité professionnelle (art. 131-27 CP), l'interdiction de séjour (art. 131-31, 222-47, 225-20, 3° CP), l'interdiction de quitter le territoire de la République (art. 225-20, 6° et 222-47 CP), ou encore la confiscation de la chose qui a servi ou qui était destinée à commettre l'infraction (art. 131-16, 5° CP)¹.

De la même manière, certains auteurs font état des « mesures de sûreté fonctionnant sous la dénomination de peines »², en se référant à l'interdiction de séjour (appelée « *peine complémentaire* » par la loi de 1955 et le Code pénal), ainsi qu'à l'annulation du permis de conduire prononcée par l'autorité judiciaire³. Ils évoquent encore la confiscation spéciale lorsqu'elle porte sur des choses illicites en elles-mêmes et de nombreuses sanctions professionnelles, en particulier l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, ou même celle d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement⁴. Leur nature de mesure de sûreté ressort de la possibilité pour l'intéressé d'en demander le relèvement dans les conditions prévues à l'article 132-21 CP, à l'exception de l'hypothèse où elles ont été prononcées à titre de peine principale, comme substituts à la peine d'emprisonnement.

509. Sanctions existant à la fois sous la dénomination de peine et de mesure de sûreté. Il est des sanctions qui s'appellent tout à la fois peine et mesure de sûreté, selon le contexte dans lequel elles s'inscrivent. Une illustration en est livrée par l'annulation du permis de conduire qui est tantôt une peine, lorsqu'elle est prononcée par la juridiction répressive⁵, tantôt une mesure de sûreté, lorsqu'elle est prononcée par l'autorité administrative. De même, la confiscation spéciale est généralement considérée comme une mesure de sûreté quand elle s'applique aux objets dangereux ou nuisibles, et comme une peine dans les autres cas (à savoir les instruments, objets ou produits de l'infraction)⁶.

Plus encore, le dispositif français applicable aux malades mentaux consiste à étendre le champ pénal à ces derniers au lieu de les faire sortir de celui-ci⁷. L'article 706-136 CPP

¹ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 41.

² B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 641 s., p. 504 s. En ce sens, v. également Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 450, p. 260, *in fine*.

³ Qualifiée de « *peine complémentaire* » par l'art. L. 224-13 du Code de la route.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. *supra*, n° 447 s.

⁶ Quoique cette distinction ne soit pas très éclairante, ce qui ressort déjà des développements de Marc Ancel qui, après avoir souligné que « le classement des sanctions, dans l'une ou l'autre catégorie, est souvent incertain ou sujet à discussion », estime que « la confiscation spéciale est en principe une mesure de sûreté ; mais la confiscation des profits illicites a un indéniable caractère punitif ». V. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 231. V. plus en détail, *supra*, n° 482.

⁷ V. *infra*, n° 698 s.

énonce, en sus des soins psychiatriques sous la forme d'une hospitalisation complète¹, les mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables². Or, ces mesures existent, en parallèle, sous la dénomination de peine à l'égard des personnes pénalement responsables³. Ainsi, « en France, une peine peut aussi être mesure de sûreté et inversement »⁴, aussi incohérent qu'une telle affirmation puisse paraître. Le professeur Matsopoulou estime que les mesures en question « présentent incontestablement un caractère punitif »⁵, puisqu'elles figurent parmi les « *peines alternatives* » pouvant être prononcées, en vertu de l'article 131-6 CP, à la place de l'emprisonnement. En outre, elles sont applicables tant dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, que dans celui du suivi socio-judiciaire qui est une peine complémentaire (article 131-36-1 CP). Le même auteur les qualifie, par conséquent, de « peines déguisées »⁶.

Or, une telle analyse semble discutable, puisque les interdictions visées à l'article 131-6 CP, qualifiées de peines par le législateur, s'apparentent, précisément, à des mesures de sûreté davantage qu'à de véritables peines, en raison de leur finalité exclusivement préventive⁷. C'est ainsi que selon d'autres auteurs, il s'agit, dans le cadre de l'article 706-136 CPP, de mesures de sûreté visant « à réduire la dangerosité qui découle elle-même ou peut découler du trouble mental qui a été reconnu »⁸. Il n'en demeure pas moins que le fait d'exister tantôt sous la dénomination de peines, tantôt sous celle de mesures de sûreté, fait ressortir la nature équivoque des mesures frappant les délinquants aliénés⁹. Le professeur Fortis fait remarquer, à cet égard, que « la qualification de peine ou de mesure de sûreté varierait non en fonction de

¹ Mesure prévue par l'article 706-135 CPP. V. *supra*, n° 244 s.

² V. *supra*, n° 471.

³ V. l'art. 131-6 CP.

⁴ É Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*, n° 58.

⁵ H. Matsopoulou, « L'application non rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés », *art. cit.*, p. 1111 s. En ce sens également, X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *art. cit.*, p. 96.

⁶ H. Matsopoulou, « L'application non rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés », *art. cit.*, p. 1111 s.

⁷ Pour une telle position, v. également CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.*

⁸ J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *art. cit.*, p. 1010. V. aussi : P. Conte, « Aux fous ? », *art. cit.* (selon cet auteur, « le meilleur argument en faveur de la loi est sans doute le nouveau pouvoir dévolu à l'autorité judiciaire de prononcer à l'avenir contre les psychopathes déclarés irresponsables des mesures de sûreté, telle l'interdiction de porter une arme... »).

⁹ V. H. Matsopoulou, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », *art. cit.* Pour cet auteur, il s'agit de peines qui devraient être régies par les principes de la légalité et de la non-rétroactivité.

la nature de la disposition et de ses objectifs mais en fonction des conséquences juridiques recherchées de celle-ci, ce qui ne lasse pas d'étonner »¹.

Une solution cohérente serait, sans doute, que le législateur finisse par consacrer expressément les mesures de sûreté et qualifie comme telles les « peines » alternatives prévues à l'article 131-6 CP, afin de combler la lacune législative en les soumettant à un régime qui leur est propre. Cela mettrait également un terme aux ambiguïtés entourant les mêmes mesures lorsqu'elles sont applicables aux délinquants malades, en vertu de l'article 706-136 CPP². Relevons enfin que l'incohérence du système actuel se reflète dans la disposition réglementaire déclarant que « ces mesures ne peuvent être prononcées à titre de sanction contre l'intéressé »³, alors qu'il serait plus correct de considérer que les mesures de sûreté font partie de la catégorie des sanctions pénales⁴. Le terme de sanction ne doit, en effet, pas être réduit à sa finalité rétributive, laquelle est propre à la peine.

510. Autres mesures de sûreté non qualifiées comme telles par le législateur. On peut, enfin, citer quelques mesures de sûreté qui ne sont pas explicitement dénommées comme telles. Parmi elles, on trouve tout d'abord les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation applicables aux mineurs délinquants (article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945), ainsi que les mesures de soins ou de traitement, à l'instar de la cure de désintoxication concernant les alcooliques dangereux et les utilisateurs de substances stupéfiantes (article L. 3423-1 et suivants CSP)⁵. À l'inverse, précisons que les « sanctions éducatives » applicables aux délinquants mineurs sont considérées par le professeur Pin comme des peines déguisées⁶.

Une bonne illustration est également la période de sûreté qui est non seulement qualifiée de mesure de sûreté par le Conseil constitutionnel⁷, mais qui dépend également de l'état dangereux du condamné. Tout comme les mesures de sûreté, elle peut en effet prendre fin en présence de gages sérieux de réadaptation sociale⁸ – critère implicite de cessation de toute

¹ E. Fortis, « Déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental - Application aux procédures en cours », note sous Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, RSC, 2010, p. 129.

² V. aussi *supra*, n° 472 et 473.

³ Art. D. 47-29-6 CPP, créé par Décret n° 2010-692 du 24 juin 2010 - art. 2.

⁴ V. *supra*, n° 3.

⁵ V. pour les mesures curatives, *supra*, n° 262 s.

⁶ X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », *art. cit.*, p. 88.

⁷ Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*, cons. 9 et 10. V. plus en détail, *supra*, n° 214.

⁸ Art. 720-4, al. 1 CPP.

mesure de sûreté – et certaines dérogations à la mesure sont prévues à condition d’avoir recours à une expertise de la dangerosité de l’intéressé¹.

Si ces mesures de sûreté dissimulées mériteraient de faire l’objet d’une reconnaissance explicite par le législateur, d’autres mesures au contraire, bien que similaires aux mesures de sûreté, ne semblent pas pouvoir y être assimilées.

b. Les mesures similaires aux mesures de sûreté

511. Ressemblance entre les mesures de sûreté et d’autres techniques juridiques. À côté des mesures qualifiées de « peines complémentaires » par le législateur, on peut relever d’autres techniques pénales qui s’apparentent fortement aux mesures de sûreté. Il convient de mentionner quatre séries de mesures afin d’étayer notre propos.

Premièrement, il en va ainsi des mesures fonctionnent sous un régime administratif² mais qui ont une finalité pénale préventive, comme l’internement des aliénés dangereux³, l’expulsion des étrangers⁴, l’assignation à résidence⁵, la fermeture administrative des établissements publics, lieux ouverts au public ou utilisé par le public où ont été commises des infractions au régime des stupéfiants⁶, ou encore la suspension du permis de conduire⁷.

Deuxièmement, les mesures d’exécution de la peine à visée exclusivement sécuritaire, telles que le refus d’octroi d’une réduction supplémentaire de peine⁸, prennent notamment appui sur le critère des infractions faisant encourir le suivi socio-judiciaire, à l’instar de la majorité des mesures de surveillance.

Troisièmement, les mesures d’aménagement de la peine (comme la libération conditionnelle ou le sursis avec mise à l’épreuve) ressemblent aux mesures de sûreté par leur contenu et peuvent, de ce fait, paraître « hybrides ». Ces mesures ont en effet un contenu similaire à celui de la surveillance judiciaire ou du suivi socio-judiciaire (lui-même qualifié

¹ Art. 720-4, al. 4 CPP.

² V. B. Bouloc et H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 19^e éd., Sirey, 2014, n° 949, p. 549.

³ En vertu de la loi du 30 juin 1838 et de celle du 27 juin 1990 ; art. L. 3213-7 CSP.

⁴ Art. L. 521-1 s. CESEDA.

⁵ Art. L. 523-3 CESEDA.

⁶ Art. 222-34 à 222-39 CP ; L. 3422-1 CSP.

⁷ Art. L. 224-7 C. route.

⁸ L’article 721-1 al. 1 CPP dispose que « *Sauf décision contraire du juge de l’application des peines, aucune réduction supplémentaire de la peine ne peut être accordée à une personne condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, qui refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l’application des peines en application des articles 717-1 et 763-7. Il en est de même lorsque le juge de l’application des peines est informé, en application de l’article 717-1, que le condamné ne suit pas de façon régulière le traitement qu’il lui a proposé* ».

légalement de « peine » mais ressemblant davantage à une mesure de sûreté¹). Elles peuvent notamment comporter un placement sous surveillance électronique mobile, une injonction de soins et diverses mesures de contrôle et d'assistance. En outre, « les obligations imposées au probationnaire ou libéré conditionnel ont essentiellement pour but de réaliser sa *réadaptation sociale* et éviter de nouvelles infractions de sa part »². Leur finalité commune est donc la réinsertion sociale du condamné et la prévention de la réitération d'infractions, si bien que ces mesures sont « extrêmement voisines des mesures de sûreté dans leur but et dans leur fonctionnement »³.

Quatrièmement, certaines mesures procédurales provisoires, intervenant avant tout jugement, se rapprochent des mesures de sûreté. On peut citer, à cet égard, la garde à vue, la détention provisoire⁴, le contrôle judiciaire⁵ et l'assignation à résidence avec surveillance électronique⁶ qui visent, entre autres, à prévenir le comportement antisocial de la personne poursuivie. Certaines d'entre elles sont même expressément qualifiées de mesures de sûreté par le législateur et la jurisprudence, étant alors des mesures de sûreté pré-sentencielles. Ainsi, les obligations du contrôle judiciaire sont-elles prononcées « à titre de mesure de sûreté », et la Cour de cassation affirme en ce sens que le placement sous contrôle judiciaire constitue non une sanction mais une mesure de sûreté⁷. De même, l'assignation à résidence avec surveillance électronique est qualifiée de mesure de sûreté par la loi.

512. Distinction nécessaire entre les mesures de sûreté et ces techniques juridiques.

En dépit des ressemblances pouvant exister entre ces différentes mesures et les mesures de sûreté, il convient de les en distinguer, car une différence essentielle réside dans leurs fondements respectifs. Les aménagements de peine, conçus comme des mesures de « faveur », reposent, en effet, non pas sur la dangerosité de l'individu, mais, au contraire, sur sa non-dangerosité qui se matérialise par un pronostic social favorable. Quant aux mesures pré-sentencielles, il s'agit avant tout de mesures procédurales provisoires, et non de « réponses » pénales à une dangerosité révélée par un acte légalement établi. Les mesures

¹ V. *supra*, n° 508.

² B. Bouloc et H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, *op. cit.*, n° 950, p. 549.

³ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 777, p. 586.

⁴ Art. 137 s. et 143-1 s. CPP.

⁵ Art. 137 s. et 138 s. CPP.

⁶ Art. 137 s. et 142-5 s. CPP.

⁷ Cass. crim., 10 juil. 2013, n° 13-82740, *préc.* V. également, P. Couvrat, « Le contrôle judiciaire », in : *XII^{èmes} Journées franco-belgo-luxembourgeoises de Droit pénal*, Poitiers, 1970, PUF, p. 105 s. ; J. Pradel, « Une nouvelle mesure de sûreté à la disposition du juge d'instruction : le contrôle judiciaire », in : *XII^{èmes} Journées franco-belgo-luxembourgeoises de Droit pénal*, Poitiers, 1970, PUF, p. 165 s. ; R. Merle, « La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970 », *RSC*, 1971, p. 567.

prononcées par l'autorité administrative doivent, elles aussi, être exclues de notre définition retenue des mesures de sûreté qui constituent une réponse pénale prononcée par l'autorité judiciaire à la suite d'une infraction. Les mesures d'exécution de la peine, enfin, sont rattachées à la peine sans pouvoir être considérées comme une réponse pénale supplémentaire.

Il est donc nécessaire de préciser les contours des mesures de sûreté en les distinguant des autres techniques juridiques qui peuvent s'y apparenter. Si une telle délimitation n'est pas toujours aisée en droit interne, le droit comparé vient conforter le constat de la relativité des catégories juridiques.

2. La relativité des catégories juridiques en droit comparé

513. Disparités entre ordres juridiques nationaux. Outre les incertitudes existant en droit interne, les divergences entre les qualifications adoptées par les différents ordres juridiques nationaux mettent en avant la relativité des catégories juridiques établies. L'étude du droit comparé, comme cela ressort de la première partie de cette étude¹, témoigne de la fragilité des frontières existant entre les concepts de peine et de mesure de sûreté². Si une mesure très similaire peut s'appeler « peine » dans un pays et « mesure de sûreté » dans un autre, c'est que ces appellations n'ont rien d'évident et relèvent, avant tout, de choix opérés en matière de politique pénale. Comme le met en avant le professeur Kinzig, la décision de classer une sanction parmi les peines ou les mesures de sûreté appartient au législateur³. Les qualifications légales sont donc évolutives, parfois même arbitraires, suivant le contexte juridique dans lequel elles s'inscrivent. Il apparaît donc nécessaire qu'elles puissent être remises en cause et, le cas échéant, adaptées, lorsque leur régime juridique n'est plus en adéquation avec leur nature profonde.

La Cour européenne observe, à cet égard, l'absence d'un critère précis différenciant ces deux types de sanctions pénales, puisque « *le même type de mesure peut être qualifié de peine dans un État et de mesure de sûreté à laquelle ne s'applique pas le principe de légalité des peines (nulla poena sine lege) dans un autre* »⁴. Il en va ainsi, souligne la Cour, de la « *mise à la disposition du gouvernement* » des récidivistes et délinquants d'habitude, considérée comme une peine par le droit belge, mais qui ressemble, par beaucoup d'aspects, à la

¹ V. *supra*, n° 234 s.

² En ce sens, v. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, op. cit., n° 658, p. 829.

³ J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 589.

⁴ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 126.

détention de sûreté, prévue en tant que mesure de sûreté par le droit allemand. D'autres illustrations permettent encore d'étayer ces propos.

514. Illustrations. Prenons comme exemples l'interdiction professionnelle ou l'annulation du permis de conduire, qui sont qualifiées de mesures de sûreté en droit allemand et de « peines » en droit français¹. Il en va de même de la surveillance de conduite (*Führungsaufsicht*) et de son équivalent français, le suivi socio-judiciaire : il s'agit d'une mesure de sûreté en droit allemand et d'une peine complémentaire en droit français – qui plus est, existe presque à l'identique en tant que mesure de sûreté sous l'appellation de « *surveillance de sûreté* »². Citons enfin l'expulsion d'un étranger qui est une peine en droit suisse, une mesure de sûreté en Italie³, tandis qu'elle se présente en France sous la forme d'une mesure de sûreté fonctionnant sous un régime administratif⁴.

Cette disparité entre les ordres juridiques nationaux amène la Cour européenne des droits de l'homme à adopter une approche particulière et autonome du concept de sanction pénale.

§ 2 : L'autonomie de la définition européenne des sanctions pénales

515. Appréhension autonome du champ pénal par la Cour européenne des droits de l'homme. La sanction pénale, telle qu'elle est appréhendée par la Cour européenne des droits de l'homme à travers les concepts de « *matière pénale* » ou de « *peine* » – que l'on pourrait regrouper sous la notion de « champ pénal »⁵ –, s'émancipe des droits internes et constitue une notion autonome. Si la Cour ne se détache pas complètement des qualifications internes retenues, qu'elle prend en compte, elle ne s'estime toutefois pas liée par celles-ci lorsque sa propre conception s'en écarte. Pour apprécier la nature juridique véritable d'une sanction, elle se penche également sur les différents éléments du droit positif qui lui servent d'indice. Les notions internes et européennes ne sont donc pas séparées, mais interactives. L'approche

¹ V. *supra*, n° 446 s. et 462 s.

² V. *supra*, n° 376.

³ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 658, p. 829.

⁴ V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 656, p. 512. V. l'art. L. 521-1 CESEDA.

⁵ V. R. Koering-Joulin et P. Truche, « Retour sur le champ pénal européen », in : *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 513 s. ; F. Massias, « Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 89 s.

particulière par la Cour européenne des différentes sanctions pénales met toutefois en exergue, une fois de plus, la relativité des catégories nationales et la fragilité de la distinction entre peine et mesure de sûreté. L'autonomie de la définition européenne des sanctions pénales peut, par voie de conséquence, aboutir à remettre en cause l'autonomie des mesures de sûreté. C'est qu'en effet, la notion de « *peine* » forgée par la jurisprudence européenne (A) est susceptible d'englober ces dernières. Une illustration topique en est la qualification par la Cour de la détention de sûreté allemande (B).

A. La notion de « *peine* » au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

516. La Cour européenne qualifie une sanction de « *peine* » au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, selon lequel « *il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* », dans le but de la faire bénéficier du statut protecteur de celle-ci. Sa jurisprudence relative à la notion de « *peine* » (2), qui peut être considérée comme utilitariste¹, dépend étroitement de la technique d'interprétation adoptée par la Cour (1).

1. La technique d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme

517. Interprétation évolutive et autonome de la Convention européenne des droits de l'homme. La méthode d'interprétation de la Convention par la Cour européenne ne figurant pas dans la Convention même, c'est la Cour qui a dégagé « ses procédés faits de préoccupations humanitaires et de considérations européennes »². L'interprétation que donne la Cour de la Convention doit permettre d'assurer une garantie efficace des valeurs qu'elle protège, en rendant les droits « *pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoire*s »³. À cet effet, la Cour se livre à une approche dynamique et évolutive, s'adaptant aux évolutions juridiques, sociologiques, éthiques et techniques, en laissant la place à des réformes ou

¹ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 108, p. 51.

² B. de Lamy, « La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux », *Dr. pén.*, n° 9, 2011, étude 12.

³ CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, GC, 28 mai 2002, n° 46295/99 : RSC, 2004, p. 165, obs. F. Massias, § 68. - CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, GC, 23 févr. 2012, n° 27765/09 : RFDA, 2013, p. 576, obs. Labayle, Sudre, Dupré de Boulois et Milano ; AJDA, 2012, p. 1726, chron. Burguorgue-Larsen ; D., 2013, p. 324, obs. Boskovic, Corneloup, Jault-Seseke, Joubert et Parrot ; § 175. - CEDH, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, 17 sept. 2009, n° 10249/03 : AJDA, 2010, p. 997, chron. Flauss ; D., 2010, p. 2732, obs. Roujou de Boubée, Garé et Mirabail ; RSC, 2010, p. 234, obs. Marguénaud ; § 104.

améliorations, et conduisant même, rarement, à un revirement de sa propre jurisprudence. Ainsi, a-t-elle pu admettre dans son arrêt *Stafford c. Royaume-Uni* rendu par sa Grande chambre le 28 mai 2002¹ qu'une peine privative de liberté perpétuelle obligatoire constituait une violation de l'article 5 § 1 de la Convention, contrairement à ce qu'elle avait décidé auparavant².

Par cette méthode évolutive d'interprétation, la Cour participe également au rapprochement des droits nationaux en créant des notions autonomes, indépendantes des définitions nationales, pour être dotées d'un sens unique européen. Elle peut, par ce biais, sanctionner les éventuelles fraudes à la Convention par les États membres, tout en laissant à ces derniers une marge nationale d'appréciation, dont l'étendue varie « *selon les circonstances, les domaines et le contexte* »³. C'est ainsi, par exemple, que la Cour n'a pas voulu trancher la question de savoir si un fœtus pouvait être considéré comme une « personne » au sens de l'article 2 de la Convention, protégeant le droit à la vie. Elle estime, en effet, que « *le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention* », en raison de l'absence de consensus européen existant sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie⁴. Les États disposent également d'une marge d'appréciation concernant les « peines » prononcées contre les condamnés. La Cour européenne veille cependant notamment à ce que ces peines ne constituent pas un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

518. Effets de la jurisprudence européenne. En ce qui concerne les effets des arrêts de la Cour européenne, malgré leur caractère obligatoire à l'égard de l'État partie au litige⁵, celui-ci demeure en principe libre quant au choix du moyen à adopter pour se conformer à la position du juge européen. Il arrive toutefois à la Cour de se montrer plus directive⁶ : lorsque la violation de la Convention résulte d'une privation de liberté d'une particulière gravité, la

¹ CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, GC, 28 mai 2002, n° 46295/99, *préc.*, § 68 s.

² CEDH, *Wynne C. Royaume-Uni*, 18 juil. 1994, n° 15484/89 : RSC, 1994, p. 796, obs. Pettiti, § 36.

³ V. p. ex. CEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 nov. 1984, n° 8777/79 : JDI, 1986, p. 1074, obs. Rolland et Tavernier; AFDI, 1985, p. 403, obs. Coussirat-Coustère ; § 40.

⁴ CEDH, *VO c. France*, GC, 8 juil. 2004, n° 53924/00 : AJDA, 2004, p. 1809, chron. Flauss; D., 2004, p. 2456, note Pradel; *ibid.* p. 2535, obs. Berro-Lefèvre; *ibid.* p. 2754, obs. Roujou de Boubée; *ibid.* p. 2801, chron. Serverin; RSC, 2005, p. 135, obs. Massias; RTD civ., 2004, p. 714, obs. Hauser; *ibid.* p. 799, obs. Marguénaud ; § 82.

⁵ V. art. 46 de la CESDH du 4 nov. 1950.

⁶ B. de Lamy, « La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux », *art. cit.*

Cour en vient à demander la libération du requérant¹, ou encore la tenue d'un nouveau procès lorsqu'il apparaît que la procédure interne n'avait pas été équitable².

Une loi du 15 juin 2000³ a ainsi introduit, dans le Code de procédure pénale français⁴, une procédure de réexamen d'une décision pénale. Elle est applicable lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la CEDH que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la Convention dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour le condamné, des conséquences dommageables auxquelles la « *satisfaction équitable* », éventuellement allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention, ne peut mettre un terme. De la même manière, le § 359, n° 6 du code de procédure pénale allemand, qui concerne les raisons légales de réouverture du procès en faveur du condamné, est applicable en cas de déclaration d'inconventionnalité du droit allemand par la CEDH.

Au-delà de leur force obligatoire, les arrêts de la Cour revêtent une « autorité de la chose interprétée »⁵, en ce sens que la motivation des arrêts doit avoir un effet incitatif à l'égard des États. Ces derniers doivent donc s'efforcer de mettre leur droit en conformité avec la Convention et l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite, afin d'éviter des condamnations futures sur le même point. Cela implique que les juridictions internes fassent respecter les règles élaborées par la Convention et la jurisprudence européenne dans les affaires qu'elles ont à connaître.

Il convient, enfin, de noter que la jurisprudence de la Cour peut être considérée comme une « création collective »⁶ en raison de ses sources d'inspiration comparatives, issus des droits nationaux et du droit international⁷. Cette technique d'interprétation de la Convention se reflète, tout particulièrement, dans la jurisprudence européenne forgée à propos de la notion de « peine ».

¹ J.-F. Renucci, « Mesures générales et/ou individuelles : l'ingérence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2011, p. 193.

² CEDH, *Sejdovic c. Italie*, 1^{er} mars 2006, n° 56581/00, *AJDA*, 2005, p. 541, chron. J.-F. Flauss, § 126.

³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*.

⁴ Anc. art. 626-1 s. CPP, devenu art. 622-1 par la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014.

⁵ B. de Lamy, « La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux », *art. cit.* V. aussi G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber amicorum MA Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 39.

⁶ J.-P. Costa, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence des différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, p. 101.

⁷ B. de Lamy, « La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux », *art. cit.*

2. La jurisprudence européenne relative à la notion de « peine »

519. Internationalisation des notions juridiques. Il convient de s'arrêter un instant sur l'intérêt que présentent les systèmes de sanctions pénales à voie unique ou à double voie, alors que les définitions nationales tendent à céder le pas à des notions juridiques plus larges, communes aux différents pays européens. Avec la constitutionnalisation et l'internationalisation des droits de l'homme, les distinctions entre les sanctions existantes s'estompent, et les qualifications juridiques traditionnelles ne sont plus systématiquement pertinentes pour la détermination des règles applicables¹. Peut-on toujours soutenir que « retenir la qualification de mesure de sûreté permet d'écarter tous (ou presque, pour tenir compte, en France, du malaise constitutionnel) les principes du droit pénal »² ? Il nous semble que non.

La Cour européenne des droits de l'homme dépasse, en effet, les qualifications nationales pour s'attacher à la nature réelle des sanctions ; elle soumet ainsi les sanctions d'une certaine gravité aux principes fondamentaux du droit pénal. C'est ainsi que la Cour de Strasbourg adopte une interprétation autonome de la notion de « *peine* » au sens de l'article 7 de la Convention³, notion qui emporte un certain nombre de conséquences, notamment, la soumission au principe de la légalité des peines.

On observe que les critères employés par la Cour pour déterminer si l'on est en présence d'une sanction punitive recoupent ceux qu'elle utilise pour déterminer la « matière pénale »⁴.

520. Portée autonome des concepts de « matière pénale » et de « peine » dans la jurisprudence européenne. Le concept de « matière pénale » a été construit par la Cour européenne dès l'arrêt *Engel* du 8 juin 1976⁵, puis repris dans son arrêt *Öztürk* du 21 février 1984⁶. La Cour s'est livrée à une interprétation autonome de la notion de « *matière pénale* » au sens de l'article 6 de la Convention, en se référant à des critères indépendants des définitions qui existent dans les ordres juridiques internes. La notion vise, plus précisément, à

¹ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *art. cit.*, p. 517 s.

² G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

³ CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 15917/89, *préc.*, § 30.

⁴ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *art. cit.*, p. 517 s.

⁵ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 : *CDE* 1978, p. 364, obs. Cohen-Jonathan; *AFDI*, 1977, p. 481, obs. Pelloux ; § 82.

⁶ CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Publications de la Cour*, vol. 73. V. aussi CEDH, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, 9 oct. 2003, n° 39665/98, 40086/98 : *AJDA*, 2004, p. 534, chron. Flauss; *AJ pénal*, 2004, p. 36, obs. Céré; *RSC*, 2004, p. 165, obs. Massias; *ibid.* p. 173, obs. Massias.

faire bénéficier les accusés des garanties procédurales du procès équitable inscrites dans l'article 6. L'efficacité de cette norme supérieure ne peut en effet être subordonnée au bon vouloir des États qui ont accepté de s'y conformer en adhérant à la Convention. La jurisprudence de la Cour tend ainsi à assurer le respect des dispositions de la Convention européenne par les États, en évitant que ceux-ci ne puissent se soustraire à leurs obligations en qualifiant, à leur guise, une sanction de non-pénale. Par conséquent, dès qu'une mesure est qualifiée de pénale par la Cour européenne, l'État doit accorder au justiciable qui en fait l'objet toutes les garanties fondamentales qui y sont afférentes¹.

La Cour de Strasbourg a, de cette manière, « uniformisé le régime juridique des divers types de sanction »². Elle a posé trois critères alternatifs servant à identifier la véritable nature d'une mesure et à déterminer si elle présente un caractère pénal au sens de la Convention. Ces critères, qu'il conviendra d'étudier de plus près, sont examinés par elle selon la technique du faisceau d'indices.

Dans ses arrêts *Jamil et Welch*³, la Cour de Strasbourg a repris ces critères en les élargissant, afin d'élaborer une définition autonome de la notion de « *peine* » au sens de l'article 7 de la Convention. Ainsi, c'est au travers de ces notions autonomes que l'on peut tenter de qualifier les mesures de sûreté existantes, et notamment la plus grave d'entre elles, la rétention de sûreté, au sens du droit européen.

521. Critères d'appréciation. Selon une formule devenue classique, la Cour indique que la notion de « *peine* » contenue dans l'article 7 § 1 de la Convention possède, comme celle d'« *accusation en matière pénale* » figurant à l'article 6 § 1, une portée autonome. En effet, si « la nature formelle de la sanction, c'est-à-dire la qualification donnée à une mesure par le droit interne »⁴, est un critère pris en compte par la Cour, celle-ci s'estime néanmoins « *libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine"* »⁵, pour rendre effective la protection offerte par l'article 7.

¹ Dans l'affaire *Engel*, il s'agissait de sanctions disciplinaires, et dans l'affaire *Öztürk*, il était question de sanctions administratives.

² Lettre ouverte adressée, mercredi 20 février 2008, au Conseil constitutionnel par des personnalités du monde judiciaire pour dénoncer la loi Dati sur la rétention de sûreté (signataires : T. Clay, G. Giudicelli-Delage, J.-P. Jean, Ch. Lazerges, M. Massé, R. Ottenhof, P. Poncela, M. Debacq, J.-P. Dintilhac, R. Finielz, R. Kessous, P. Lyon-Caen, Ph. Texier, H. Leclerc, D. Liger, P. Maisonneuve, J.-P. Mignard, A. Molla, F. Natali), *préc.*

³ CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 15917/89, *préc.* ; et *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *préc.*

⁴ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *art. cit.*, p. 517 s.

⁵ V. les arrêts *Welch*, *préc.*, § 27 ; *Jamil*, *préc.*, § 30 ; CEDH, *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII, § 145. Pour un arrêt récent : CEDH, *Del*

Les mesures de sûreté ont ainsi vocation à entrer dans la notion plus large de « peine » développée par la Cour. Pour cette dernière, le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une « peine » consiste à déterminer si la mesure en question a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale. D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard : la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité¹.

Il convient d'analyser ces différents critères en y confrontant les mesures de sûreté.

522. Lien causal avec une infraction pénale. Le critère préalable est, depuis les arrêts de 1995, un critère causal. La Cour vérifie si la mesure dont fait l'objet l'agent s'inscrit dans un contexte de droit pénal. Elle doit avoir son origine dans la commission d'une infraction. Ce critère n'est pas sans soulever des difficultés, tenant, d'abord, à la relativité du contexte de droit pénal qui est très évolutif, en fonction des réformes législatives qui interviennent et pénalisent ou dépenalisent tel ou tel domaine. Un autre problème réside dans la définition même du terme infraction², lequel renvoie souvent à un comportement prohibé assorti d'une peine – notion qui, au niveau européen, a vocation à englober les mesures de sûreté. Or, si l'on ne sait pas si l'on est en présence d'une peine ou non, ce critère perd toute sa pertinence. En définitive, la notion d'infraction semble désigner des comportements graves relevant de la matière pénale³.

La rétention de sûreté, elle, ne vient pas directement sanctionner la commission d'une infraction, mais l'une de ses conditions d'application est tout de même la commission d'un tel acte, entraînant une condamnation pénale. Il en va d'ailleurs ainsi de la majorité des mesures de sûreté, à la seule exception des mesures applicables aux personnes jugées irresponsables, auquel cas l'infraction commise ne donne pas lieu à une condamnation. Selon la Cour, il faut que le comportement reproché au justiciable soit de nature pénale⁴. Rappelons toutefois que les critères évoqués ne sont pas cumulatifs, mais alternatifs ou complémentaires. Ainsi, la

Rio Prada c. Espagne, GC, 21 oct. 2013, n° 42750/09 : *D.*, 2013, p. 2775, obs. Falxa; *RSC*, 2014, p. 174, obs. Roets ; § 81 s.

¹ V. les arrêts *Welch*, *préc.*, § 28 ; *Jamil*, *préc.*, § 31 ; CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 févr. 2008, n° 21906/04 : *RSC*, 2009, p. 436, obs. Poncela ; *RSC*, 2008, p. 700, obs. Marguénaud et Roets ; *Dr. pén.*, 2009, chron. 4, n° 12, obs. Dreyer ; § 142. - CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 120.

² Selon l'arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*, l'infraction est « une action ou omission ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits qu'elle [la Convention] protège » : CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72, *préc.*, § 81. On voit ici que les notions de matière pénale et de peine se rejoignent.

³ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 90, p. 42.

⁴ CEDH, *Demicoli c. Malte*, 27 août 1991, n° 13057/87 : *AFDI*, 1991, p. 585, obs. Coussirat-Coustère ; *JDI*, 1992, p. 792, obs. Decaux et Tavernier ; § 33-34.

Cour a pu juger que « *la nature et le degré de sévérité de la sanction encourue* » peuvent à eux seuls placer la question dans la sphère pénale, alors même que le comportement n'a pas un caractère pénal¹.

523. Qualification juridique interne. Le premier critère posé dans l'arrêt *Engel*, repris dans les affaires *Welch* et *Jamil*, est celui de la qualification juridique donnée à la mesure par la législation interne. Ce critère ne sert que de « *point de départ* »², il a une valeur « *formelle et relative* »³ et n'est pas déterminant, de sorte que la Cour reste libre de regarder ensuite d'autres critères. Mais, puisqu'il s'agit d'assurer le respect de la Convention, la Cour se contente en principe de ce critère lorsque la législation nationale qualifie expressément la sanction de pénale, ce qui sera, de fait, un « *indice notable* »⁴. Dans le cas inverse, l'autonomie de la notion européenne prend tout son sens, la Cour pouvant s'écarter de la qualification interne qui n'est qu'indicative. Comme elle-même le souligne à ce titre, « *l'"autonomie" de la notion de "matière pénale" opère pour ainsi dire à sens unique* »⁵. Une illustration parfaite en est la détention de sûreté qui est qualifiée de mesure de sûreté en droit allemand et français, mais de peine par la Cour européenne des droits de l'homme⁶. Cette divergence de qualification pourrait sans doute être transposée à d'autres mesures de sûreté qualifiées comme telles en droit interne. À l'inverse, de nombreuses « *peines* » du droit français sont, en réalité, de véritables mesures de sûreté, puisqu'on a pu faire remarquer que les dénominations formelles retenues par le législateur français n'étaient pas toujours un indice fiable de la nature intrinsèque des sanctions existantes⁷. L'absence de consécration de la double voie des sanctions pénales contribue, précisément, à brouiller les pistes et aboutit à une fréquente confusion entre les deux catégories – confusion que le législateur semble d'ailleurs entretenir volontairement⁸. Or, dans le cas de figure des mesures de sûreté dissimulées, il nous semble permis de penser que la Cour européenne se contenterait, *a priori*, de la qualification nationale de « *peine* », sans aller plus loin dans son analyse. Cela peut paraître insatisfaisant, si bien que l'on puisse s'interroger sur la pertinence d'un tel critère face à des législateurs nationaux parfois incohérents.

¹ CEDH, *Putz c. Autriche*, 22 févr. 1996, n° 18892/91 : *AJDA*, 1996, p. 1005, chron. J.-F. Flauss ; *RSC*, 1997, p. 468 et 473, obs. R. Koering-Joulin ; *RTDH*, 1997, p. 493, obs. F. Massias ; § 34.

² CEDH, *Garyfallou AEBE c. Grèce*, 24 sept. 1997, n° 18996/91, § 33.

³ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *préc.*, § 82.

⁴ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 94, p. 44.

⁵ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, *préc.*, § 81.

⁶ V. *infra*, n° 531.

⁷ V. *supra*, n° 108 s. et 234 s.

⁸ V. *supra*, n° 148.

524. Nature et gravité de la mesure. Le deuxième critère est matériel et impose de regarder la nature de la mesure, qui peut être considérée cumulativement avec le troisième critère, à savoir sa gravité. La détention de sûreté est une mesure privative de liberté qui s'apparente à la réclusion criminelle, d'autant plus qu'en Allemagne, on l'a vu, les individus concernés par la mesure sont enfermés dans des établissements pénitentiaires ordinaires¹. La sévérité de la sanction s'apprécie au regard tant de son intensité et de sa durée², que du contexte juridique et des circonstances réelles dans lesquelles elle est infligée et exécutée³. Outre la privation totale de liberté qu'elle entraîne, la détention de sûreté est renouvelable sans limite, sur la base de critères subjectifs (la dangerosité présumée de la personne), ce qui en fait une mesure potentiellement grave. Cependant, la Cour admet en principe que la gravité de la mesure n'est pas décisive en soi, puisque de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée⁴. Elle compare donc la mesure en question avec les autres sanctions existantes en droit interne, afin de vérifier l'absence de fraude du législateur.

Une mesure privative de liberté ressortit en général au droit pénal en raison de la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne. Mais la Cour a également eu l'occasion de qualifier des mesures non-privatives de liberté de « peines », comme cela a été le cas du retrait de points du permis de conduire, sanction qualifiée par le droit français de « *mesure de police administrative* ». Elle a jugé, à cet égard, que « *si la mesure de retrait présente un caractère préventif, elle revêt également un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une peine accessoire* »⁵. Inversement, si l'internement en hôpital psychiatrique est une mesure grave (par sa nature privative de liberté), il est peu probable qu'elle soit qualifiée de peine par la juridiction strasbourgeoise, eu égard aux autres critères pris en compte par celle-ci.

525. But de la mesure. Ensuite, est examiné le critère fonctionnel, c'est-à-dire le but de la mesure, la sanction pénale se distinguant habituellement par son caractère punitif⁶. Il n'est

¹ V. *supra*, n° 338.

² CEDH, *Escoubet c. Belgique*, 28 oct. 1999, n° 26780/95, § 38.

³ Com. EDH, rapport *Weber c. Suisse*, 16 mars 1989, § 107.

⁴ Arrêt *Welch, préc.*, § 32, et *Van der Velden c. Pays-Bas*, 7 déc. 2006, n° 29514/05, CEDH 2006-XV.

⁵ CEDH, *Malige c. France*, 23 sept. 1998, n° 27812/95 : *JCP*, 1999, p. 10089, note Sudre ; § 39.

⁶ CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *préc.*, § 53.

toutefois pas exigé que la mesure soit nécessairement prévue par le code pénal¹, ni qu'elle soit infligée dans une optique exclusivement répressive². La finalité des mesures de sûreté est préventive, car elles sont imposées aux personnes jugées dangereuses en raison d'une probabilité de réitération des infractions. Mais la Cour européenne a décidé que les objectifs de prévention et de réparation se conciliaient parfaitement avec celui de la répression et pouvaient être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine³. Si elle a pu estimer que relevait du droit pénal une mesure destinée à exercer un effet dissuasif dès lors qu'elle pouvait aboutir à une privation de liberté de caractère punitif⁴, elle a décidé, en revanche, qu'une mesure de surveillance spéciale ne pouvait être assimilée à une peine, dès lors qu'elle visait à empêcher l'accomplissement d'actes criminels⁵. En ce sens, « *l'obligation découlant de l'inscription au FIJAIS a donc un but préventif et dissuasif et ne peut être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction* »⁶, la Cour la considérant comme une mesure de sûreté. Cette solution est sans doute transposable aux nombreuses mesures de surveillance existant en droit interne, parmi lesquelles la surveillance de sûreté.

526. Procédure interne. Un autre critère se réfère à la procédure dans laquelle s'inscrivent l'adoption et l'exécution de la sanction prononcée, afin de déterminer si son régime juridique présente un caractère répressif. En France comme en Allemagne, la détention de sûreté doit être expressément prévue par le jugement initial de condamnation⁷. En droit allemand, elle peut même être prononcée, de manière définitive, *ab initio*, en même temps que la peine⁸. Bon nombre des garanties procédurales accordées aux personnes tombant sous le coup de la peine *stricto sensu* bénéficient également à celles qui sont soumises à une rétention de sûreté⁹. On perçoit, dès lors, la proximité avec la peine.

¹ CEDH, *Pierre-Bloch c. France*, 21 oct. 1997, n° 24194/94 : *AJDA*, 1998, p. 65, note Burgorgue-Larsen; *D.*, 1998, p. 208, obs. Perez; *RFDA*, 1998, p. 999, note Jan; *RSC*, 1998, p. 391, obs. Koering-Joulin ; § 60.

² CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 fév. 1995, n° 17440/90, *préc.*, § 33.

³ CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 fév. 1995, n° 17440/90, *préc.*, § 30.

⁴ CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 15917/89, *préc.*, § 32, à propos de la contrainte par corps.

⁵ CEDH, *Raimondo c. Italie*, 22 fév. 1994, n° 12954/87, série A, n° 281-A : *RSC*, 1995, p. 388, obs. Massias; *ibid.* 1994, p. 614, obs. Pettiti; *JDI*, 1995, p. 748, obs. Decaux et Tavernier; *AFDI*, 1994, p. 658, obs. Coussirat-Coustère; *JCP*, 1995, I, p. 3823, chron. Sudre ; § 43.

⁶ CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05 : *D.* 2010, AJ p. 93, obs. Gachi ; *Dr. pén.*, 2010, chron. 3, n° 24, obs. Dreyer ; § 43.

⁷ À l'exception des hypothèses où la mesure intervient consécutivement à une surveillance de sûreté, ou, en Allemagne, à un internement en hôpital psychiatrique.

⁸ *V. supra*, n° 312.

⁹ *V. infra*, n° 659.

Il arrive toutefois que les mesures de sûreté soient prononcées par des juridictions autres que les juridictions pénales de droit commun, comme la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Nombre d'entre elles relèvent du juge de l'application des peines, sans avoir été, au préalable, prononcées par la juridiction de jugement, comme c'est le cas de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses. La rétention de sûreté elle-même n'est pas toujours prévue par le jugement de condamnation puisqu'elle est susceptible de s'appliquer consécutivement à une surveillance de sûreté dont les obligations auraient été violées.

527. Critère subjectif supplémentaire. Un critère supplémentaire, susceptible d'être pris en compte par la Cour, est d'ordre subjectif. Il s'agit de l'humiliation infligée à l'agent du fait du prononcé de la mesure, la peine comportant un élément de réprobation sociale. Il paraît incontestable que l'humiliation ressentie du fait d'une mesure de sûreté, notamment d'une rétention de sûreté, peut être plus grande même que celle qui résulte d'une condamnation pénale. En effet, la peine est la conséquence d'un acte prohibé par la loi, alors que la mesure de sûreté est attachée, de manière globale, à la dangerosité de la personne, sans que l'on ne sache si et quand cette dangerosité cessera. Il est inutile d'insister sur la stigmatisation de l'individu aux yeux de la société qu'une telle mesure entraîne.

528. Distinction entre la « peine » et la mesure relative à son application ou exécution. Pour préciser davantage encore les frontières de la notion de peine, la Cour de Strasbourg a élaboré une distinction entre la mesure constituant en substance une « *peine* » au sens de l'article 7 de la Convention, et la mesure relative à l'exécution ou à l'application de celle-ci, qui est étrangère au champ d'application de l'article 7. En conséquence, lorsque la nature et le but d'une mesure concernent la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, la mesure ne fait pas partie intégrante de la « *peine* » au sens de l'article 7¹. La Cour européenne a ainsi jugé que « *même si le changement apporté à la législation pénitentiaire et aux conditions de libération ont pu rendre l'emprisonnement du requérant en effet plus rigoureux, on ne peut y voir une mesure imposant une "peine" plus forte que celle infligée par la juridiction de jugement* »².

¹ V., entre autres, Com. EDH, *Hogben c. Royaume-Uni*, 3 mars 1986, n° 11653/85, *Décisions et rapports* 46, p. 231 ; Com. EDH, *Hosein c. Royaume-Uni*, 28 fév. 1996, n° 26293/95, non publiée ; CEDH, *Grava c. Italie*, 10 juil. 2003, n° 43522/98, § 51 ; et CEDH, *Uttley c. Royaume-Uni*, 29 nov. 2005, n° 36946/03.

² CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 févr. 2008, n° 21906/04, § 151, *préc.* V. aussi CEDH, *Grava c. Italie*, 10 juil. 2003, n° 43522/98, § 51 ; CEDH, *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 sept. 2009, n° 10249/03, § 98 ; CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, § 121.

Cette distinction a cependant été remise en cause par la Cour elle-même¹. Après avoir affirmé que le calcul des réductions de peine sortait du champ de l'article 7, elle a estimé que le nouveau mode de calcul avait également « *un impact décisif* » sur la portée de la peine. Elle a également souligné que le terme « *infligé* » figurant à la seconde phrase de l'article 7 § 1 ne devait pas être interprété comme excluant du champ d'application de cette disposition toutes les mesures pouvant intervenir après le prononcé de la peine². Pour retenir une violation de l'article 7 sans « avoir à (trop) se déjuger », la Cour européenne « va déporter le débat sur l'évolution prétorienne à l'origine de ce nouveau calcul, considérant qu'il n'était absolument pas prévisible pour la requérante »³. Ainsi a-t-elle affirmé que « *l'application rétroactive des lois pénales postérieures n'est admise que lorsque le changement législatif est favorable à l'accusé* »⁴. Ce raisonnement est critiqué par Madame Peltier qui fait observer que « la Cour européenne se moque des qualifications pénales, y compris des siennes propres puisqu'elle crée des distinctions qu'elle n'applique pas dès lors qu'elles la dérangent »⁵.

La Cour a également précisé qu'elle « *n'exclu[ait] pas que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la "peine" infligée par le juge qui l'a prononcée* ». Mais elle estime, en pareil cas, « *que les mesures en question doivent tomber sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité des peines consacrée par l'article 7 § 1 in fine de la Convention. S'il en allait différemment, les États seraient libres d'adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l'article 7 § 1 se verrait privé d'effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée a posteriori, et à leur détriment* »⁶. Une telle solution est comparable à la règle retenue par le législateur français en matière de lois aggravant le régime d'exécution de la peine⁷.

¹ CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, GC, 21 oct. 2013, n° 42750/09, *préc.*

² *Ibid.*, § 88.

³ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2012) », *art. cit.*

⁴ CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, GC, 21 oct. 2013, n° 42750/09, *préc.*, § 62 ; v. aussi CEDH, *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 sept. 2009, n° 10249/03, *préc.*, § 112.

⁵ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2012) », *art. cit.*

⁶ CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, GC, 21 oct. 2013, n° 42750/09, *préc.*, § 89.

⁷ Art. 112-2, 3° CP.

529. Propos conclusifs. Il ressort des différents critères pris en compte par les juges strasbourgeois pour vérifier si une sanction relève du « champ pénal » qu'en raison de la grande variété des mesures de sûreté existant en droit positif, aucune conclusion générale ne peut être tirée de la jurisprudence européenne. Il est, de ce fait, impossible d'affirmer que les mesures de sûreté constituent toutes des peines aux yeux de la Cour européenne, ou à l'inverse qu'elles s'en distinguent de manière significative. Toutefois, on perçoit clairement que la Cour n'ignore pas la notion de mesure de sûreté, qu'elle veille à distinguer de la peine, selon ses propres critères. Il n'en demeure pas moins qu'en ce qui concerne la rétention de sûreté, les critères analysés penchent en faveur d'une qualification de « peine » au sens européen du terme. C'est ce qui a été confirmé par la Cour à propos de l'internement de sûreté allemand, dans ses décisions rendues à partir de l'arrêt *M.*

B. La qualification autonome de la détention de sûreté allemande

530. En vertu de ses critères autonomes de qualification, la Cour strasbourgeoise estime que la détention de sûreté allemande est une « *peine* » au sens de l'article 7 de la Convention (1), qualification autonome qui n'est pas sans conséquences sur le droit interne, même français (2).

1. La détention de sûreté, une « *peine* » au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

531. Qualification de la détention de sûreté au regard des critères d'appréciation de la notion de peine. Dans sa décision *M. c. Allemagne*¹, la Cour européenne des droits de l'homme a, tout d'abord, rappelé que la notion de « *peine* » contenue à l'article 7 possédait une portée autonome et qu'elle demeurerait donc libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « *peine* » au sens de ce texte, pour rendre efficace la protection qu'il offre (§ 120). À cet égard, elle a précisé que le point de départ de son appréciation consistait à déterminer si la mesure en question était imposée à la suite d'une condamnation pour une « *infraction* ». La « détention de sûreté » allemande (terminologie employée par la Cour) étant prononcée par la juridiction pénale contre des personnes condamnées pour une infraction intentionnelle à une peine de

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

deux ans de privation de liberté au moins (§ 124), la Cour ne s'est donc pas arrêtée à sa qualification interne de « *mesure d'amendement et de prévention* » (§ 125). Au soutien de sa démonstration, elle a invoqué les disparités existant entre les droits nationaux, en faisant référence à la mesure belge de la « *mise à la disposition du gouvernement* » des récidivistes et délinquants d'habitude qui est considérée comme une peine en droit interne¹. Elle a également souligné que la rétention de sûreté française, en dépit de sa qualification interne de mesure de sûreté, ne pouvait rétroagir, en vertu de la décision rendue par le Conseil constitutionnel².

Se penchant sur la nature de la détention de sûreté allemande, la Cour a d'emblée relevé que celle-ci entraînait une privation de liberté, « *tout comme une peine d'emprisonnement* » (§ 127). En comparant, ensuite, les modalités d'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté à celles des peines ordinaires, la Cour a dénoncé le fait que « *les personnes en détention de sûreté [étaient] incarcérées dans des prisons ordinaires, même si elles le sont dans des ailes séparées* ». Et d'ajouter que « *les modifications minimales dont elles bénéficient par rapport au régime de détention des détenus ordinaires purgeant leur peine, comme des privilèges tels que le droit de porter leurs propres vêtements et d'aménager leurs cellules plus confortables, ne sauraient cacher qu'il n'existe aucune différence fondamentale entre l'exécution d'une peine d'emprisonnement et celle d'une ordonnance de placement en détention de sûreté* ». La Cour observe encore « *le fait que la loi sur l'exécution des peines contient très peu de dispositions consacrées expressément à l'exécution des ordonnances de placement en détention de sûreté et que, en dehors de celles-ci, ce sont celles relatives à l'exécution des peines d'emprisonnement qui s'appliquent mutatis mutandis* » (§ 127)³.

Les juges strasbourgeois n'ont pas été convaincus par l'argument selon lequel la détention de sûreté ne visait qu'un but purement préventif et nullement punitif. Ils ont souligné que la mesure n'était applicable qu'aux personnes qui ont été condamnées à plusieurs reprises pour des infractions pénales d'une certaine gravité. Ils ont également observé « *qu'il ne sembl[ait] exister aucun instrument, mesure ou établissement spécialisés, en dehors de ceux prévus pour les détenus ordinaires condamnés à de longues peines, qui soient destinés aux personnes se trouvant en détention de sûreté et visent à réduire le danger qu'elles représentent et ainsi à limiter la durée de leur détention à la période minimale strictement nécessaire pour les empêcher de commettre de nouvelles infractions* » (§ 128). De la même manière, ils ont constaté « *une absence de mesures complémentaires et de fond – autres que celles prévues*

¹ V. *supra*, n° 513.

² V. sur ce point, *supra*, n° 219.

³ § 129 à 135 StVollzG.

pour tous les détenus ordinaires purgeant une peine d'emprisonnement de longue durée dans un but punitif – visant à prévenir la récidive chez ces personnes » ; alors qu'elles auraient « particulièrement besoin de suivi et de soutien psychologiques » et d'un « niveau élevé de soins » permettant une « progression en vue de la libération, laquelle doit constituer une possibilité réelle » (§ 129).

De plus, la Cour a relevé que cette mesure, « *en raison de sa durée illimitée, [...pouvait] tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise et comport[ait] à l'évidence un élément de dissuasion* » (§ 130).

Enfin, observant qu'elle était prononcée par des juridictions pénales (§ 131), la Haute juridiction strasbourgeoise a affirmé que « *cette mesure parai[ssait] être l'une des plus graves – sinon la plus grave – de celles prévues par le code pénal allemand* » (§ 132)¹. Elle a ainsi conclu, « *après être allée au-delà des apparences et avoir procédé à sa propre analyse, [...] que la détention de sûreté prévue par le code pénal allemand [devait] être qualifiée de "peine" aux fins de l'article 7 § 1 de la Convention* » (§ 133).

En rappelant la distinction, établie par elle, entre les peines et les mesures d'exécution ou d'application de celle-ci (§ 134)², la Cour a enfin précisé que la prolongation de la mesure par les tribunaux de l'exécution des peines, en vertu d'une loi entrée en vigueur après que le requérant eut commis l'infraction, devait s'analyser en une peine supplémentaire prononcée contre lui rétroactivement (§ 135). Partant, elle a conclu à la violation de l'article 7 § 1 de la Convention (§ 137).

532. Confirmations ultérieures de sa jurisprudence. La Cour a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence à plusieurs reprises : au sujet, tout d'abord, de la prolongation rétroactive d'un internement initialement limité à une durée de dix années³, puis de l'internement de sûreté prononcé *a posteriori* et de manière rétroactive⁴, et ce, même lorsqu'il intervient après la libération de l'hôpital psychiatrique⁵. Il ressort de sa jurisprudence désormais constante que l'institution de l'internement de sûreté n'est pas désapprouvée dans

¹ V. aussi *supra*, n° 319.

² V. aussi *supra*, n° 528.

³ CEDH, trois arrêts du 13 janv. 2011: *Kallweit c. Allemagne*, n° 17792/07, *Mautes c. Allemagne*, n° 20008/07, et *Schummer c. Allemagne*, n° 27360/04 et 42225/07 ; CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*; CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *préc.*, § 103 s.

⁴ CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04.

⁵ CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, § 82 s.; CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, § 73 s.

son principe et peut donc être ordonnée en même temps qu'une peine privative de liberté¹ – à condition, toutefois, de présenter un lien de causalité suffisant avec la condamnation initiale et de ne pas faire l'objet d'une prolongation rétroactive². La Cour se livre en effet à une appréciation *in concreto* de la conventionnalité de la mesure, en se référant aux éléments de fait concrets et précis³.

533. Contrôle de conventionnalité de la mesure : article 7 § 1. Le constat que la détention de sûreté revêt la qualité de peine n'est pas une fin en soi pour la Cour, mais lui sert de préalable pour exercer, ensuite, son contrôle de conventionnalité sur la mesure. Il s'agit, en premier lieu, de sa conformité à l'article 7 § 1 posant le principe de légalité et visant les « peines »⁴, en raison de sa ressemblance avec celles-ci. À cet égard, il convient de préciser que cette mesure et toutes les dispositions qui la régissent – telles que la disparition de sa durée maximale de dix ans – ne sauraient être appliquées rétroactivement. Il est vrai que, même si la mesure n'a pas été condamnée par la Cour européenne dans son principe, elle a été qualifiée de « peine » au sens de cet article, en raison de son but, de sa nature, de sa durée ainsi que de ses modalités d'exécution.

On peut, dès lors, se demander si, après les réformes de l'internement de sûreté⁵, intervenues essentiellement pour mettre le droit allemand en conformité avec la jurisprudence européenne, la mesure répond aujourd'hui aux exigences découlant de cette dernière. Si la réforme intervenue en décembre 2010 a resserré les conditions d'application de la mesure et supprimé, en grande partie, l'internement *a posteriori*, elle a laissé subsister, dans les dispositions transitoires, la possibilité de son application rétroactive. Lors de la réforme de décembre 2012, seules ses modalités d'exécution ont fait l'objet de modifications, lesquelles ne semblent pas suffire à en faire une mesure dépourvue de tout caractère afflictif et infamant aux yeux de la CEDH. Il nous paraît, de ce fait, vraisemblable qu'en l'état actuel du droit, la mesure serait toujours qualifiée de peine par la Cour de Strasbourg – bien que certains auteurs pensent le contraire⁶ – avec toutes les conséquences que cela emporte.

¹ V. CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 24478/03, *préc.*

² CEDH, arrêts *Schmitz c. Allemagne*, n° 30493/04, et *Mork c. Allemagne*, n° 31047/04 et 43386/08, du 9 juin 2011.

³ V. J.-P. Céré, « L'appréciation *in concreto* de la conventionnalité de la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 45.

⁴ Sur le principe de légalité, v., plus en détail, *infra*, n° 632 s.

⁵ Sur les réformes de décembre 2010 et décembre 2012, v. *supra*, n° 97 s.

⁶ T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *art. cit.*, p. 164 s.; H. Satzger, « Sicherungsverwahrung – Europarechtliche Vorgaben und Grundgesetz », *art. cit.*, p. 243 s.

534. Contrôle de conventionnalité de la mesure : article 5 § 1. Outre la conformité de la mesure à l'article 7 § 1 de la Convention, la Cour a examiné celle à l'article 5 § 1, en raison de sa nature privative de liberté¹. Si cette question semble de prime abord indépendante de la problématique de la qualification juridique de la mesure, elle doit, en réalité, en être rapprochée, et ce, de plusieurs points de vue. D'une part, il existe un lien entre sa qualification de peine et sa nature privative de liberté, laquelle fait partie des critères pris en compte par la Cour². D'autre part, le fait qu'il s'agisse d'une peine implique généralement qu'elle découle d'un jugement de condamnation, ce qui pourrait laisser préjuger de sa conformité à l'article 5 § 1, a) de la Convention. Or, l'analyse de la Cour est plus subtile.

L'internement de sûreté primaire ne pose, *a priori*, pas de problème quant à sa conformité à l'article 5 § 1 de la Convention, car, étant prononcé en même temps que la peine, il résulte directement du jugement de condamnation. Il présente, par conséquent, un lien de causalité suffisant avec ce jugement au sens de l'article 5 § 1, a), comme cela ressort des arrêts précités de la Cour européenne³. L'internement de sûreté réservé dans le jugement de condamnation, permettant aux juges de décider de son prononcé ultérieurement, lors d'une seconde audience⁴, soulève davantage d'interrogations. L'article 5 § 1, a), exige en effet un lien de causalité avec une décision se prononçant sur la culpabilité de la personne. Or la seconde audience ne concerne plus la culpabilité de la personne au regard de l'infraction commise, mais uniquement sa dangerosité pour l'avenir, ce qui fait disparaître le lien causal⁵. Le même problème se pose, d'ailleurs, pour la rétention de sûreté française qui est, elle aussi, réservée dans un premier jugement, et prononcée dans une décision ultérieure, par une juridiction différente⁶. La mesure paraît donc indépendante par rapport à la décision sur la culpabilité, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel en déniait à cette mesure tout caractère punitif⁷.

En ce qui concerne l'internement de sûreté *a posteriori*, le lien causal avec une condamnation était complètement absent. Avant qu'elle soit abrogée⁸, la mesure était ordonnée « sur la base de faits nouveaux apparus pendant l'exécution de la peine et établissant

¹ V., plus en détail, *infra*, n° 612.

² V. *supra*, n° 524.

³ V. *supra*, n° 532.

⁴ La *Anordnungsverhandlung*, prévue au § 275a StPO, est considérée comme la seconde partie de l'audience principale (*Hauptverhandlung*).

⁵ J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 177 s.; 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.

⁶ V. *supra*, n° 293 s.

⁷ V. *supra*, n° 219.

⁸ V. *supra*, n° 97.

la dangerosité du condamné »¹, sans même avoir été réservée dans le jugement initial. Partant, elle a été jugée contraire à l'article 5 § 1². Néanmoins, elle a été qualifiée de « peine » par la Cour européenne (contraire à l'article 7 § 1 car d'application rétroactive), ce qui peut paraître surprenant puisqu'une *peine* découle nécessairement d'une *condamnation*, si bien qu'elle aurait pu être considérée comme étant conforme à l'article 5 § 1, a). Quoi qu'il en soit, c'est sans doute en raison de ces déclarations d'inconventionnalité³ que cette variante de l'internement de sûreté a quasiment été abrogée lors de la réforme de décembre 2010⁴.

Dans l'arrêt *M. c. Allemagne*, les juges du Palais des droits de l'homme ne semblent pas avoir évité toute contradiction « en jugeant à la fois que la privation de liberté du requérant ne résultait pas de sa condamnation [§ 101] et qu'elle constituait une peine répondant à la tentative de meurtre et au vol qualifié qui lui étaient reprochés [§ 124] »⁵.

535. Réaction de la Cour européenne aux évolutions jurisprudentielles et législatives de la mesure en droit allemand. À la suite de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 4 mai 2011, intervenue en réaction à la jurisprudence européenne⁶, la Cour de Strasbourg a constaté que la Cour allemande avait satisfait aux exigences découlant de la Convention⁷. Dès lors que le placement en internement au terme de la peine est bien prévu par la condamnation initiale et que la privation de liberté n'excède pas la période maximale de dix ans définie dans la législation allemande en vigueur au moment des faits, la mesure est jugée conforme à l'article 5. La Cour a également salué l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 4 mai 2011 en se félicitant de « *l'approche [...] consistant à interpréter les dispositions de la Loi fondamentale [...] à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, ce qui révèle l'engagement constant de la Cour [constitutionnelle fédérale] en faveur de la protection des droits fondamentaux non seulement au niveau interne, mais aussi au niveau européen* »⁸.

¹ 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 », *art. cit.*, p. 129 s.

² CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.

³ La Cour européenne a également apprécié la mesure sous l'angle des autres alinéas de l'article 5 § 1 de la CESDH, lesquels seront étudiés ultérieurement : v. *infra*, n° 610 s.

⁴ V. *supra*, n° 97.

⁵ 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 », *art. cit.*, p. 129 s.

⁶ V. *supra*, n° 175.

⁷ V. *supra*, n° 183. Elle a, toutefois, réaffirmé sa position relative aux conditions de conventionnalité de l'internement de sûreté : v. *supra*, n° 532.

⁸ Arrêts *Mork, préc.*, § 54 ; *Schmitz, préc.*, § 41.

On peut faire observer que « ce vibrant hommage européen confirme, s'il en était encore besoin, combien le juge strasbourgeois compte sur le juge national – en particulier celui de rang constitutionnel et/ou suprême – pour que l'impulsion européenne soit relayée – voire anticipée – au plan interne, les juridictions nationales étant censées jouer pleinement leur rôle de juges de droit commun de la Convention européenne des droits de l'homme »¹. Au sujet du régime transitoire instauré par la Cour allemande, prévoyant la continuité du dispositif déclaré inconstitutionnel, la Cour européenne s'est contentée de constater que le dispositif allemand n'avait pas fait l'objet d'une annulation « avec effet rétroactif »², les mesures en question conservant donc toujours une base légale en droit interne. Elle a toutefois souligné que la Cour constitutionnelle avait invité les juridictions allemandes à tenir compte, dès son arrêt, de diverses exigences conventionnelles lorsqu'elles auraient à se prononcer sur le prolongement ou l'instauration rétroactive d'une détention de sûreté³, à savoir la mise en œuvre d'un « *strict test de proportionnalité* »⁴. Par conséquent, « il ne faut absolument pas en déduire que les juges strasbourgeois confèrent ainsi – et sans autres conditions – un brevet de conventionalité à la technique de maintien en vigueur, à titre transitoire, d'une législation inconstitutionnelle – et inconventionnelle »⁵.

Si la Cour européenne a salué la démarche de la Cour constitutionnelle, elle a néanmoins continué à condamner l'internement de sûreté *a posteriori* dans sa forme encore en vigueur après la réforme, applicable après la libération de l'hôpital psychiatrique⁶. Elle a précisé que cette mesure était contraire à l'article 5 § 1 si la décision qui l'ordonne ne se fonde pas expressément sur une maladie mentale au sens de l'art 5 § 1, e)⁷. Les modalités d'exécution de l'internement doivent en outre s'articuler autour du traitement de la maladie mentale⁸.

Globalement, la CEDH a, en grande partie, fondé ses décisions sur les modalités d'exécution de la détention de sûreté qui rapprochent celle-ci, de manière considérable, de la peine. Saisie après la réforme législative ayant visé à remédier aux critiques formulées, la Cour européenne ne semblait toutefois pas satisfaite des changements intervenus et de leurs

¹ N. Hervieu, « Un retentissant satisfecit strasbourgeois à destination de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la rétention de sûreté », *art. cit.*

² Arrêts *Mork*, *préc.*, § 55 ; *Schmitz*, *préc.*, § 42.

³ Arrêts *Mork*, *préc.*, § 30 ; *Schmitz*, *préc.*, § 27.

⁴ Arrêts *Mork*, *préc.*, § 55 ; *Schmitz*, *préc.*, § 42.

⁵ N. Hervieu, « Un retentissant satisfecit strasbourgeois à destination de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la rétention de sûreté », *art. cit.*

⁶ CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, § 82 s.; CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, § 73 s.

⁷ CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.

⁸ Sur la jurisprudence européenne relative à la détention d'une personne atteinte d'une maladie mentale, v. *infra*, n° 617.

répercussions sur la pratique, notamment en ce qui concerne l'absence de différence substantielle entre l'internement de sûreté et le régime carcéral¹. Elle a ainsi continué à qualifier la détention de sûreté de peine, dès lors que la mesure était imposée à la suite d'un verdict de culpabilité et qu'elle ne différait pas suffisamment de la peine de prison ordinaire². Or une telle qualification autonome entraîne un certain nombre de conséquences sur le droit interne.

2. Les conséquences de la qualification autonome sur le droit interne

536. Possible requalification européenne de la rétention de sûreté. Peu de différences substantielles existant entre le droit allemand et français³, la rétention de sûreté serait, sans doute, appréciée de manière comparable par la Cour européenne. En dépit des soins proposés et de l'appellation du lieu de rétention (« centre socio-médico-judiciaire »), la mesure est en pratique similaire à la détention en prison. Comme dans le système allemand, le premier centre de rétention est situé dans un quartier à part du domaine pénitentiaire de Fresnes⁴. La Cour européenne n'a d'ailleurs pas manqué de faire directement référence à la rétention de sûreté française, qu'elle considère comme l'équivalent de la détention de sûreté allemande⁵. Elle a relevé à cet égard que le Conseil constitutionnel, contrairement à la Cour constitutionnelle fédérale, avait prohibé son application rétroactive. Au vu de ces similitudes, « il y a [...] fort à parier que, saisie d'une telle requête, les juges européens n'hésiteraient pas à lui octroyer la qualification de peine, malgré les dénégations du Conseil constitutionnel qui, lui, n'y a vu "ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition" »⁶. Et cette « requalification de la rétention de sûreté en peine pourrait, en second lieu, avoir pour conséquence une remise en cause de la distinction traditionnelle entre peine et mesure de sûreté »⁷. On peut cependant, avec le professeur Pradel, « douter sérieusement du bien-fondé de cette qualification », à laquelle il faudrait préférer celle de mesure de sûreté⁸. La solution à

¹ CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12.

² De la même manière, elle a critiqué l'insuffisance du contrôle du maintien en détention : CEDH, *H.W. c. Allemagne*, 19 sept. 2013, n° 17167/11.

³ Pour une comparaison détaillée des dispositifs, v. *supra*, n° 281 s.

⁴ V. aussi *supra*, n° 138 et 331.

⁵ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 75 : « la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental a introduit la détention de sûreté en droit français (où elle est dénommée "rétention de sûreté") ».

⁶ É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*, n° 58.

⁷ *Ibid.*

⁸ J. Pradel, « Mesures de sûreté privatives de liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 737 s.

laquelle aboutit la Cour européenne en prohibant la rétroactivité de la mesure doit, certes, être approuvée et, partant, devra être intégré dans le régime juridique interne de la mesure. Mais, peu importe finalement la qualification formelle retenue par cette dernière qui n'a pas vocation à s'imposer aux États, tant que les principes posés par la Convention ne sont pas bafoués.

537. L'apparition de nouvelles distinctions entre mesures privatives et restrictives de liberté et entre mesures préventives et punitives. En se penchant sur la jurisprudence européenne en matière de mesures de sûreté, l'on constate que la Cour strasbourgeoise applique les garanties conventionnelles en fonction de la gravité de la mesure examinée et notamment de sa nature privative ou seulement restrictive de liberté. En effet, « l'on voit se dessiner, dans la jurisprudence de la Cour européenne, comme dans celle du Conseil constitutionnel, une protection à deux degrés : les "privations" de liberté, quelle que soit leur qualification, sont soumises à des règles relativement protectrices (notamment la non-rétroactivité d'une loi nouvelle plus sévère) alors que les "restrictions" de liberté sont abandonnées aux initiatives sécuritaires en tous genres »¹. La protection de l'individu contre les mesures fondées sur sa seule dangerosité semble, de ce fait, fragilisée, car elle est restreinte aux plus graves d'entre elles. Cela peut paraître regrettable, le professeur Dreyer allant jusqu'à dénoncer le fait que « les libertés individuelles soient sacrifiées ainsi à des considérations purement sémantiques »². Et de poursuivre qu' « à force d'admettre que la liberté individuelle peut être "restreinte", l'on finira par oublier qu'elle est la valeur suprême dans une société démocratique. La banalisation de telles mesures conduira alors à en faire purement et simplement le sacrifice sans regret... »³.

Or, même pour les mesures privatives de liberté qui subissent un contrôle plus sévère de la part des juges européens, le professeur Giudicelli-Delage est troublée de voir que « les censures ou condamnations des Cours constitutionnelles ou de la CEDH ne se font, si l'on écarte la question de la torture, qu'à la marge et n'atteignent pas le cœur des mesures », et ce au risque que « ne soient rendues effectives que des garanties qui laissent finalement intacte la substance même du droit pénal de la dangerosité »⁴. C'est ainsi que, « par exemple, c'est la rétroactivité de la rétention de sûreté que le Conseil constitutionnel a censurée »⁵, et, au

¹ E. Dreyer, « Un an de droit européen en matière pénale », *art cit.*

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

⁵ *Ibid.*

niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme en a fait de même avec la détention de sûreté allemande, sans pour autant condamner l'existence de la mesure dans son principe. En effet, c'est davantage la qualification de la mesure qui a été remise en cause – ce qui emporte, toutefois, des conséquences quant aux principes à respecter et participe, par là même, à l'encadrer par des garanties plus grandes.

Aussi, la Cour européenne a-t-elle rendu, le 17 décembre 2009, plusieurs décisions relatives aux mesures de sûreté : l'affaire précitée *M. c. Allemagne* était relative à la détention de sûreté ; les affaires *Bouchacourt, M. B. et Gardel c. France* concernaient l'inscription au FIJASV. Elle a alors exclu qu'une mesure ayant uniquement un but préventif et dissuasif, telle que l'inscription au FIJASV, puisse être qualifiée de peine au sens de l'article 7 de la Convention¹. Il se dessine par conséquent, si l'on met en relation les différents arrêts, une « nouvelle distinction : celle entre "mesures de sûreté purement préventives" (telle, en France, l'inscription au FIJASV) et "mesures de sûreté punitives" (telle, en Allemagne, la détention de sûreté), les secondes relevant seules de l'article 7 § 1 de la Convention en tant qu'elles doivent être qualifiées de "peines" »². L'impression s'impose, tout de même, que ce ne sont ici pas tant les finalités différentes de ces mesures qui ont conduit à une solution opposée – toutes étant, en réalité, préventives – que leur gravité respective³. En effet, la Cour semble déduire de la nature privative de liberté de la détention de sûreté son caractère punitif, déduction qui conduit à un amalgame regrettable entre la gravité de la mesure et sa finalité. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence européenne a un impact sur la conception interne des sanctions pénales.

538. Remise en cause de la dualité des sanctions pénales ? Au travers de sa jurisprudence relative à la « peine », la Cour européenne fait entrer certaines mesures de

¹ CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*: l'inscription au FIJASV n'est pas une peine. - CEDH, *Bouchacourt c. France*, 17 déc. 2009, n° 5335/06 : *RSC*, 2010, p. 240, obs. Roets; *JCP G*, 2010, act. 62, obs. Sudre. - CEDH, *M.B. c. France*, 17 déc. 2009, n° 22115/06 : *RSC*, 2010, p. 240, obs. Roets ; *D.*, 2010, AJ p. 93, obs. Gachi. Notons que la Cour a précisé que la mesure « ne [pouvait] être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction » (arrêts *Gardel, préc.*, § 43 ; *Bouchacourt, préc.*, § 42 ; *M.B.*, § 36), ce qui peut prêter à confusion, dès lors que l'on a convenu du fait que les mesures de sûreté, qui n'ont certes pas de caractère répressif, font, malgré tout, partie de la catégorie des « sanctions pénales » : v. *supra*, n° 3.

² D. Roets, « L'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : une mesure préventive hors du champ d'application du principe de non-rétroactivité », *RSC*, 2010, p. 239.

³ La Cour a précisé, en ce sens, que l'inscription au FIJASV « n'attei[nait] pas une gravité telle que l'on puisse l'analyser en une "peine" » (v. les arrêts *Gardel, préc.*, § 45 ; *Bouchacourt, préc.*, § 44 ; *M.B., préc.*, § 38). Pour la détention de sûreté au contraire, elle a insisté sur le fait que « cette mesure para[issait] être l'une des plus graves - sinon la plus grave - de celles prévues par le code pénal allemand » (arrêt *M. c. Allemagne, préc.*, § 132).

sûreté dans la sphère d'application de l'article 7 de la Convention. Or, comme le font remarquer certains auteurs, « en réduisant à néant la distinction entre peines et mesures de sûreté, la jurisprudence de la Cour européenne est à même de bouleverser celle de la Cour de cassation, qui semble vouloir octroyer aux secondes un régime nettement plus défavorable qu'aux premières »¹. En ce sens, « l'affaire *M. c/ Allemagne*² incite à réfléchir sur cette *summa divisio* du droit pénal, même si elle ne concerne pas directement le droit français »³. Partant, « peine de droit interne et mesure de sûreté ne seraient que les deux faces d'une même notion européenne, celle de peine au sens de l'article 7 de la Convention »⁴.

Soulignons, toutefois, qu'il n'y a pas de contrariété entre les concepts internes de peine et celui de la peine européenne, puisque les différents systèmes n'ont pas le même domaine d'application. En effet, « les deux notions n'interviennent pas sur le même plan, la qualification européenne n'ayant pour seul but que de faire bénéficier les justiciables du système protecteur de la convention – qui vient en quelque sorte se surajouter au régime juridique interne – mais restant sans influence sur la qualification interne »⁵. Un auteur a fait remarquer, à ce titre, que la Cour ne requalifiait pas les mesures, mais superposait sa propre qualification juridique pour les besoins de son contrôle⁶. Ces concepts *a priori* contradictoires peuvent donc se combiner sans que les qualifications de droit interne ne soient directement remises en cause⁷. Une « *peine* » au sens de l'article 7 doit seulement bénéficier des garanties conventionnelles qui y sont afférentes et non du régime juridique entier régissant les peines en droit interne. On est en présence « de deux systèmes de qualification emportant chacun un régime juridique propre », les systèmes internes et européens se combinant plus qu'ils ne s'affrontent⁸.

Pour autant, il est indéniable que la manière dont la Cour européenne appréhende la notion de « peine » remet en cause les spécificités pouvant exister en droit interne sur la base des qualifications législatives retenues. Les peines et les mesures de sûreté relèvent en effet indifféremment de concepts juridiques plus larges, emportant le respect des principes

¹ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 112, p. 52.

² V. *supra*, n° 531.

³ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 112, p. 53.

⁴ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 113, p. 53.

⁵ É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*, n° 58.

⁶ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *art. cit.*, p. 517 s.

⁷ En ce sens, É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 110, p. 52.

⁸ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 110, p. 52.

fondamentaux contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme¹. Tout en prenant en compte les particularités de chaque droit interne et les circonstances de chaque affaire qui lui est soumise, la Cour se détache des catégories et distinctions nationales pour regarder le fond d'une mesure, plus que sa forme. Une telle démarche met en évidence les ressemblances pouvant rapprocher les mesures de sûreté des peines et oblige à reconsidérer la distinction. Plus encore, elle oblige les organes nationaux, législatifs comme jurisprudentiels, à se conformer au droit conventionnel en adaptant le droit des mesures de sûreté aux exigences européennes.

La requalification, au niveau européen, de certaines mesures de sûreté en peines pourrait ainsi avoir pour effet d'obliger la Cour de cassation à abandonner une partie de sa jurisprudence par laquelle elle soustrait les mesures de sûreté au régime juridique protecteur des peines². On peut douter, en particulier, de la conventionnalité du régime dérogatoire retenu par la jurisprudence pour la surveillance judiciaire et les mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables³. En définitive, les législateurs nationaux sont tenus d'inscrire les mesures de sûreté, notamment les plus graves d'entre elles, dans un cadre respectueux des principes conventionnellement protégés, sans que cela implique une remise en cause de la conception dualiste des sanctions pénales. Les mesures de sûreté peuvent parfaitement continuer à être qualifiées ainsi, voire s'émanciper de manière plus aboutie.

539. Conclusion de la Section 1. De prime abord, on pourrait se demander, comme l'a fait le magistrat Schmelck en 1965, en quoi la distinction entre peine et mesure de sûreté pourrait encore donner lieu à une discussion utile⁴, tant le sujet a été exploré. Ce dernier observait toutefois immédiatement et à juste titre que si la distinction était claire en théorie, elle l'était beaucoup moins dans la pratique, le législateur comme le juge s'employant à entretenir la confusion⁵. Plus encore aujourd'hui, la distinction est malaisée à établir, tant formellement que substantiellement. L'obscurité qui entoure la notion de mesure de sûreté est renforcée par l'approche comparée et européenne du problème. Les ambiguïtés s'observent en

¹ Cela implique la soumission des mesures de sûreté aux principes fondamentaux régissant les peines en fonction de leur gravité. V. *infra*, n° 587 s.

² É. Garçon et V. Peltier, « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *art. cit.*, n° 58. Sur cette jurisprudence, v. en détail, *supra*, n° 190 s.

³ *Ibid.*, n° 57 et 59.

⁴ R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté ». *art. cit.*, p. 182.

⁵ Ce constat fut d'ailleurs réitéré plus récemment par un autre auteur : V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », *art. cit.*, p. 77.

effet à plusieurs niveaux. D'une part, la reconnaissance interne des mesures de sûreté est insuffisante, en raison de l'absence de consensus sur leur place et des hésitations législatives et jurisprudentielles à leur sujet. D'autre part, une analyse des différentes sanctions existantes met en lumière la relativité des qualifications retenues, que ce soit sous un angle interne ou comparé. La jurisprudence européenne ne permet pas davantage d'esquisser une définition fiable car elle se détache complètement de tous les critères distinctifs que l'on pouvait tenir pour acquis. Globalement, l'appréhension, tant interne qu'internationale, des sanctions pénales sème le doute sur la notion de mesure de sûreté qui s'en trouve affaiblie. Le concept souffre également de l'incertitude de ses contours, toujours en raison des convergences entre peines et mesures de sûreté.

Section 2 :

L'imprécision des contours des mesures de sûreté

540. La distinction stricte entre peines et mesures de sûreté doit être relativisée par plusieurs traits communs de ces deux types de sanctions qui mettent en exergue la fragilité de la frontière établie. C'est ainsi que le système de la double voie, en vigueur en Allemagne, doit être nuancé en raison du rapprochement des différentes sanctions qui le composent. À l'inverse, le système de la voie unique, en vigueur en France, n'existe pas réellement dans la pratique puisque deux types de réponses pénales coexistent, les peines et les mesures de sûreté. Or il est vrai que leurs contours paraissent parfois insuffisamment marqués pour établir une distinction nette. Le professeur Pradel observe ainsi que « par un curieux phénomène de rencontre, chaque sanction fait un pas vers l'autre »¹.

Il est nécessaire de s'intéresser à ces différents facteurs de rapprochement qui sont souvent invoqués par les partisans du système unitaire, en gardant à l'esprit que, pour importants qu'ils puissent être, « ces rapprochements ne vont cependant pas jusqu'à la fusion rêvée par certains »².

Nombreuses sont les similitudes entre les différentes sanctions pénales, à commencer par leur nature et, partant, leur contenu. Les peines comme les mesures de sûreté peuvent entraîner une privation ou une restriction de liberté, une surveillance ou une privation ou restriction de droits. Elles peuvent, toutes deux, contenir un aspect éducatif, probatoire ou neutralisant. Aussi leurs modalités d'exécution s'avèrent-elles souvent proches, voire identiques, à l'instar de la proximité évoquée plus haut entre le régime pénitentiaire et l'internement de sûreté. Certes, les personnes placées en internement de sûreté doivent être séparées des autres détenus et placées dans des quartiers spécialisés³. Mais en pratique, cette obligation n'est pas toujours respectée dans certains *Länder*, compte tenu du petit nombre de personnes concernées par cette mesure et il arrive, comme dans le centre de détention de Tegel à Berlin, que le quartier réservé aux internés de sûreté accueille également des condamnés à de longues peines, notamment à la réclusion à perpétuité⁴. Compte tenu des

¹ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 623, p. 523.

² *Ibid.*, p. 523.

³ Art. 140 de la loi sur l'exécution des peines (*Strafvollzugsgesetz*).

⁴ Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport préc.

améliorations du régime carcéral de « droit commun » au fil des années, l'écart des avantages entre les conditions de détention s'est, d'ailleurs, nettement réduit¹.

En dépit de l'absence de coloration morale des mesures de sûreté, celles-ci revêtent en réalité parfois des aspects proches du caractère afflictif et infamant des peines. Sans chercher à faire souffrir le délinquant, elles engendrent souvent une souffrance dans la pratique. Il est ainsi indéniable que la privation d'un droit, telle qu'une interdiction professionnelle, peut être ressentie comme une punition et provoquer une souffrance psychologique. Ce constat doit être fait avec d'autant plus de force lorsque la mesure de sûreté prive l'individu de sa liberté physique. C'est en ce sens le magistrat Léon Cornil affirme que « le *brevet officiel d'inaptitude sociale* que décernerait le juge serait au moins aussi redouté que l'est le blâme officiel résultant de la condamnation classiquement comprise »².

Enfin, les effets de ces différentes sanctions pénales peuvent se révéler semblables, dans le sens que la mesure de sûreté, qui ne poursuit pourtant qu'un but de prévention spéciale, peut aussi avoir un effet de dissuasion générale. La rétention de sûreté peut même, dans la pratique, s'avérer plus dissuasive que la réclusion criminelle, car si la peine est déterminée dans sa durée lors du jugement, la mesure de sûreté est indéterminée et laisse planer l'incertitude sur le sort de la personne condamnée. La mesure de sûreté agit, de ce fait, telle une épée de Damoclès qui menace la personne pendant toute la durée de son enfermement, sans perspective concrète quant à la libération.

On constate donc que « les peines et les mesures de sûreté exhibent des caractéristiques communes qui tempèrent sur un plan pratique l'intensité de la démarcation »³. Une séparation nette est, dès lors, difficile d'opérer. Les traits communs les plus marquants sont le recoupement des régimes (§ 1) et des finalités (§ 2) des mesures de sûreté et des peines.

§ 1 : Le recoupement des régimes des mesures de sûreté et des peines

541. L'évolution convergente des peines et des mesures de sûreté est telle que l'on peut se demander si la détermination respective de leurs régimes fournit des critères de discrimination suffisamment précis. On observe, en effet, un recoupement des régimes des différentes

¹ V. sur ce point, *ibid.*

² L. Cornil, *La mesure de sûreté envisagée objectivement*, Discours prononcé à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Bruxelles, le 16 septembre 1929, p. 25. V. aussi M. van de Kerchove, « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *art. cit.*, p. 254.

³ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 34.

réponses pénales du fait d'un rapprochement de leurs conditions d'application (A) et de l'exigence commune d'individualisation (B).

A. Le rapprochement des conditions d'application

542. Du fait de leur nature de réponse pénale, les mesures de sûreté, comme les peines, interviennent en principe *post delictum* (1). À l'inverse, les peines empruntent aux mesures de sûreté la prise en compte de la dangerosité du délinquant (2).

1. L'intervention *post delictum* des réponses pénales

543. Exigence formelle d'une infraction préalable. La mesure de sûreté, détachée en théorie de l'infraction commise, intervient en droit positif *post delictum*, tout comme la peine. Si elle est essentiellement tournée vers l'avenir, elle prend également en compte les actes commis dans le passé. Au même titre que la peine, et en dépit de sa finalité exclusivement préventive, elle se veut la réponse à une infraction qui lui tient lieu de référence légale¹. La commission d'une infraction préalable est généralement exigée pour pouvoir ordonner une mesure de sûreté, ainsi que, le plus souvent, une déclaration de culpabilité. D'ailleurs, son « lien avec le pénal est essentiel, sauf à verser dans une confusion des genres, qui reviendrait à assimiler mesures de police administrative et mesures de sûreté au sens strict du terme »². Ainsi, ces mesures sont comprises comme une réaction juridique à un acte contraire à la loi, prononcée par un juge pénal.

Contrairement aux mesures de police, les mesures de sûreté qui font partie du système pénal sont ainsi soumises au principe de légalité³, ne s'appliquant qu'aux personnes chez lesquelles la dangerosité s'est manifestée par un acte prohibé. Aussi le lien entre la mesure de sûreté et l'infraction existe-t-il dans la quasi-totalité des cas. Selon le professeur Pradel⁴, l'exigence d'une infraction préalable ne connaît qu'une exception : celle qui est prévue par les articles L. 3311-1 et suivants CSP relatif à la cure de désintoxication susceptible d'être imposée à un alcoolique dangereux pour autrui. Néanmoins, il est possible de relever d'autres « mesures de sûreté *ante delictum* », à savoir celles qui sont applicables aux aliénés internés,

¹ Sur l'exigence d'une infraction préalable, v. en détail *infra*, n° 761 s.

² Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

³ Sur le principe de légalité, v. plus en détail, *infra*, n° 631 s.

⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 624, p. 525.

aux toxicomanes, aux mineurs en danger moral, aux personnes dangereuses pour la sécurité publique justiciables d'un internement administratif et aux personnes placées sous contrôle judiciaire¹. Il arrive, également, que le législateur se contente d'une infraction mineure pour justifier la mise en œuvre d'une mesure de sûreté², comme dans le cas de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, qui prévoit l'application de mesures sur la seule constatation d'une contravention de 5^{ème} classe. Enfin, on constate qu'il érige, dans d'autres hypothèses, en infraction autonome un simple état dangereux – pour autrui ou pour l'agent lui-même – à l'image de l'article L. 3421-1 CSP en matière d'usage illicite de substances ou plantes classées comme stupéfiants³.

Cette prise en considération de l'infraction assure une certaine corrélation entre la gravité des actes commis par l'auteur et la mesure de sûreté, corrélation qui atténue le caractère utilitariste de celle-ci, sans pour autant qu'il y ait réellement proportionnalité entre ces deux éléments. C'est ainsi que les peines et les mesures de sûreté doivent, en principe, se trouver dans une juste adéquation avec l'infraction de référence : les crimes les plus graves sont susceptibles d'entraîner la mesure de sûreté la plus grave (la rétention de sûreté), si bien que s'en trouve atténué le caractère purement prospectif qui gouverne généralement le droit des mesures de sûreté. La référence à l'infraction se manifeste notamment lors du pronostic de dangerosité, pour lequel les condamnations passées et les infractions à juger représentent un indice fort : on déduit des infractions commises une probabilité de commission d'infractions futures.

L'exigence d'un acte prohibé pour l'application d'une mesure de sûreté peut s'expliquer par la gravité de l'atteinte aux libertés individuelles qu'elle engendre. La Cour constitutionnelle fédérale insiste cependant sur le caractère non répressif de ces mesures et affirme qu'elles interviennent seulement à la suite d'une infraction et non en réponse à celle-ci. Ainsi, ce n'est pas la culpabilité, mais la dangerosité révélée par l'acte qui serait déterminante pour la mesure⁴. Il est néanmoins nécessaire de disposer d'une base solide pour justifier la réaction étatique face à un individu jugé dangereux, compte tenu des difficultés liées à un pronostic, par définition incertain. On ne saurait par conséquent se fonder sur une dangerosité entièrement subjective, attachée à la seule personne et non extériorisée par un acte criminel, ceci constituant un certain rempart à l'arbitraire du juge. En dépit de ce rempart, il

¹ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, op. cit., n° 660, p. 832.

² V. J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », art. cit., n° 37.

³ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 624, p. 525.

⁴ BVerfG, 5 avr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*, n° 145 s.

est des auteurs qui redoutent l'évolution des mesures de sûreté vers une totale indépendance par rapport à toute infraction préalable, qui seraient applicables dès que l'on estime qu'une personne est dangereuse¹.

L'exigence d'une infraction préalable ne permet pas pour autant d'assimiler les mesures de sûreté aux peines. Contrairement à ces dernières, elles sont en effet indifférentes à l'imputabilité de l'acte à son auteur.

544. Indifférence des mesures de sûreté à l'imputabilité. Il a pu être affirmé que « comme la peine, la mesure de sûreté postule l'imputabilité : elle ne peut être infligée qu'à une personne qui a compris et voulu son acte en tant qu'infraction »². La position mérite d'être nuancée car certaines mesures sont spécifiquement applicables aux personnes pénalement irresponsables. Il est donc permis d'affirmer que la mesure de sûreté est généralement une réaction étatique indépendante de l'imputabilité. Toutes les mesures de sûreté n'impliquent pas l'imputabilité de l'acte à l'auteur, alors que la peine ne peut être infligée qu'à une personne capable de discernement donc responsable de ses actes. L'adossement à un acte infractionnel est par conséquent la caractéristique de la mesure de sûreté³, sans qu'il soit toujours nécessaire que l'auteur soit responsable pénalement⁴. On peut en conclure, comme le faisait Franz von Liszt il y a plus d'un siècle, que l'acte exigé pour l'application de la mesure de sûreté n'est que le « symptôme de l'état d'esprit antisocial de l'auteur »⁵, et que sa répétition témoigne du penchant criminel de la personne. Pour les mesures applicables aux malades mentaux, l'infraction commise sert souvent d'indice de la maladie.

Il est néanmoins possible d'opérer une distinction entre les différentes mesures existantes selon leur degré de prise en compte de l'imputabilité : si l'internement en établissement de désintoxication est une mesure indifférente à la responsabilité pénale, l'internement psychiatrique, lui, suppose même formellement une absence ou altération du discernement de la personne en raison de sa maladie mentale. La rétention comme l'internement de sûreté, au contraire, exigent la condamnation de l'auteur pour une infraction intentionnelle d'une

¹ J. Kinzig, *Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages* (intervention écrite au Bundestag), 28 mai 2008.

² Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 450, p. 260.

³ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s. V. aussi *infra*, n° 761 s.

⁴ En témoignent les mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables en vertu des articles 706-135 et 706-136 CPP. V. *infra*, n° 700 et 772 s.

⁵ F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16^e et 17^e éd., Berlin, Guttentag, 1908, p. 85.

certaine gravité. La culpabilité de la personne joue donc, pour cette dernière mesure, un rôle primordial dans le cadre de ses conditions objectives, ce qui la rapproche davantage de la peine et accentue l'ambiguïté entourant sa vraie nature¹.

Un autre facteur de rapprochement des différents types de sanctions pénales est la prise en compte de la dangerosité du délinquant.

2. La prise en compte de la dangerosité du délinquant

545. L'état dangereux du délinquant joue un rôle non seulement pour l'application des mesures de sûreté mais aussi pour le choix des peines. La dangerosité a un impact sur la détermination tant légale que judiciaire de toute réponse pénale.

546. L'impact de la dangerosité sur la détermination légale de la réponse pénale. Fondée sur l'infraction, la peine n'est pas uniquement fonction du dommage causé par celle-ci. Elle est proportionnelle à la gravité de la faute de l'auteur, de sorte que le même résultat (par exemple, la mort d'une personne) n'est pas toujours puni de la même sévérité. Le droit pénal accorde une place primordiale à l'élément moral de l'infraction, la répression étant intimement liée à la psychologie de l'agent, qui reflète sa plus ou moins grande dangerosité. Un homicide involontaire ne peut évidemment pas être réprimé de la même manière qu'un meurtre, voire un assassinat. La peine se rapproche de cette manière quelque peu de la mesure de sûreté, laquelle est fondée sur la dangerosité de la personne².

L'élément psychologique semble, par conséquent, prédominer, lors de la détermination légale de la sanction pénale encourue, sur les conséquences matérielles de l'infraction. Bien entendu, le résultat joue également un rôle, dans la mesure où les infractions matérielles, à l'instar des blessures causées à autrui, sont classées par rapport à la gravité de l'atteinte effective. Cela vaut, d'ailleurs, aussi bien pour les violences intentionnelles que pour les blessures non-intentionnelles³. Néanmoins, force est de constater qu'entre ces deux catégories (infractions intentionnelles et non-intentionnelles), si le résultat matériel peut s'avérer similaire, tel n'est pas le cas des pénalités encourues. La faute intentionnelle, aussi appelée dol, est la marque d'une plus grande dangerosité qu'une faute d'imprudence. De la même

¹ Sur ce point, v. en détail, *supra*, n° 137 et 292.

² V. en détail, *infra*, n° 679 s.

³ V., pour les violences intentionnelles, les art. 222-7 s. CP ; pour les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne, les art. 222-19 s. CP.

manière, une faute d'imprudence qualifiée (caractérisée ou délibérée) est plus sévèrement réprimée qu'une faute simple d'inattention.

Une autre illustration du constat que la peine ne se désintéresse pas de la dangerosité de l'auteur réside dans l'incrimination autonome de certains états dangereux – ou comportements à risque. On songe aux infractions de prévention¹, appelées aussi délits obstacles², ou aux infractions formelles, indifférentes au résultat matériel. Dans ces cas de figure, la peine intervient plus en amont sur l'*iter criminis* pour empêcher la réalisation d'un dommage effectif ou la réalisation d'autres infractions plus graves, ce qui la rapproche des mesures de sûreté³. Le législateur utilise alors « d'habiles subterfuges pour consacrer une véritable intervention *ante delictum* sans trahir à la lettre le principe de l'infraction préalable »⁴. Cette « punissabilité anticipée »⁵ peut s'avérer dangereuse pour les libertés individuelles si elle remonte trop loin sur le chemin du crime.

La répression de la tentative⁶ reflète pareillement l'intervention préventive de la peine, qui s'attache alors davantage à l'auteur qu'à l'acte incriminé, puisque celui-ci n'est, dans cette hypothèse, pas encore accompli. On mesure, ici encore, l'importance accordée à la psychologie de l'agent, en l'absence de tout résultat dommageable. Sa détermination à passer à l'acte est, en effet, jugée suffisamment dangereuse pour être punie de la même peine que l'infraction consommée. « Plus facilement encore que la consommation, la tentative se justifie par le souci d'atteindre l'état dangereux de son auteur »⁷.

Enfin, l'aggravation de la peine encourue en cas de récidive témoigne de l'importance accordée au passé pénal et ainsi, à la dangerosité du délinquant, révélée par la répétition des

¹ Un auteur estime que l'infraction préventive constitue une catégorie *sui generis* d'incrimination par la prise en compte du risque contenu dans l'individu : S. Jacopin, « La dangerosité saisie par le droit pénal », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, op. cit., p. 225 s., spéc. p. 242. Pour illustration, on peut citer les délits de risques causés à autrui (art. 223-1 s. CP), comme la conduite en état d'ivresse (art. L 234-1 s. C. route), ou encore la participation à une association de malfaiteurs (art. 450-1 CP).

² Si Enrico Ferri est parfois présenté comme le père des « infractions obstacles », bien avant lui, les romains incriminaient déjà des actes préparatoires à une infraction déterminée : v. E. Burgaud, « La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^e siècle », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, op. cit., p. 207 s., spéc. p. 221.

³ Par le passé, on trouvait en législation même des mesures sanctionnant la supposée volonté de commettre une infraction. Il en allait ainsi d'un décret-loi du 18 novembre 1939 (Décret-loi du 18 novembre 1939 *relatif aux mesures à prendre à l'égard des individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique*, appliqué jusqu'en juin 1946) qui permettait au ministre de l'Intérieur de faire interner tout individu suspect de porter atteinte à la défense nationale ou à la sécurité publique.

⁴ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 660, p. 831.

⁵ Pour reprendre une expression du professeur Günther Jakobs : G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. cit., p. 7 s.

⁶ La tentative de crime est punissable de manière générale depuis la loi du 22 prairial an IV.

⁷ A. Prothais, *Tentative et attentat*, LGDJ, 1985, n° 58, p. 44-45.

actes. Car l'acte commis en état récidive n'est, en lui-même, pas plus grave que l'acte du primo-délinquant¹. La responsabilité du récidiviste n'est pas plus élevée que celle du délinquant primaire mais le premier apparaît plus dangereux que le second. Il en va de même d'autres circonstances aggravantes, telles que la préméditation, qui révèlent avant tout la dangerosité de l'auteur et reposent donc sur une présomption légale de dangerosité².

On constate, en définitive, une corrélation entre la dangerosité et le *quantum* de la peine encourue. Il en va de même de la peine prononcée.

547. L'impact de la dangerosité sur la détermination judiciaire de la réponse pénale.

La dangerosité a également un impact sur la détermination judiciaire de la peine. La personnalité dangereuse de l'auteur influe sur l'appréciation de sa culpabilité, puis sur le choix de la peine, puisque celle-ci, loin d'être exclusivement rétributive, est en grande partie guidée par sa finalité préventive³. Ainsi, « la peine est utilisée par le juge autant pour prévenir que pour punir et si l'examen de la personnalité du délinquant révèle chez celui-ci un état dangereux annonciateur d'une délinquance future, il en sera tenu compte dans une certaine mesure dans la peine choisie et dans le régime de réadaptation qui sera appliqué »⁴. La détermination judiciaire de la peine répond, en effet, à une individualisation en fonction de la personnalité de l'auteur⁵, à la fois lors de sa fixation initiale (sa nature et son *quantum*), et lors de son aménagement ultérieur.

D'une part, la juridiction de jugement, lorsqu'elle condamne l'agent, se prononce, dans une large mesure, sur son état dangereux lorsqu'elle détermine la peine qu'elle prononce⁶. Les peines d'emprisonnement, et notamment les courtes peines, sont de plus en plus souvent remplacées par des mesures de liberté surveillée, telles que le sursis avec mise à l'épreuve⁷. Cette mesure, accordée à la condition que l'état dangereux du délinquant le permette, peut

¹ Raffaele Garofalo exprimait ainsi qu' « on ne peut plus concevoir que la peine à infliger au récidiviste ait la même nature que celle à infliger au délinquant novice. Car le nouveau délit est la meilleure preuve que le premier moyen n'a pas atteint son but ». L'aggravation de la peine ne reposait, dès lors, pas sur l'idée de justice, mais sur son utilité sociale, afin de se défendre contre le récidiviste s'étant révélé particulièrement dangereux : R. Garofalo, *La Criminologie*, trad. française de la 2^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 358.

² V. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 21, p. 39.

³ V. *infra*, n° 558.

⁴ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 496, p. 413.

⁵ V. *infra*, n° 549.

⁶ V. p. ex. Cass. crim., 27 juin 1989, n° 88-86344, *Bull. crim.*, n° 274, p. 678 : la Cour d'appel avait motivé sa décision en précisant que « si les conséquences de cette agression ont été relativement minimales, il convient de considérer le caractère asocial du prévenu qui peu de temps après son élargissement de prison, après avoir purgé une longue peine de réclusion criminelle a révélé un état de dangerosité tel qu'une sanction sévère s'impose » ; Cass. crim., 9 janv. 2002, n° 01-85268.

⁷ Ou, plus récemment, la contrainte pénale, instaurée par la loi précitée n° 2014-896 du 15 août 2014.

être révisée à tout moment, voire retirée, pour s'adapter à l'évolution du comportement du condamné. À l'inverse, beaucoup de condamnations à un emprisonnement ferme sont motivées par la dangerosité des condamnés¹. La Cour de cassation devrait même casser les arrêts qui, pour motiver le choix d'une peine correctionnelle privative de liberté non assortie du sursis, ne se réfèrent pas à la personnalité de l'auteur de l'infraction². Le prononcé de l'emprisonnement ferme doit en effet faire l'objet d'une motivation spéciale de la part de la juridiction au regard « *des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* »³.

D'autre part, c'est la juridiction de l'application des peines qui évalue la dangerosité du condamné afin d'adapter progressivement les modalités et le régime de l'exécution de la peine à son état personnel. À ce titre, si la dangerosité peut être considérée comme une condition positive à l'application et au prolongement d'une mesure de sûreté⁴, elle se présente comme une condition négative pour l'aménagement de la peine. Les mesures de clémence accordées au détenu sont, en effet, subordonnées à l'absence de tout état dangereux⁵. C'est ainsi que, dans certains cas d'infractions particulièrement graves⁶, la libération conditionnelle ne sera accordée qu'après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, rendu à la suite d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité réalisée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues et assortie d'une expertise médicale⁷. La

¹ V., p. ex., Cass. crim., 22 avr. 1998, n° 97-84522, *Gaz. Pal.*, 1998, 2, chron. crim., p. 144 ; Cass. crim., 25 févr. 2014, n° 12-88098; Cass. crim., 19 déc. 2012, n° 12-80386; Cass. crim., 9 juin 2004, n° 03-86718; Cass. crim., 5 nov. 2003, n° 03-82276; Cass. crim., 17 janv. 2001, n° 00-83506.

² C'est ce qu'elle a fait dans certains arrêts : Cass. crim., 4 déc. 2012, n° 11-89008; Cass. crim., 26 juin 2013, n° 11-81296. Dans d'autres arrêts, toutefois, la Cour ne s'est pas montrée exigeante à cet égard et s'est contentée d'une motivation au regard de la gravité des faits ou du trouble causé à l'ordre public : Cass. crim., 20 juin 1996, n° 95-83182, *JCP*, 1996, IV, 2358 ; Cass. crim., 21 nov. 1996, n° 95-85995, *Bull. crim.*, n° 420, p. 1217 ; Cass. crim., 24 juin 1998, n° 97-84989, *Bull. crim.*, n° 206, p. 588 ; Cass. crim., 24 sept. 1998, n° 98-80244; Cass. crim., 18 mai 1999, n° 98-83284; Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 03-83365; Cass. crim., 28 avr. 2004, n° 03-83717; Cass. crim., 26 juin 2013, n° 12-85116.

³ Art. 132-19, al. 3 CP, réécrit par la loi du 15 août 2014. Avant le 1^{er} octobre 2014, l'obligation de motiver spécialement le prononcé de l'emprisonnement ferme résultait des articles 132-19, al. 2 et 132-24, al. 3 CP. V. plus en détail, J. Leblois-Happe, « Prononcé des peines », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 132-17 à 132-22, Fasc. 20, 15 avr. 2015.

⁴ V. *infra*, n° 679 s.

⁵ Comme, p. ex., le placement à l'extérieur sous surveillance pénitentiaire qui n'est accordé qu'à la condition que les condamnés présentent « *des garanties suffisantes pour la sécurité et l'ordre public, notamment au regard de leur personnalité, de leurs antécédents, de leur conduite en détention et des gages de réinsertion dont ils ont fait preuve* » (art. D. 128 CPP).

⁶ « *Lorsque la personne a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ou lorsqu'elle a été condamnée soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à quinze ans pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, soit à une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle égale ou supérieure à dix ans pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13* » (art. 730-2 CPP), à savoir les infractions faisant encourir le prononcé d'une rétention de sûreté.

⁷ Art. 730-2 CPP, créé par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 - art. 16. V. aussi *infra*, n° 746.

libération – conditionnelle – de la personne emprisonnée est donc davantage reliée à la disparition de l'état dangereux qu'à la gravité de l'acte commis¹. La loi allemande précitée du 26 janvier 1998 a même soumis la libération conditionnelle, dans le cadre d'une peine à temps, à la condition que les intérêts sécuritaires de la collectivité permettent une telle mesure². De la même manière, la Cour constitutionnelle fédérale a précisé qu'une peine privative de liberté à vie pouvait être exécutée au-delà du temps justifié par la culpabilité de l'intéressé (mesurée à la gravité de la faute), si sa dangerosité le justifiait³. Comme dans le cadre des mesures de sûreté, le juge doit donc procéder à un pronostic de dangerosité pour accorder la libération conditionnelle. Ainsi « inspiré par un "pronostic" de reclassement social, le régime de la peine n'est plus ni prédéterminé, ni fixe » et « au-delà de son régime, c'est la durée même de la peine qui est devenue "indéterminée" »⁴.

548. Propos conclusifs. Qu'il s'agisse des peines ou des mesures de sûreté, les délinquants sont dans une large mesure distingués selon leur dangerosité, en attribuant « aux dangereux les régimes les plus durs, à ceux qui ne le sont pas, les régimes de faveur »⁵. Dans la même logique, toutes les sanctions pénales doivent faire l'objet d'une personnalisation.

B. L'exigence commune d'individualisation

549. Toutes les sanctions pénales doivent être déterminées en fonction de la personnalité de l'auteur. Elles font, à cet effet, l'objet d'une individualisation, rebaptisée « personnalisation » par le nouveau Code pénal⁶. Le législateur actuel emploie, néanmoins, à nouveau, les termes « personnalisation » et « individualisation » comme des synonymes⁷. Les

¹ Même pour les auteurs n'ayant pas commis une des infractions susmentionnées, la jurisprudence se réfère fréquemment à la dangerosité pour décider de la libération conditionnelle, bien que l'article 729 CPP n'exige que « *des efforts sérieux de réadaptation sociale* ». V., entre autres, CA Douai, 11 janv. 2008, n° 07/03808 : confirme le jugement qui refuse la libération conditionnelle aux motifs que l'expertise psychiatrique estime « *que le condamné demeure socialement dangereux, qu'il a des tendances perverses et que le risque de récidive est inquiétant et peu compatible avec une libération conditionnelle ou une permission de sortir* » ; CA Poitiers, 11 juin 2001, n° 2001/004N : « *en l'absence d'imprégnation alcoolique, la dangerosité proprement dite paraît limitée. Une libération conditionnelle peut être envisagée de manière favorable* ».

² § 57, al. 1, n° 2 StGB.

³ BVerfG, 28 juin 1983, 2 BvR 539/80, BVerfGE 64, 261 ; BVerfG, 8 nov. 2006, 2 BvR 578/02, BVerfGE 117, 71.

⁴ R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 188.

⁵ *Ibid.*, p. 46, n° 27.

⁶ En raison de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales. La notion d'individualisation continuait toutefois d'être utilisée, notamment par le Conseil constitutionnel : v. J. Leblois-Happe, « Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur », *art. cit.*, n° 1.

⁷ En effet, en vertu de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines, l'article 132-1, al. 2 du Code pénal (proche de l'ancien article 132-24) dispose que « *toute peine [...] doit être individualisée* »,

origines du principe d'individualisation de la sanction pénale (1) méritent des développements en raison de leur lien étroit avec l'apparition des mesures de sûreté. La portée actuelle du principe (2) est un facteur indéniable de rapprochement entre peines et mesures de sûreté.

1. Les origines du principe d'individualisation de la sanction pénale

550. Apparition ancienne du principe d'individualisation de la sanction pénale. Dès la fin de l'Ancien régime, Muyart de Vouglans écrivait dans son « *Mémoire sur les peines infamantes* » que « la peine, pour être juste, doit être proportionnée à la qualité du crime », mais également être considérée « relativement à la qualité des accusés et aux motifs particuliers qui les ont fait agir »¹. Cette personnalisation de la sanction est d'ailleurs dictée par le vieux principe d'Ortolan, combinant utilité sociale et justice morale, qui pose les limites de la mesure de la peine : « jamais plus qu'il n'est juste et jamais plus qu'il n'est utile »². Or, à l'heure actuelle, il est à craindre davantage de la mesure de sûreté que de la peine qu'elle s'affranchisse de ce double principe, pour des considérations utilitaires. Guidée avant tout par son utilité, la mesure de sûreté ne paraît pas toujours juste au regard de son fondement qui réside en une simple potentialité de récidive.

Le principe de l'individualisation de la sanction pénale puise son origine dans les courants doctrinaux qui ont mis l'accent sur la prise en compte de la personnalité du délinquant. C'est ainsi que les tenants de l'École néo-classique³, tout en défendant le libre arbitre, pensaient que la volonté de l'homme dépendait de sa santé, de son état pathologique, de l'habitude et de son caractère⁴. Ils ont donc introduit la prise en considération d'éléments d'appréciation *in concreto*, en affirmant que « tous ceux qui commettent le même délit ne sont pas identiques : leur passé, les circonstances de commission de l'infraction, leur personnalité, leur sexe sont autant d'éléments qui différencient les individus »⁵. L'École pénitentiaire⁶ imaginait, dans un

tandis que l'article 132-24 nouveau dispose que « les peines peuvent être personnalisées selon les modalités prévues à la présente section ».

¹ P.-F. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France : dans leur ordre nature. Mémoire sur les peines infamantes*, Paris, chez Merigot le jeune, Crapart et Benoît Morin, 1780, p. 832.

² J. L. E. Ortolan, *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure*, op. cit., n° 205, p. 92. V. aussi, pour une citation, J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », art. cit., p. 90.

³ V. p. ex. P. Rossi, *Traité de droit pénal*, Vol. 1, A. Sautet, 1829 ; F. Guizot, *De la peine de mort en matière politique*, 2^e éd., Béchet, 1822 ; J. L. E. Ortolan, *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure*, op. cit.

⁴ J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1991, p. 55.

⁵ W. Jeandidier, *Droit pénal général*, op. cit., n° 47, p. 50.

⁶ Notamment Ch. Lucas, *De la réforme des prisons, ou de la Théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens et de ses conditions pratiques*, Vol. 1, éd. Legrand et J. Bergounioux, 1836 ; A. Bonneville de Marsangy, *Des Libérations préparatoires, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du tribunal civil*

souci d'amendement efficace du condamné, de nouveaux mécanismes d'exécution de la peine de prison, tels que la « libération préparatoire » (qui deviendra la libération conditionnelle) et la « détention supplémentaire pour les criminels non amendés au jour de leur libération »¹. De la même manière, les positivistes, qui postulaient le déterminisme et, partant, l'absence de liberté des actes humains, ont « contribué à implanter dans l'ensemble de l'opinion scientifique l'idée fondamentale de l'individualisation de la répression dont Saleilles (1855-1912)² allait se faire le champion en droit français »³.

Ce dernier affirmait en effet que « la peine [devait] être dirigée vers son but social, adaptée à son but, comme l'instrument au résultat qu'il veut atteindre »⁴. Et pour cela, elle devait être adaptée à la nature de celui qu'elle allait frapper⁵. Pour mesurer la sanction, « c'est l'homme tout entier, dans l'intégralité de son être moral »⁶ qui devait être pris en compte. L'auteur dénonçait, toutefois, l'idée de déterminisme prônée par les positivistes, car pour lui, la sanction pénale suppose que l'individu soit responsable de ses actes. En même temps, il rejetait la conception des classiques, selon lesquels le degré de liberté était l'unité de la sanction pénale, et se prononçait pour une peine adaptée au degré de criminalité de l'individu, supposant une analyse sociologique et psychologique du crime⁷. En effet, la pénologie devait, pour Saleilles, « avoir pour résultat forcé de substituer la considération du criminel à l'appréciation exclusive du crime »⁸. Il se montrait, par conséquent, fermement opposé à l'idée selon laquelle « pour un même crime, il faille une peine identique par sa nature et égale dans sa durée »⁹. Il distinguait, en outre, entre délinquants amendables et non-amendables, lesquels ne devaient pas se voir appliquer les mêmes catégories de peines. Pour que la réponse pénale soit adaptée au délinquant, elle devait, selon Saleilles, faire l'objet d'une individualisation judiciaire puis administrative, cette individualisation ne pouvant être légale sans être source d'inégalité¹⁰. Sans avancer expressément l'idée de l'instauration des mesures de sûreté, on a pu déceler, à travers sa conception de l'individualisation de la peine, les

de Reims, le 3 novembre 1846, impr. de Regnier, 1846 ; du même auteur, *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, Joubert, 1847.

¹ J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1991, p. 62.

² R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan, 1898.

³ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 18.

⁴ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, *op. cit.*, p. 11.

⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁶ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, 1927, p. 154.

⁷ V. B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 64.

⁸ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 106.

⁹ *Ibid.*, p. 107.

¹⁰ V. B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 66.

origines de ces mesures, notamment lorsqu'il précisait que la peine ne devrait cesser que lorsque l'individu auquel elle s'applique « a cessé d'être un danger pour la société »¹.

Dans le même sens, Adolphe Prins, s'inscrivant dans le courant de la défense sociale, écrivait, en 1910, que « pour choisir les mesures à prendre, c'est l'état permanent de l'individu qu'il faut considérer plus que son acte passager »². L'École moderne allemande, et notamment son fondateur Franz von Liszt, exprimait cette même idée au travers du concept de la *Zweckstrafe*, que l'on pourrait traduire par « peine utilitaire », mais qui recèle, en réalité, une dimension plus grande qu'un simple utilitarisme³. En effet, l'auteur précisait que seule une peine utile et nécessaire était une peine juste, et donc respectueuse des libertés individuelles⁴. Appelée aussi *Schutzstrafe* (peine de protection), il s'agissait d'une peine protectrice de la société, intervenant moins pour réprimer l'acte commis que dans l'objectif de prévenir des infractions futures. À cet effet, elle devait être tournée vers l'avenir et s'adapter au délinquant pour le détourner de la criminalité par les moyens les plus appropriés à sa personnalité. Afin d'être utile et remplir son rôle, la peine devait donc nécessairement être personnalisée. Cette conception de la peine n'est, à son tour, pas sans évoquer l'origine des mesures de sûreté, bien qu'elle n'ait pas trouvé d'écho en droit positif qui a fait le choix – explicite pour l'Allemagne et implicite pour la France – d'une distinction entre peine et mesure de sûreté⁵. Or, au regard du droit pénal actuel et compte tenu du fait que la peine fait, tout comme la mesure de sûreté, l'objet d'une individualisation, ces deux types de sanctions semblent, finalement, se confondre. Elles s'apparentent, toutes deux, à une sanction pénale guidée essentiellement par son utilité, rappelant le concept de la *Zweckstrafe*.

551. Importance de l'individualisation dans la doctrine de la défense sociale nouvelle. L'idée d'une peine proportionnelle, adaptée à la personnalité du délinquant, s'est ainsi développée depuis la fin du XIX^e siècle. Elle a occupé une place déterminante dans l'œuvre de Marc Ancel et, plus généralement, le mouvement de la défense sociale nouvelle⁶. L'auteur affirmait ainsi que la peine devait s'appliquer « non à l'infraction abstraite, mais à la

¹ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 264.

² A. Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, op. cit., p. 75.

³ V. aussi *supra*, n° 27.

⁴ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in: F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1, 1875 bis 1891*, Berlin, 1905, p. 161.

⁵ V. *supra*, n° 60 s.

⁶ Sur la doctrine de la défense sociale nouvelle, v. aussi *supra*, n° 31.

personnalité concrète de l'auteur »¹. Pour lui, la prise en considération de la personnalité du délinquant se rapprochait de la vision positiviste, mais s'est, peu à peu, « dégagée du biologisme lombrosien et du fatalisme sociologique de Ferri »². On perçoit, une fois de plus, clairement le lien entre le développement de l'individualisation de la peine et l'apparition des mesures de sûreté. Ces deux sanctions relèvent d'une même logique, dépassant la rétribution de l'acte et s'attachant à l'individu l'ayant commis.

L'individualisation de la réponse pénale doit ainsi tendre à la réadaptation sociale du délinquant, appelée resocialisation par Marc Ancel, laquelle peut être atteinte par divers moyens³. Pour permettre le traitement de resocialisation, ce dernier préconisait un examen scientifique pluridisciplinaire⁴, permettant une connaissance du délinquant et faisant entrer sa personnalité dans le processus d'élaboration de la sanction pénale. Le Code de procédure pénale de 1958 a réalisé le vœu de Marc Ancel en introduisant l'enquête de personnalité⁵ dans le procès pénal, enquête qui donne lieu au « dossier de personnalité »⁶. Cette enquête permet de prononcer les mesures les plus aptes à préparer la réadaptation sociale du délinquant, sans, toutefois, être systématique (puisque facultative en matière délictuelle), dépendant, de ce fait, du pouvoir discrétionnaire des juges⁷.

Aussi l'apparition et la systématisation des mesures de sûreté, fondées sur l'appréciation de la dangerosité des délinquants, semblent-elles avoir favorisé le développement d'un tel examen de personnalité dans la pratique. C'est ainsi que « la prise en considération de la dangerosité des délinquants, dans la définition de la sanction pénale et dans le cadre de la lutte frénétique contre la récidive au cours des trente dernières années, a conduit à généraliser le recours aux expertises psychiatriques et psychologiques, dans l'espoir d'établir un pronostic médical des chances ou de l'absence de chance de réinsertion du délinquant »⁸. Ces expertises jouent aujourd'hui un rôle fondamental dans le procès pénal et notamment dans l'évaluation de la dangerosité du délinquant⁹.

¹ M. Ancel, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de défense sociale », *RSC*, 1973, p. 191 s..

² M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 214.

³ Elle devait passer par un traitement de sa déviance, concept qui a soulevé des critiques virulentes en raison des liens qu'il entretient avec la logique chrétienne de perfectionnement de l'individu. V. B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 102.

⁴ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 1^e éd., *op. cit.*, p. 135-144.

⁵ Art. 81, al. 6 CPP.

⁶ Art. D. 16 CPP.

⁷ V. G. Levasseur, « De la minimisation de l'enquête de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », *RSC*, 1961, p. 83.

⁸ B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 102.

⁹ V. *infra*, n° 721 s.

Le principe d'individualisation n'a, depuis lors, cessé d'occuper une place grandissante, si bien que sa portée actuelle est considérable.

2. La portée du principe d'individualisation de la sanction pénale

552. Individualisation des peines et des mesures de sûreté. L'individualisation peut être définie comme le « parti consistant (surtout de la part d'un juge) à adapter une mesure (de garde, de sanction etc.) à la personnalité propre et à la situation particulière d'un individu »¹. Autrement dit, c'est l'adaptation judiciaire de la sanction aux circonstances de l'espèce et, surtout, à la personne concernée. Elle opère « en fonction de son acte, de son tempérament, de ses chances de réinsertion, de son degré de professionnalisme criminel »². L'individualisation judiciaire de la peine qui est un principe ayant acquis valeur constitutionnelle³ découle de l'exigence de proportionnalité et de nécessité des sanctions pénales prévue l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Or, si la loi ne peut prendre en compte la personnalité particulière de chaque délinquant pour s'assurer de la stricte nécessité de la peine prononcée, le juge le peut. Ainsi, l'article 132-1 du Code pénal dispose dans son alinéa 2, ajouté par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, que « *toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée* ». Si l'individualisation de la peine consiste à prendre en compte l'acte commis et la personne de son auteur, appliqué aux mesures de sûreté, ce principe implique, avant tout, la prise en compte de la personne de l'agent ; l'acte pouvant servir, tout au plus, à cerner la personnalité de l'auteur⁴. Ces deux types de sanctions diffèrent, en effet, sur bien des points.

¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Individualisation », p. 540. V. également la définition très proche, proposée par ce dictionnaire, de la personnalisation des peines : « Mode d'appréciation de la peine consistant, pour les juridictions répressives – suivant le vœu de la loi mais dans les limites fixées par elle – à prononcer les peines et à fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi qu'à tenir compte de ses ressources et de ses charges pour déterminer le montant de l'amende » (p. 758).

² J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 710, p. 591.

³ Cons. const., 22 juil. 2005, déc. n° 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, qui, à propos de la loi relative à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, a indiqué que « le principe de l'individualisation des peines [...] découle de l'art. 8 DDHC » (cons. 3), *J.O.* 27 juil. 2005, p. 12241 ; Cons. const., 3 mars 2007, déc. 2007-553 DC, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, *J.O.* 7 mars 2007, p. 4356, cons. 28 ; Cons. const., 9 août 2007, déc. n° 2007-554 DC, *Loi n° 2007-1198 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, *J.O.* 11 août 2007, p. 13478 ; *RSC*, 2008, p. 136, note B. de Lamy, cons. 12 à 19.

⁴ V. J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 710, p. 592. Sur la prise en compte des actes commis dans l'évaluation de la dangerosité, v. *infra*, n° 761 s.

À première vue, il est tentant d'affirmer que la peine est prévue avec fixité par la loi, tandis que la mesure de sûreté est, par nature, indéterminée et adaptable à la personne. Le législateur prévoit le *quantum* de la peine applicable (en tout cas son maximum), tandis que la durée de la mesure de sûreté n'est, en principe, pas prévue par la loi – ou, si elle l'est, il s'agit généralement d'un *quantum* indicatif pouvant faire l'objet de prolongations indéterminées. Si la peine repose sur une infraction commise (en d'autres termes, un acte objectivement saisissable), la mesure de sûreté repose sur le critère subjectif et incertain de la dangerosité, faisant ainsi glisser le droit pénal de l'acte vers un droit pénal de l'auteur¹. La peine est proportionnelle à la faute morale de l'individu, quantifiable par rapport à l'acte commis, alors que la mesure de sûreté est proportionnelle à l'évolution de la dangerosité de l'auteur, impossible à déterminer à l'avance et requérant, de ce fait, une grande souplesse.

Ces affirmations sont cependant à nuancer, car il est vrai que chaque réponse pénale intervient toujours à la suite d'une infraction déterminée, sans pouvoir être concrètement identique pour tous. Qu'il s'agisse d'une peine ou d'une mesure de sûreté, la sanction doit varier selon la personnalité de l'auteur, mais également selon la nature et les circonstances de l'infraction commise (puisque c'est généralement en s'appuyant sur l'acte commis que l'on pourra évaluer la dangerosité de la personne). Ainsi, la peine est individualisée par les tribunaux au-delà de sa détermination par la loi², et la mesure de sûreté s'appuie, en réalité, sur des éléments tant subjectifs qu'objectifs, afin de répondre aux exigences de certains principes fondamentaux (tels que le principe de légalité). Il apparaît, par conséquent, que la peine s'est progressivement éloignée de sa rigidité originelle, n'étant aujourd'hui plus simplement rétributive, mais en grande partie resocialisatrice³. En définitive, la personnalisation judiciaire de la peine témoigne de l'importance du concept de dangerosité⁴ dans l'ensemble de la matière pénale moderne⁵ et du rapprochement entre les différentes sanctions pénales.

553. Réserves à l'égard du principe. Le principe d'individualisation n'est, toutefois, pas sans soulever des réserves. Ainsi, le sociologue et philosophe Gabriel Tarde a pu écrire que « le malheur est qu'individualiser la peine, c'est l'inégaliser pour des fautes égales... »⁶. Or, à

¹ V. *supra*, n° 45.

² V. J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 90.

³ V. *infra*, n° 564 s.

⁴ Sur ce concept, v. *infra*, n° 679 s.

⁵ En ce sens, N. Tabert, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, *op. cit.*, p. 111 s.

⁶ G. Tarde, Préface in : R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1909, p. XI-XII.

un tel constat il est possible de rétorquer que des « fautes égales » n'existent pas, dans la mesure où, intimement liée à la psychologie de l'agent, chaque faute est de gravité différente. On peut encore citer le professeur Decocq qui, à propos de la loi du 11 juillet 1975 sur les peines alternatives, constatait que « les peines sont arbitraires dans le beau royaume de France »¹, et un autre auteur d'évoquer les « tensions entre principe d'individualisation et principe d'égalité devant la peine »². Les risques d'inégalité sont apparus, avec plus de flagrance encore, lorsque le nouveau Code pénal a supprimé, en 1994, les minima de peines³, « une individualisation extrême » étant jugée « très dangereuse » par certains auteurs⁴. Mais il a pu être souligné, au contraire, que l'individualisation était « au service de l'égalité »⁵, dans la mesure où, comme l'affirmait très justement Saleilles, les hommes ne sont pas égaux dans leur aptitude à la responsabilité, si bien qu'il serait injuste de leur faire subir la même peine.

Or, c'est bien parce qu'il faut se méfier de « l'arbitraire sous le manteau de l'individualisation »⁶, que celle-ci connaît des limites. On voit même apparaître, ces dernières années, des mesures toujours plus nombreuses, mettant le principe d'individualisation de la sanction au profit d'une politique pénale sécuritaire. Ces mesures dont la priorité est souvent de neutraliser le délinquant⁷, sont individualisées dans un souci de sévérité et non de clémence. La rétention de sûreté, déterminée en fonction de la personnalité dangereuse de l'individu, en est l'illustration parfaite.

554. Le principe d'individualisation appliqué aux mesures de sûreté. À l'aune des théories doctrinales sur l'individualisation de la sanction pénale, on s'aperçoit que l'apparition du principe est étroitement liée à celle des mesures de sûreté⁸. Fondées sur la dangerosité du délinquant, un état par essence subjectif et variable, elles répondent, plus encore que les peines, à une individualisation poussée à son paroxysme : elles sont fixées, presque exclusivement, en considération de la personnalité dangereuse de l'agent. La mesure de sûreté abstraitement déterminée par la loi est, de ce fait, particulièrement flexible, le juge qui la prononce devant pouvoir l'adapter à la dangerosité qu'il apprécie à l'aide des

¹ A. Decocq, « Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal », *RSC*, 1976, p. 5 ; cité par J. Pradel, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *art. cit.*, p. 2247 s.

² C. Barberger, « Égalité et individualisation de la peine », *art. cit.*, p. 210.

³ J. Pradel, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *art. cit.*, p. 2247 s.

⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 710, p. 593.

⁵ C. Barberger, « Égalité et individualisation de la peine », *art. cit.*, p. 209.

⁶ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 711, p. 594.

⁷ V. *infra*, n° 583.

⁸ V. *supra*, n° 550 et 551.

expertises¹. Si la mesure de sûreté est donc, par sa nature, la sanction pénale individualisée par excellence, elle échappe paradoxalement au principe constitutionnel de l'individualisation des peines, puisque, formellement, il ne s'agit pas d'une peine.

C'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel à diverses occasions, notamment, à propos de l'incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons². Celle-ci, selon le Conseil, n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition et, partant, n'est pas soumise à l'article 8 de la DDHC³. La rétention de sûreté n'est pas non plus, on l'a vu, considérée comme une sanction ayant le caractère d'une punition⁴, ce qui devrait avoir pour conséquence de la soustraire également au principe en question. Or, les mesures de sûreté sont, en toute logique, personnalisées, puisque leur fondement même est la dangerosité de l'individu – critère indissociable de sa personne – et elles sont tournées vers l'avenir, en s'adaptant constamment à l'évolution de l'état de la personne. La consécration légale souhaitable d'un régime propre aux mesures de sûreté comprendrait, par conséquent, *de lege ferenda*⁵, une référence explicite au principe d'individualisation, en en fixant les critères précis et impliquant une exigence de motivation de leur décision par les juges.

555. Rapprochement des peines et mesures de sûreté sous l'influence de l'exigence d'individualisation. Les nombreuses techniques d'individualisation de la sanction pénale⁶ sont autant de mesures resocialisantes visant à garantir son efficacité, rapprochant la peine du régime et de la finalité de la mesure de sûreté. D'une part, la majorité des peines complémentaires énumérées par le Code pénal s'apparentent en réalité, on l'a vu, à des mesures de sûreté⁷. D'autre part, le contenu et les modalités d'exécution de la peine sont souples et très variables, à l'instar des mesures de sûreté. La peine privative de liberté peut ainsi, dans de nombreuses hypothèses, être exécutée en milieu ouvert, de manière à favoriser la réinsertion du condamné dans la société. De plus, le sursis avec mise à l'épreuve qui est une modalité d'exécution de la peine ne se distingue guère des différentes mesures de surveillance existant à titre de mesure de sûreté⁸. Par la menace d'une possible révocation de la faveur accordée, il est dans le même temps possible de lutter contre la commission d'une nouvelle

¹ Sur l'évaluation de la dangerosité, v. *infra*, n° 720 s.

² Art. L. 3336-2 et L. 3336-3 CSP.

³ V. Cons. const., 20 mai 2011, déc. 2011-132 QPC, relative aux articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique, *préc.*, cons. 3 à 7.

⁴ V. *supra*, n° 219.

⁵ Pour le régime que nous proposons, v. *infra*, n° 824 s.

⁶ Sur les modes de personnalisation des peines, v. les articles 132-24 s. CP.

⁷ V. *supra*, n° 506 s.

⁸ V. *supra*, n° 511.

infraction¹. Notons également, au sujet des modalités d'aménagement des peines, que la permission de sortir peut tout aussi bien être accordée dans le cadre de la rétention de sûreté², laquelle se rapproche, de ce fait, de la peine. Enfin, les dispositions relatives à la surveillance judiciaire des personnes dangereuses³ – qui est une mesure de sûreté – figurent, au sein du Code de procédure pénale, parmi les mesures d'exécution de la peine, ajoutant à la confusion entre l'individualisation des peines et mesures de sûreté.

On voit finalement que toutes les réponses pénales, peines ou mesures de sûreté, sont individualisées selon la nature et le degré du danger social que présente le délinquant. Elles sont toutes plus ou moins variables et indéterminées dans leur durée (bien que la peine ne puisse jamais faire l'objet d'une prolongation), dans un but commun de réadaptation sociale en vue de la prévention de la récidive. En somme, le constat du magistrat Cannat, plus de cinquante ans plus tard, est sans doute encore plus vrai aujourd'hui : « c'est toute la peine privative de liberté qui est en train de glisser vers la mesure de sûreté, plus encore dans les réalisations pratiques que dans les idées et M. Gramatica aura un jour satisfaction d'avoir eu raison »⁴.

556. Propos conclusifs. En définitive, si la peine et la mesure de sûreté répondent, toutes deux, à une exigence d'individualisation, les critères de référence ne sont pas exactement les mêmes : tandis que la première est principalement fonction du degré de la faute morale et des circonstances des faits commis, la seconde est calquée sur la dangerosité du sujet. Après leur prononcé initial, les peines sont, avant tout, individualisées dans un sens plus clément (en faisant l'objet de mesures d'aménagement de leur durée ou de leurs modalités d'exécution en cas d'évolution favorable du condamné), tandis que les mesures de sûreté sont personnalisées dans un sens plus sévère (en faisant l'objet de prolongations successives en fonction de la persistance de l'état dangereux de l'individu). Mais, dans les deux cas, la sanction prend en considération la dangerosité de l'individu et ses capacités de réadaptation sociale. Il est

¹ Il est à noter qu'affectant les limites de la durée de la peine exécutée, les mesures d'aménagement sembleraient devoir être prononcées de manière occasionnelle. Or, en fait, « tous les condamnés ont vocation à bénéficier d'une libération conditionnelle ou d'une réduction de peine, la réduction de peine ayant même acquis, de façon récente, un caractère parfois automatique » (É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 1080, p. 473). Dès lors, au-delà de l'individualisation de l'exécution de la peine, celle-ci semble, de plus en plus, revêtir un caractère indéterminé.

² Art. R. 53-8-69 s. CPP.

³ Art. 723-29 s. CPP.

⁴ P. Cannat, « Le problème de l'unification de la peine et des mesures de sûreté en ce qui concerne spécialement les délinquants d'habitude », *Rapports particuliers présentés au VI^e congrès de l'Association internationale de droit pénal (Rome 1953)*, *RIDP*, 1953, p. 461 s., cit. p. 465.

d'autant plus difficile de distinguer les peines des mesures de sûreté que leurs finalités, elles aussi, se recourent.

§ 2 : Le recouplement des finalités des mesures de sûreté et des peines

557. La lutte contre la délinquance, qui est la fonction centrale du droit pénal, se décline en plusieurs finalités que l'on assigne à la sanction pénale. Elles couvrent notamment l'amendement du délinquant à travers sa resocialisation, la défense de la société à travers la neutralisation des personnes dangereuses, ainsi que la rétribution de la faute commise et l'intimidation. Tout type de sanction pénale poursuit, en réalité, plusieurs objectifs dont l'intensité peut varier d'une sanction à l'autre¹. Les rôles joués par les peines et mesures de sûreté ne sont ainsi pas les mêmes. Or, comme l'a constaté la Cour européenne des droits de l'homme, « même si l'on peut dire que les peines ont principalement un but punitif tandis que les mesures d'amendement et de prévention visent essentiellement la prévention, il n'en demeure pas moins que les objectifs de ces sanctions se recourent en partie »². Parmi ces objectifs, c'est sans doute la finalité préventive qui prédomine, irriguant l'ensemble de la matière. Les contours du concept de mesure de sûreté sont, de ce fait, brouillés par l'omniprésence de la finalité préventive des sanctions pénales (A), finalité qui se manifeste à travers plusieurs composantes (B).

A. L'omniprésence de la finalité préventive des sanctions pénales

558. Diversification et convergence des finalités des sanctions pénales. La fonction de la peine a évolué en se rapprochant de la mesure de sûreté et *vice versa*. Une différence fonctionnelle entre peine et mesure de sûreté subsiste seulement si l'on considère que la peine sert encore à rétribuer la faute commise³. Or, à l'origine exclusivement rétributive et expiatoire, la peine s'est éloignée de sa fonction traditionnelle pour s'attacher davantage à la prévention spéciale par la resocialisation du délinquant. Dans le but de favoriser son

¹ Une sanction pécuniaire, par exemple, se révèle davantage rétributive qu'une sanction privative de liberté, bien que cette dernière soit plus sévère dans l'échelle des peines : celle-ci se doit d'offrir au condamné des perspectives de réinsertion, alors que l'amende ne consiste qu'en une privation de biens sans impliquer de traitement. La rétention de sûreté, elle, est davantage sécuritaire qu'une cure de désintoxication qui se veut essentiellement resocialisatrice.

² CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 130.

³ Sur la fonction rétributive de la peine, v. *infra*, n° 794 s.

reclassement dans la société, elle s'est humanisée en prenant en compte, avant tout, la personnalité de l'individu auquel elle s'applique. Ainsi, par exemple, la peine de mort, par la cruauté et l'élimination définitive qu'elle incarnait, est devenue inacceptable dans le droit pénal moderne qui n'est plus fondée sur l'idée de vengeance. Raymond Saleilles écrivait, en 1898 déjà, qu' « à l'idée que la peine était un mal pour le mal, on substitue l'idée que la peine est un moyen pour le bien, un instrument, soit de relèvement individuel, soit de préservation sociale »¹. Parallèlement, la mesure de sûreté, qui se veut à l'origine surtout thérapeutique ou éducative, s'est orientée, de plus en plus, vers sa fonction sécuritaire.

Dès lors, il est impossible, au regard des finalités évoquées, d'opérer une distinction nette entre peine et mesure de sûreté. Un auteur a été jusqu'à affirmer que « tout le système pénal se transforme en système pénitentiaire, c'est-à-dire en un système de traitement »². Les sanctions actuelles, il est vrai, sont guidées tant par un souci d'efficacité et de sécurité pour la collectivité que par la volonté de réadapter le délinquant, qui passe le plus souvent par un traitement, une thérapie ou encore une formation professionnelle. Partant, si l'élimination de certaines personnes peut s'avérer nécessaire, elle ne doit jamais être définitive ni irrévocable. L'élimination engendrée par la privation de liberté de longue durée n'est, par conséquent, ni complète ni irréparable³.

559. La finalité préventive du système de sanctions pénales. Il ressort de ces constats préalables que le droit pénal tout entier s'oriente, de façon croissante, vers la prévention qui est aujourd'hui dominante. Ainsi, il vise à protéger les valeurs sociales, objectif commun à toutes les sanctions pénales. C'est pour cette raison que le professeur Roxin parle de « voie unique concernant les finalités de la peine et de la mesure de sûreté »⁴. L'orientation préventive des sanctions se traduit en droit positif à plusieurs niveaux.

Tout d'abord, au niveau de la politique criminelle, on assiste à une anticipation de la répression⁵ mais aussi à une multiplication des sanctions et à un élargissement de leur champ d'application, à travers des interventions législatives toujours plus fréquentes et parfois incohérentes⁶.

¹ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, op. cit., p. 11.

² S. Plawski, *Droit pénitentiaire*, Presses Univ. Septentrion, 1976, p. 35.

³ *Ibid.*

⁴ C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^e éd., Munich, Beck, 2006, § 3, n° 63, p. 96.

⁵ V. R. Parizot, « L'anticipation de la répression », in : O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, op. cit., p. 123 s.

⁶ V. *supra*, n° 123 s.

Ensuite, dans le domaine procédural, le législateur assigne aux sanctions pénales des fonctions préventives, puisque l'application d'une mesure de sûreté peut constituer une alternative aux poursuites, dès lors qu'elle apparaît suffisante à rétablir l'ordre¹.

Enfin, au stade de l'exécution des peines et mesures de sûreté, leurs finalités se rapprochent depuis que la peine privative de liberté ne poursuit plus comme but principal d'infliger une souffrance à l'individu². La peine participe, par conséquent, à un but préventif et sécuritaire qui correspondait initialement aux mesures de sûreté. C'est notamment la prévention spéciale qui caractérise le rapprochement des peines et mesures de sûreté.

560. L'importance particulière de la prévention spéciale. Toute réponse pénale remplit une fonction de prévention spéciale³. Celle-ci consiste à empêcher un délinquant en particulier de recommencer l'activité délictuelle en lui infligeant une sanction efficace. Cette finalité peut être réalisée soit par l'intimidation individuelle, qui est, en principe, propre à la peine⁴, soit par l'amendement et la réadaptation sociale de l'individu. Or, nombre d'observateurs restent sceptiques quant aux effets réels qui sont atteints par l'intimidation individuelle, en raison de la quantité de (multi-)récidivistes ou réitérants⁵. Le professeur Bergel fait remarquer, à ce propos, que « l'institution et l'application de mesures de sûreté qui, destinées à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant, sont des mesures de défense sociale qui lui sont imposées pour prévenir les infractions futures qu'il est susceptible de commettre en le soumettant à des mesures éducatives, en le privant des moyens de ses infractions, en l'éloignant de son contexte délictueux, en le soumettant à des traitements appropriés, à des cures de désintoxication, par exemple, ... semblent bien préférables à l'application pure et simple d'une peine »⁶. Et l'auteur de poursuivre : « Dans une approche strictement utilitariste, on peut songer également et à l'inverse, à neutraliser les criminels et les délinquants pour les empêcher de commettre de nouvelles infractions en les isolant de la société ». C'est cette idée

¹ V. notamment en matière de consommation habituelle d'alcool ou de stupéfiants : *supra*, n° 272.

² V. sur la finalité resocialisatrice de la sanction pénale, *infra*, n° 568.

³ On oppose la prévention spéciale à la prévention générale qui consiste à dissuader la collectivité de commettre des infractions. La prévention générale est, en principe, attribuée à la peine en ce que la menace qu'elle représente doit dissuader les membres de la société de commettre des actes répréhensibles. Or, il est possible de considérer que les mesures de sûreté ont, en pratique, le même effet dissuasif par la crainte qu'elles inspirent. Toutefois, il ne s'agit pas de leur finalité.

⁴ V. *infra*, n° 794 et 799.

⁵ V. Ministère de la Justice, Exploitation statistique du casier judiciaire, SDSE, *Prévention de la récidive et individualisation des peines, Chiffres-clés*, juin 2014, p. 4 : http://www.justice.gouv.fr/include_htm/reforme_penale_chiffres_cles_plaquette.pdf [dernière consultation le 12 août 2015].

⁶ V. J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 91.

de neutralisation que l'on retrouve aujourd'hui avec la rétention de sûreté notamment. Une prévention spéciale réussie suppose, de fait, une combinaison entre peines et mesures de sûreté qui s'inscrivent dans une logique commune.

561. L'unité des peines et mesures de sûreté devant leur finalité préventive. En proposant d'utiliser à la fois la sanction rétributive et des procédés non punitifs à finalité préventive à l'intérieur d'un régime unitaire de sanctions pénales, Marc Ancel a dépassé, on l'a vu, les antagonismes opposant la peine et la mesure de sûreté¹. Selon la doctrine de la défense sociale nouvelle, l'objectif de la politique criminelle était, en effet, la prévention de la récidive par le traitement du délinquant et, partant, sa resocialisation². Pour parvenir à une protection efficace de l'intérêt social sans méconnaître l'intérêt individuel, elle préconisait de prendre en compte tous les moyens existants de lutte contre la délinquance. La peine comme la mesure de sûreté semblait donc « également utilisable »³. Ainsi, du point de vue pénitentiaire, aucune différenciation concrète n'existerait entre le mode d'exécution de la « peine » ou celui de la « mesure » privative de liberté autre que la peine⁴.

Or, l'auteur en est venu à se demander si « l'admission, comme base de la politique criminelle, des notions de prévention et de protection aussi bien que la prise en considération fondamentale de la personnalité de l'agent » ne conduiraient pas à accepter nécessairement des mesures de sûreté *ante delictum*, permettant d'intervenir avant même la commission d'une infraction et dès les premières manifestations dangereuses de la personnalité de l'individu⁵. Sa réponse, dans sa dernière édition de *La défense sociale nouvelle*, était cependant négative, car les mesures de contrainte et de coercition en dehors de toute procédure judiciaire ne sauraient être admises sans heurter le principe de légalité des délits et des peines⁶. Il constatait, enfin, que la réalité sociologique témoignait malgré tout de ce genre de mesures, ne serait-ce qu'à l'égard des aliénés pouvant être internés avant la commission de toute infraction. De la même manière, l'Ancien Droit permettait de sanctionner les « vagabonds ou les personnes de mauvaise vie »⁷. Ces hypothèses demeurent, toutefois, l'exception.

¹ V. *supra*, n° 498.

² B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 133.

³ Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 230.

⁴ *Ibid.*, p. 229.

⁵ *Ibid.*, p. 232.

⁶ *Ibid.*, p. 232 s. Il revient ici sur sa position adoptée dans la 2^e édition de l'ouvrage, où il avait admis sous certaines conditions restrictives des mesures pré-délictuelles.

⁷ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 233.

Il convient en effet de souligner que la prévention spéciale vise, avant tout, à empêcher la récidive en agissant sur les individus condamnés pénalement. Cela ressort de la majorité des réformes législatives récentes (souvent relatives à la lutte contre la récidive), lesquelles essaient de maîtriser le phénomène criminel par l'enrichissement successif de l'arsenal répressif de mesures pénales (de plus en plus nombreuses et liberticides)¹. Or, comme le fait très justement remarquer le magistrat Lavielle, « c'est d'abord en réduisant le risque de survenance d'une première infraction que l'on prévient le plus la réalisation d'un second méfait »². En pratique cependant, on doit convenir que « ceci n'est pas si simpliste si l'on songe que d'une manière générale la prévention [...] doit évidemment s'exercer en amont de toute infraction et dans un temps où l'éducation, l'apprentissage du respect de l'autre et la crainte de la sanction prennent le pas sur la répression aboutie ». La prévention de la délinquance supposerait alors de « précéder le délinquant plutôt que de le suivre, formule sans doute plus simple à énoncer qu'à mettre en œuvre »³.

562. Réaffirmation de la finalité préventive. La loi précitée n° 2014-896 du 15 août 2014 a entendu réaffirmer, pour plus de clarté et de manière avant tout symbolique semble-t-il, les finalités et les fonctions de la peine en insérant au Code pénal un article 130-1 ainsi rédigé : « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions: 1° De sanctionner le condamné ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* »⁴. L'accent semble, avant comme après la réforme, être mis sur l'importance de l'objectif de protection de la société à travers la réinsertion du délinquant qui est primordial dans une politique pénale préventive réussie⁵. En effet, légiférer exclusivement au prisme de la souffrance des victimes « serait céder à "la dictature de l'émotion" et refuser d'élever le débat au dessus de contingences individuelles », alors que

¹ V. *supra*, n° 123 s.

² B. Lavielle, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *RSC*, 1999, p. 35.

³ *Ibid.*

⁴ Ce texte reprend en substance l'ancien article 132-24, alinéa 2 CP qui disposait que les peines prononcées étaient fixées « *de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Il s'agit donc avant tout d'une reformulation, sans introduire de réelle nouveauté. Cet article avait, à son tour, repris les termes de la décision rendue par le Conseil constitutionnel à propos de la loi n° 94-89 du 1^{er} févr. 1994 instituant une peine incompressible (Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*, cons. 12 : « *Considérant que l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* »).

⁵ Ph. Vouland, « Réforme pénale : les angéliques ne sont pas ceux que vous croyez », *art. cit.*

« la réinsertion est pourtant d'une grande importance pour les victimes puisqu'elle aboutit à en diminuer le nombre »¹. La disposition peut, toutefois, être qualifiée de déclaratoire et non normative, dans la mesure où le juge n'a pas à expliquer en quoi sa décision poursuit bien les objectifs indiqués par la loi². Aussi, est-il permis de s'interroger sur la réalité de la distinction opérée entre les « fonctions » et les « finalités » de la peine qui ressort désormais du texte, ces deux aspects ayant, en réalité, tendance à se confondre³.

On ne manquera d'ailleurs de souligner que le législateur français n'a pas saisi l'occasion de la réforme pénale de 2014 pour affirmer expressément les finalités des mesures de sûreté. Cette lacune mériterait d'être comblée dans le cadre d'une future réforme visant à consacrer l'émancipation des mesures de sûreté⁴.

En définitive, la fonction préventive, commune à l'ensemble des sanctions pénales, semble aujourd'hui être leur fonction première et s'exprime au travers de plusieurs composantes.

B. Les composantes de la finalité préventive des sanctions pénales

563. La prévention spéciale, finalité commune aux peines et aux mesures de sûreté, peut être atteinte, en premier lieu, à travers la resocialisation des délinquants (1). En second lieu, si cette dernière n'est pas suffisante, la protection de la société passera alors par la neutralisation des personnes dangereuses (2).

1. La prévention par la réinsertion sociale

564. La finalité resocialisatrice de la réponse pénale (a) est sans doute le meilleur moyen d'assurer une prévention réussie, laquelle passe de manière croissante par le traitement et le soin (b).

¹ *Ibid.*

² J. Leblois-Happe, « Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur », *art. cit.*, n° 65.

³ En ce sens, v. plus en détail, J. Leblois-Happe, « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine – vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, 22-23 mai 2015, Numéro spécial « *La réforme pénale. Journée d'étude sur la loi du 15 août 2014* », n° 142 à 143, p. 10 s.

⁴ Pour la réforme que nous proposons, v. *infra*, n° 814 s. et 824 s. et la Proposition de réforme législative en annexe.

a. La finalité resocialisatrice de la réponse pénale

565. Définition de la resocialisation. La resocialisation du délinquant, appelée également réinsertion, réadaptation ou réintégration¹, peut aujourd'hui être considérée comme la finalité première de la politique criminelle, puisqu'elle constitue le meilleur moyen de lutter contre la criminalité. La sémantique de ces notions en rapport avec la sanction pénale implique trois postulats : « 1/ que le *respect de la loi* est le résultat d'une socialisation de l'individu, de son adaptation à la vie sociale ; 2/ que le délit commis est la conséquence d'une socialisation ou adaptation *insuffisante* ou *manquée* ; 3/ que cette carence peut être comblée par une *action de réadaptation sociale* ou *resocialisation* »². Cette fonction renvoie à l'idée de correction du délinquant par la sanction pénale, la peine appliquée en cas de délit étant d'ailleurs dénommée « correctionnelle » par le Code pénal. Selon le professeur Bouloc, « corriger signifie, dans la langue courante, *amender* aussi bien que *punir*, redresser par le châtement »³. En quoi l'amendement rejoint-il dès lors la finalité resocialisatrice ?

L'amendement consiste en l'amélioration du délinquant afin d'éviter qu'il ne commette d'autres infractions, tant dans son intérêt que dans celui de la société. Il peut être défini comme l'« amélioration escomptée en la personne du condamné qui endure sa peine, du fait de celle-ci » et comme un « objectif de politique criminelle, fondé sur la vertu corrective prêtée au châtement »⁴. L'amendement peut comporter plusieurs critères, l'un juridique, l'autre moral⁵. Le critère juridique signifie que l'individu sera considéré comme amendé lorsqu'il ne commettra pas de nouvelles infractions. Il équivaut à une absence de récidive et, partant, une absence de nouvelle condamnation pénale. Or, ce critère formel semble trop restrictif car il ne donne pas d'indice sur une éventuelle dangerosité subsistante et donc un risque potentiel de rechute. Le critère moral, quant à lui, est plus difficile à constater mais donne un indice plus fiable de l'amendement. Il correspond à « une attitude de l'individu dans

¹ Pour les différents synonymes à la réinsertion sociale, v. R. Gassin, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : mythe ou réalité ?*, 50^e anniversaire de la réforme Amor, Université d'été, Aix-en-Provence, 18-21 septembre 1995, PUAM, 1996, p. 49, n° 6 ; R. Gassin, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC*, 1996, p. 155 : « On trouve ainsi, outre "réadaptation sociale", "reclassement social", "réintégration dans la société", "amendement", "rééducation", "insertion sociale". Un arrêt de la Chambre criminelle du 6 décembre 1961 parle aussi de "récupération" d'un délinquant. On trouve même dans des textes qui demeurent de droit positif les termes surannés, voire qui "sentent le soufre", de "relèvement" ou de "redressement" ».

² R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, *op. cit.*, p. 733.

³ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 8.

⁴ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Amendement », p. 61.

⁵ V. S. Plawski, *Droit pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 38.

la vie sociale qui justifie le pronostic favorable pour l'avenir »¹. Ainsi, la réinsertion réelle dans la société représente une garantie plus importante qu'un comportement guidé par la seule crainte d'une nouvelle sanction pénale. Précisons, cependant, qu'« il ne peut s'agir d'une amélioration *morale*, car le droit pénal se contente d'une amélioration *sociale* qui amène l'ancien délinquant à se conformer désormais aux règles élémentaires posées pour la vie en société »². Si on parle donc toujours d'amendement, c'est davantage par référence à la dimension sociale de cette notion que dans une idée de transformation morale, puisque, comme le souligne le professeur Leblois-Happe, « il n'est pas nécessaire que l'individu devienne meilleur moralement ; il suffit qu'il se comporte bien en société »³. Si certains auteurs ont pu estimer que la fonction d'« amendement » était aujourd'hui dépassée⁴, telle n'a pas été l'opinion du législateur lequel a expressément réintroduit cette notion parmi les fonctions de la peine⁵. L'aspect social de l'amendement semble, en définitive, avoir la même signification que la « resocialisation ».

566. Sources de la finalité resocialisatrice. La resocialisation ou la réadaptation du délinquant est une fonction relativement moderne de la réponse pénale. L'origine de cette fonction nous montre qu'elle n'a, en réalité, jamais été complètement ignorée du droit pénal, puisqu'on la trouve mentionnée, par exemple, chez Socrate et chez Platon⁶, en tout cas en ce qui concerne les peines n'entraînant pas une élimination définitive du délinquant. Il n'en demeure pas moins que son développement est assez récent. En effet, amorcée vers la fin du XIX^e siècle, cette fonction s'est fortement développée par la suite et a connu un essor notamment depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale⁷. C'est ainsi que parmi les principes énoncés en 1945, formant la charte de la « réforme pénitentiaire » (appelée aussi « réforme Amor »), on trouve les suivants : « 1° La peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné » ; « 3° Le traitement infligé au prisonnier [...] doit [...] tendre essentiellement à son instruction générale et professionnelle et à son amélioration » ; « 8° Un régime progressif est appliqué [...] en vue d'adapter le

¹ *Ibid.*

² B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 8.

³ J. Leblois-Happe, « Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur », *art. cit.*, n° 82.

⁴ V., en ce sens, J. Leblois-Happe, « Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur », *art. cit.*, n° 81 ; M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *art. cit.*, p. 805 s.

⁵ Art. 130-1 CP, créé par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014. V. *supra*, n° 562.

⁶ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 8.

⁷ V. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 733.

traitement du condamné à son attitude et à son degré d'amendement » ; « 12° Assistance est donnée aux prisonniers pendant et après la peine en vue de faciliter leur reclassement »¹. Dans le même ordre d'idées, on peut aussi citer l'article 10, § 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, aux termes duquel « *le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social* »². Les nouvelles règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe de 1987 et 2006 insistaient, elles aussi, sur le fait que les modalités de traitement et toutes les mesures devaient être orientées vers la « réinsertion sociale » du condamné³.

En 1994, le Conseil constitutionnel a souligné l'importance de la finalité resocialisatrice en affirmant 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* »⁴. Vingt ans plus tard, l'énoncé de ces finalités a été normalisé par le législateur, la resocialisation constituant même un principe directeur de l'exécution des peines, depuis que la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a inséré l'article 707 CPP. Celui-ci disposait, dans sa version initiale, que « *l'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive* »⁵. Plus récemment, la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a, de nouveau, mentionné que le régime d'exécution de la peine devait tenir compte de la « *nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion* » du détenu⁶.

567. Réaffirmation de la finalité resocialisatrice. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 a conduit à une modification de l'article 707 CPP qui est désormais rédigé de manière à mettre, davantage encore, l'accent sur la réinsertion. Le nouveau texte dispose ainsi que « *le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles*

¹ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 9. V. aussi J. Pinatel, « Chronique pénitentiaire », *RSC*, 1946, p. 142-143.

² La Cour européenne des droits de l'homme se réfère à ce texte pour souligner la nécessité de mettre à profit les peines ou mesures privatives de liberté pour favoriser la réinsertion sociale de la personne détenue. V. p. ex. CEDH, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, 18 sept. 2012, n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09 : *Dalloz actu.*, 8 oct. 2012, obs. Bachelet ; § 165.

³ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 9.

⁴ Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*, cons. 12.

⁵ Anc. art. 707, al. 2 CPP. Il précisait, en outre, que « *l'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté* » (anc. art. 707, al. 3 CPP).

⁶ Art. 1^{er} de la loi.

infractions »¹. Il ne peut, en outre, manquer d'être souligné que les objectifs exprimés par le Conseil constitutionnel concernant l'exécution des peines (repris par l'article 707 CPP) ont également été consacrés, en des termes très similaires, par les textes relatifs aux finalités du prononcé des peines². Le nouvel article 130-1 CP qui gouverne tous les stades de la peine, sans le dire expressément, semble donc distinguer la finalité de la peine au moment de son prononcé (la fonction rétributive de la sanction, liée essentiellement à l'infraction commise) de celle qui préside à sa mise en œuvre (la fonction réhabilitante, visant à réduire le risque de récidive). La Cour constitutionnelle fédérale a rappelé, de manière comparable, que la culpabilité de l'auteur était déterminante uniquement pour le prononcé et la fixation de la peine privative de liberté qui trouve son fondement théorique dans le critère de juste rétribution de la faute, de l'expiation et de la défense de l'ordre juridique³. L'exécution de la peine, au contraire, sert exclusivement la réinsertion du délinquant dans la société, ainsi que la protection de celle-ci contre de nouvelles infractions⁴.

Si ces différents textes assurent indéniablement une continuité des principes directeurs de la peine, on peut toutefois se demander, avec le professeur van de Kerchove, si les finalités de la peine sont véritablement les mêmes au moment de son prononcé et de son exécution⁵. Ne faudrait-il pas les séparer plus clairement⁶ ?

Notons, enfin, que la Cour européenne des droits de l'homme souligne, elle aussi, que « *si le châtement demeure l'une des finalités de l'incarcération, les politiques pénales en Europe mettent dorénavant l'accent sur l'objectif de réinsertion de la détention* »⁷.

¹ Art. 707, II CPP. Cette formulation semble s'être inspirée du § 2 précité de la loi allemande sur l'exécution des peines (StVollzG). Et l'article de poursuivre que « *toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté [...], afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire* » (art. 707, III CPP).

² D'abord par l'article 132-24, alinéa 2 du Code pénal, issu de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 (ce texte énonçait, pour la première fois, en des termes généraux les finalités de la peine au sein du Code pénal) ; puis par l'article 130-1 du même code issu de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014. Plus que le changement sémantique (plutôt minime) apporté par la réforme de 2014, c'est avant tout la position nouvelle de cette disposition qui mérite d'être soulignée. Elle figure désormais en tête du Titre III du livre premier du Code pénal, consacré aux peines, position qui lui confère une portée plus générale qu'auparavant : elle n'est plus cantonnée aux seuls modes de personnalisation, mais gouverne dorénavant tous les stades de la peine.

³ V. not. BVerfG, 5 avr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*, n° 158 s.

⁴ § 2 StVollzG.

⁵ M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *art. cit.*, p. 805 s.

⁶ V. *infra*, n° 797.

⁷ CEDH, *Vinter et a. c. Royaume-Uni*, 9 juill. 2013, GC, n° 66069/09, § 115 : *JurisData* n° 2013-022188 ; *D.*, 2013, p. 2081, note J.-F. Renucci. V. aussi CEDH, arrêts *Bouchacourt*, *Gardel* et *M.B. c. France* du 17 déc. 2009, respectivement § 63, § 64 et § 55.

568. Facteurs de la finalité resocialisatrice. Parmi les facteurs susceptibles d'expliquer l'existence de cette finalité¹, on trouve essentiellement le facteur idéologique qui réside dans le développement des droits de l'homme (depuis la Déclaration de 1789, mais avant tout au cours de la seconde moitié du XX^e siècle). Dans la conception de la doctrine de la défense sociale nouvelle, qui se voulait humanitariste, la protection de la société passait par la réadaptation du condamné, la sanction pénale devant, à cet effet, resocialiser et non punir. La peine peut ainsi constituer une forme de traitement et comporter des mesures de réadaptation sociale².

En Allemagne, c'est l'adoption de la Loi fondamentale après la Seconde Guerre mondiale, plaçant l'État de droit « sous le signe de la dignité humaine »³, qui a donné l'impulsion à une orientation resocialisatrice du droit pénal. C'est notamment à partir de 1969 que les réformes du droit pénal allemand ont attaché une plus grande importance à la fonction resocialisatrice de la peine. Le § 2 de la loi sur l'exécution des peines⁴ (*Strafvollzugsgesetz*) dispose, en ce sens, que l'objectif de l'exécution des peines privatives de liberté est la réadaptation du détenu, afin de le rendre apte à mener une vie responsable en société sans commettre d'infractions, tout en assurant la protection de la collectivité⁵. La Cour constitutionnelle fédérale est même allée jusqu'à poser un droit fondamental du détenu à la resocialisation⁶. Elle considère, à cet égard, que la réinsertion est un impératif constitutionnel pour toute société faisant de la dignité humaine son pilier, déclarant que l'exécution d'une peine de réclusion à perpétuité ne peut être humaine que si une « *chance concrète et réaliste* » de recouvrer un jour sa liberté est offerte au détenu⁷.

Il convient, cependant, de préciser que la resocialisation, dans le cadre de la peine ou de la mesure de sûreté, doit être entendue au sens d'un amendement en vue de prévenir des

¹ V. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 733.

² J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 94.

³ X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *art. cit.*, p. 527 s.

⁴ *Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz - StVollzG)* du 16 mars 1976, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1977 (Loi sur l'exécution des peines et mesures de sûreté privatives de liberté). Cette loi pénitentiaire a été adoptée dans le but de mettre en place une politique de prévention spéciale.

⁵ V. X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *art. cit.*, p. 527 s. ; Ministère de la Justice, Service des affaires internationales et européennes, *Étude sur les prisons en Europe : Les droits des détenus et la viabilité du système pénitentiaire, préc.*

⁶ V. BVerfG, 5 juin 1973, 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202, 235 : v. not. A. Müller-Emmert, « Resozialisierung als Verfassungsauftrag », *DRiZ*, 1976, p. 65 s. ; D. Couzinet, « Die Prinzipientheorie der Grundrechte - Einführung, Strukturhinweise, Anwendung in der Fallbearbeitung », *JuS*, 2009, p. 603 s. ; BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (239) : v. not. K.-H. Groß, « Die gesetzliche Regelung des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe - ein Auftrag des Bundesverfassungsgerichts », *BewHi*, 1978, p. 99 s. ; H. Beckmann, « Ist die lebenslange Freiheitsstrafe noch ein verfassungsrechtliches Problem ? », *GA*, 1979, p. 439 s.

⁷ BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, *préc.*

infractions futures, et non au sens d'une éducation forcée laquelle ne ressortit pas aux pouvoirs de l'État¹. En effet, comme le précise la Cour de Karlsruhe, il n'appartient pas à l'État d'améliorer ses citoyens² et, partant, il ne saurait les priver de liberté uniquement dans ce but, sans que ces derniers ne représentent un danger pour eux-mêmes ou autrui.

Aussi, si l'objectif de protection de la collectivité peut passer par l'enfermement du condamné, celui-ci ne doit pas entraver sa resocialisation, laquelle doit être favorisée lors des activités carcérales telles que la surveillance, le contrôle, l'éducation et le traitement psychologique³. Les différentes mesures évoquées dans la loi sur l'exécution des peines (le travail, les activités de loisir, les visites, les contacts avec le monde extérieur et les divers types de permissions) sont donc considérées comme des mesures de resocialisation⁴.

569. Évolution de la sanction pénale au travers de sa finalité resocialisatrice. Sous l'influence du développement de sa fonction resocialisatrice, c'est la sanction pénale elle-même qui a évolué vers d'autres formes, et l'on a vu apparaître progressivement les mesures de sûreté dans l'arsenal pénal. Ainsi, la conception des moyens de corriger l'individu a connu une évolution avec un passage de la notion de sanction à la notion de traitement⁵ en vue de la prévention de la récidive. La dénomination allemande des mesures de sûreté (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) met plus clairement en évidence leurs deux fonctions essentielles, à savoir l'amendement de l'individu et la protection de la société ; la fonction resocialisatrice passant par l'amendement (*Besserung*) des délinquants. Rappelons, à ce titre, que la grande réforme pénale de 1969 a opéré une inversion des termes des mesures de sûreté (qui s'appelaient auparavant *Maßregeln der Sicherung und Besserung*)⁶, ce changement terminologique mettant en avant la primauté de l'aspect préventif et individuel de ces mesures.

¹ Néanmoins, le traitement et les soins forcés occupent une place grandissante au sein du droit pénal : V. *infra*, n° 574 s.

² BVerfG, 18 juil. 1967, 2 BvF 3/62, BVerfGE 22, 219: v. not. O. E. Krasney, « Zur Verfassungswidrigkeit des § 26 Bundessozialhilfegesetz », *DÖV*, 1968, p. 826 s.; D. Giese, « Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 1967 », *NDV*, 1968, p. 123 s.; G. Küchenhoff, « Zuständigkeitsgrenzen in der Jugend- und Sozialhilfe », *NJW*, 1968, p. 433 s. Cette décision s'est fondée sur l'art. 2, al. 2, phrase 2 de la Loi fondamentale qui pose le droit à la liberté.

³ Ministère de la Justice, Service des affaires internationales et européennes, *Étude sur les prisons en Europe : Les droits des détenus et la viabilité du système pénitentiaire, préc.*

⁴ V. F. Dünkel, « Ouvrir les prisons pour réduire les tensions et renforcer la réhabilitation : journées de permission et régime de semi-liberté en Allemagne », in : Conseil de l'Europe, *Politique pénale en Europe : Bonnes pratiques et exemples prometteurs*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2005, chap. 11, p. 171.

⁵ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, p. 9.

⁶ V. *supra*, n° 72.

La resocialisation est ainsi – en tout cas dans la théorie – la finalité principale des mesures de sûreté, lesquelles ne devraient, dans un souci de conformité aux libertés fondamentales, être neutralisatrices que de manière accessoire. En effet, la neutralisation de l'individu laisse transparaître l'idée ancienne de son incorrigibilité et d'un déterminisme criminel, concepts difficilement conciliables avec l'objectif d'amendement et de réinsertion aujourd'hui en vigueur. C'est en ce sens que l'un des projets du code pénal allemand actuellement en vigueur énonçait que « la condition de toute mesure de sûreté est une dangerosité adéquate propre à la justifier, son but une prévention spéciale par le biais de l'amendement de l'auteur, et seulement subsidiairement, si ce dernier s'avère impossible, la sûreté ; car la meilleure protection de la société passe par la resocialisation de l'auteur »¹. Partant, l'amendement, en ce qu'il permet d'agir sur les causes de la dangerosité, doit, en principe, prévaloir sur l'objectif de sûreté².

570. Place de la finalité resocialisatrice au sein des mesures de sûreté allemandes. En raison de cette finalité resocialisatrice, le droit allemand permet au juge d'ordonner le passage de la personne internée d'une mesure privative de liberté vers une autre lorsque sa resocialisation le requiert³. L'objectif se manifeste néanmoins avec une intensité variable selon les mesures.

Si l'objectif exclusif de l'internement en établissement de désintoxication est l'amendement du sujet en le soignant de son addiction⁴, celui de l'internement en hôpital psychiatrique consiste, en premier lieu, à traiter et soigner l'individu placé afin de réduire son état dangereux⁵ mais également, en second lieu, à protéger la société. Partant, la Cour constitutionnelle admet que l'objectif de l'internement psychiatrique puisse se réduire à la sécurité de la collectivité, lorsque la thérapie est sans perspective de réussite et que

¹ J. Baumann *et al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches : Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Tübingen, Mohr, 1969, p. 127.

² La réforme de 1969 visait d'ailleurs à introduire une nouvelle mesure de sûreté, appelée « thérapie sociale » (*Sozialtherapie*), qui n'a, cependant, jamais vu le jour en tant que telle, mais a été réduite à une modalité d'exécution de la peine. La loi de modification de la loi sur l'exécution des peines du 20 décembre 1984 (*Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes = StVollzÄndG*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985), a créé le § 9 StVollzG qui prévoit le transfert du condamné dans un établissement socio-thérapeutique pendant l'exécution de sa peine, dans un but de réinsertion sociale. Cette disposition témoigne aujourd'hui du rôle occupé par la finalité resocialisatrice de la peine privative de liberté.

³ § 67a StGB. V. aussi *infra*, n° 868. Cela ne vaut, cependant, que pour le passage vers un établissement de désintoxication ou vers un hôpital psychiatrique, lorsque la personne se trouve internée dans l'une ou l'autre de ces structures ou fait l'objet d'un internement de sûreté.

⁴ § 137 StVollzG.

⁵ § 136 StVollzG.

l'amendement permettant la remise en liberté de la personne paraît, de ce fait, compromis¹. L'internement en établissement de désintoxication, au contraire, ne saurait être ordonné si le succès du traitement est sans perspective concrète dès le départ² puisque celui-ci est le but exclusif de la mesure.

Dans le cadre de l'internement de sûreté, la finalité resocialisatrice semble reléguée au second rang. En effet, l'objectif de cette mesure est, avant tout, d'enfermer l'auteur de manière sûre pour protéger la collectivité³. Il ressort d'ailleurs du nom même de la mesure que la sûreté est sa finalité première. Toutefois, le § 129 de la loi sur l'exécution des peines, lequel énonce le but de la mesure, ajoute également qu'une aide doit être apportée à l'individu afin de favoriser sa réinsertion dans la vie en liberté. Un traitement durant l'enfermement et une aide à la resocialisation sont donc, en principe, obligatoires, mais trop souvent négligés dans la pratique⁴, tant cette mesure est dominée par des préoccupations sécuritaires.

C'est également au niveau de l'exécution de ces différentes mesures que se ressent la plus ou moins grande importance accordée à la finalité resocialisatrice. Si les deux mesures fondées exclusivement, ou prioritairement, sur l'amendement de l'individu s'exécutent dans des établissements spécialisés dans le traitement des délinquants malades, l'internement de sûreté, quant à lui, est mis à exécution dans un établissement pénitentiaire ordinaire (même si, on l'a vu, les personnes internées se trouvent dans une aile séparée)⁵. Au demeurant, il n'est pas certain que le choix de séparer les individus internés des autres détenus favorise leur resocialisation, mais semble, au contraire, contribuer à renforcer leur isolement⁶. En effet, en dépit du traitement spécifique et individualisé qui est censé intervenir à l'égard de chaque personne concernée, l'incertitude quant au retour à la vie en société dont les perspectives semblent très hypothétiques emporte le plus souvent la résignation des intéressés et leur indifférence aux efforts de réadaptation.

571. Convergence des peines et mesures de sûreté à travers leur finalité resocialisatrice. Il ressort de ces quelques constats qu'une partie des finalités poursuivies par la peine et la mesure de sûreté sont substantiellement les mêmes : la protection de la

¹ BVerfG, 1^{er} août 2008, 2 BvR 1001/08, n° 5.

² § 64, al. 2 StGB, modifié par la loi du 16 juil. 2007 sur l'internement en hôpital psychiatrique et en établissement de désintoxication (*Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt*), entrée en vigueur le 20 juil. 2007.

³ § 129 StVollzG.

⁴ A. Dessecker, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004, p. 205 s.

⁵ V. *supra*, n° 338.

⁶ V. Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport préc.

collectivité et la resocialisation du délinquant. S'agissant plus particulièrement de l'internement de sûreté et de la peine privative de liberté, leurs finalités se recourent même entièrement. Cela étant, en ce qui concerne la peine, la loi semble accorder la priorité à la resocialisation (nommée en première position par le § 2 de la loi sur l'exécution des peines), alors que pour l'internement de sûreté, l'accent est mis sur la sécurité (ce qui ressort du § 129 de la même loi). C'est d'ailleurs ce point que la Cour européenne des droits de l'homme a soulevé pour en déduire que la détention de sûreté était une peine au sens de la Convention¹. La Cour constitutionnelle fédérale, elle, considère toutefois que les buts de la peine et de la mesure de sûreté sont fondamentalement différents, bien que leurs finalités puissent se recouper sur certains points en ce qui concerne la prévention².

Il est à noter que depuis la réforme intervenue en décembre 2010³, l'aspect thérapeutique de l'internement de sûreté a clairement été mis en avant, entraînant une revalorisation de la fonction resocialisatrice, auparavant trop effacée par rapport au volet sécuritaire. Cependant, les modifications intervenues n'apportent pas de changement fondamental et il n'est pas certain qu'elles suffisent à garantir la conformité de la mesure à la Convention européenne⁴.

572. Création de la nouvelle peine de « contrainte pénale » dans un objectif de réinsertion sociale. Dans un souci d'insertion et de réinsertion des délinquants, un jury désigné par le comité d'organisation de la Conférence de consensus relative à la prévention de la récidive a préconisé, en février 2013, l'instauration d'une nouvelle peine, la peine de « probation »⁵. Le jury mettait en avant le rôle du juge qui, par son pouvoir d'individualisation de la sanction pénale, « est à même de définir la peine la plus adaptée à la situation du condamné », « laquelle doit avoir pour objectif prioritaire l'insertion et la réinsertion de la personne, condition *sine qua non* de la prévention de la récidive »⁶. Après un changement sémantique, la « contrainte pénale » a vu le jour avec la loi précitée du 15 août 2014⁷, laquelle, selon le professeur Pradel, « tournant le dos au courant "classique" fondé

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 130 et 133. V. *supra*, n° 531.

² BVerfG, 5 avr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*, § 145 s. ; V. aussi BVerfG, 1^{er} août 2008, 2 BvR 1001/08, § 2 s.

³ V. *supra*, n° 97.

⁴ V. *supra*, n° 101. V. aussi, sur l'internement thérapeutique, *supra*, n° 102 s.

⁵ Rapport du jury de la Conférence de consensus, 20 févr. 2013, site du ministère de la Justice.

⁶ É. Bonis-Garçon, « Vers un droit pénal raisonné ? - À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », *JCP G*, 2013, n° 11, 11 mars 2013, p. 285.

⁷ Pour une analyse détaillée du nouveau dispositif, v. A. Grosclaude-Hartmann, « Modalités et régime de la nouvelle peine : la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve », *Gaz. Pal.*, 22-23 mai 2015, Numéro spécial « *La réforme pénale. Journée d'étude sur la loi du 15 août 2014* », n° 142 à 143, p. 22 s.

surtout sur la rétribution et l'intimidation, notamment à l'égard des récidivistes, [...] adopte les idées de la défense sociale nouvelle de M. Ancel »¹. La réforme s'inscrit dans la continuité des travaux du Conseil de l'Europe relatifs à la « probation », définie comme « *l'exécution en milieu ouvert de sanctions et mesures définies par la loi et prononcées à l'encontre d'un auteur d'infraction* »². Pour le Conseil, elle « *consiste en toute une série d'activités et d'interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l'auteur d'infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective* »³. Contrairement au sursis avec mise à l'épreuve qui est une modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement, et auquel la contrainte pénale a vocation à se substituer, cette nouvelle peine est présentée comme une peine alternative autonome qui ne repose pas sur la menace de mettre à exécution l'incarcération. Elle comporte, elle aussi, plusieurs mesures de suivi et de contrôle, ainsi que des obligations particulières. Cependant, elle devra être axée davantage sur l'aide à la réinsertion de la personne en étant mieux adaptée à sa personnalité et à ses problèmes, contribuant par là même à une meilleure prévention de la récidive⁴. La logique de la contrainte pénale a ainsi pu être décrite comme « le traitement d'une sanction pénale hors les murs à destination d'un public très fragilisé et désinséré, par la mise en œuvre d'un suivi pluridisciplinaire très poussé, destiné à prévenir la récidive »⁵.

L'inobservation des obligations par le probationnaire est, toutefois, passible d'une autre peine puisque « *la juridiction fixe également la durée maximale de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations et interdictions auxquelles il est astreint* »⁶. Notons, par conséquent, que ce mécanisme conduira, *in fine*, au même résultat que le non-respect d'un sursis avec mise à l'épreuve, à la seule différence près que la mise à

¹ J. Pradel, « Un législateur bien imprudent. - À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *art. cit.*

² Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation*, 20 janv. 2010. V. déjà Conseil de l'Europe, *Recommandation Rec(2000)22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté*, 29 nov. 2000 : elle avait pour objectif le développement des peines non privatives de liberté et l'instauration d'une nouvelle peine de « probation en tant que sanction indépendante imposée sans que soit prononcée une peine d'emprisonnement » (Annexe 2, n° 1).

³ *Ibid.*

⁴ On peut ainsi éviter le prononcé quasi automatique de certaines obligations, telles que l'injonction de soins, lorsqu'elles paraissent sans pertinence pour la personne concernée : V. J.-C. Bouvier, « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal*, 2013, p. 132.

⁵ A. Grosclaude-Hartmann, « Modalités et régime de la nouvelle peine : la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve », *art. cit.*, p. 26.

⁶ L'art. 131-4-1 CP prévoyant un emprisonnement d'une durée qui ne peut excéder deux ans, ni le maximum de la peine d'emprisonnement encourue. À l'inverse, l'article 713-45 CPP prévoit que « *si le condamné a satisfait aux mesures, obligations et interdictions qui lui étaient imposées pendant au moins un an, que son reclassement paraît acquis et qu'aucun suivi ne paraît plus nécessaire, le juge de l'application des peines peut [...] décider de mettre fin de façon anticipée à la peine de contrainte pénale* ».

exécution de l'incarcération résultera d'une nouvelle décision¹ et non de la révocation du sursis. Aussi, de manière très semblable au suivi socio-judiciaire, l'emprisonnement encouru est-il fixé à l'avance par la juridiction de jugement pour être ramené à exécution ultérieurement².

Il est, dès lors, permis de douter du changement substantiel que cette nouvelle peine est censée apporter par rapport aux nombreuses mesures de suivi et de surveillance déjà existantes³. Le législateur semble procéder à un « nouvel étiquetage des actuelles alternatives », « mais, substantiellement, les choses ne changent guère »⁴. En effet, le contenu de la contrainte pénale est, en grande partie, calqué sur celui du sursis avec mise à l'épreuve et du suivi socio-judiciaire⁵ (lequel est d'ailleurs identique à celui des autres mesures de surveillance existantes⁶). Aussi, l'appellation initialement proposée de « probation » rappelle-t-elle l'appellation, souvent employée dans la pratique, de « sursis probatoire »⁷. Madame Peltier fait ainsi observer que « l'ensemble des mesures constituant le régime de la mise à l'épreuve se retrouve donc transposé au sein de la contrainte pénale, ce qui risque d'entraîner un risque de confusion entre la contrainte et ledit sursis et pose, à tout le moins, la question de l'opportunité du maintien de ce dernier »⁸. En définitive, la contrainte pénale ne fait que

¹ Sur saisine par le JAP, le président du TGI ou son délégué mettent à exécution tout ou partie de l'emprisonnement fixé par la juridiction (art. 713-47 al. 2 CPP), ou, en cas de commission d'une nouvelle infraction, la juridiction de jugement (art. 713-48 CPP).

² À la seule différence près que dans le cadre du suivi socio-judiciaire, c'est le JAP qui prend cette décision. Or, ce dernier dispose du même pouvoir d'individualisation puisqu'il peut ordonner l'exécution de l'emprisonnement en tout ou partie (art. 131-36-1 al. 3 CP).

³ Même si le projet de loi fait état, pour la contrainte pénale, d'un suivi et accompagnement personnalisé renforcé, et dans de nombreuses hypothèses pluridisciplinaire, par opposition au sursis avec mise à l'épreuve qui ne comporterait qu'un « contrôle strict du respect des obligations et des interdictions » (Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, Étude d'impact, NOR : JUSX1322682L/Bleue-1, 7 oct. 2013, p. 86), il n'apparaît à la lecture du nouveau dispositif pas de différence significative en ce sens.

⁴ J. Pradel, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule », *art. cit.*, p. 725 s.

⁵ L'art. 131-4-1 CP opère par simple renvoi aux articles 132-44, 132-45 et 132-46 relatifs au sursis avec mise à l'épreuve, ainsi qu'à l'injonction de soins prévue dans le cadre du suivi socio-judiciaire, tout en ajoutant le travail d'intérêt général qui existe déjà en tant que peine alternative (par renvoi à l'art. 131-8 CP). Qui plus est, en matière correctionnelle, le suivi socio-judiciaire peut être ordonné comme peine principale (art. 131-36-7 CP).

⁶ V. *supra*, à propos de la surveillance judiciaire et de la surveillance de sûreté, n° 404 s. et 408 s.

⁷ La proximité avec le sursis avec mise à l'épreuve ressort d'ailleurs de l'appellation proposée par le Syndicat libre justice CFTC lors de la Conférence de consensus qui souhaitait intituler cette peine « surveillance pénale avec mise à l'épreuve » (SPME) : v. la Contribution du syndicat Libre Justice CFTC, p. 5.

⁸ V. Peltier, « Les "boîtes à outils" de Madame Taubira. - À propos de la loi du 15 août 2014 », *art. cit.*, p. 883 s. V. également, dans le même sens, D. Raimbourg, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi (n° 1413) relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, AN, doc. n° 1974, 28 mai 2014, p. 252 ; J. Pradel, « Un législateur bien imprudent. - À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *art. cit.*, p. 952 s.

reprendre – en substance et à quelques différences près¹ – les mesures précédentes en les déguisant sous une nouvelle appellation, ce qui laisse douter de l'utilité du dispositif².

Plutôt que d'élargir l'arsenal des sanctions dont disposent les juridictions, déjà en croissance continue depuis la fin des années 1990 et comportant de nombreux doublons, ne serait-il pas préférable de refondre le système en place ? Celui-ci pourrait être réorganisé autour de la dualité entre peines et mesures de sûreté, tout en harmonisant les mesures existantes et en adaptant leur régime³. L'amoncellement législatif des réponses à la délinquance ne fait qu'accroître l'illisibilité des différents dispositifs, contribuant à complexifier la matière au lieu de la rationaliser. Un renforcement du suivi personnalisé pourrait d'ailleurs être réalisé au sein des instruments pénaux existants et ne mérite, selon nous, pas la création d'une nouvelle peine. Si la technique de la probation est indéniablement louable⁴, une remise à plat de l'ensemble des sanctions pénales serait certainement préférable à une multiplication des textes⁵. La loi de 2014 ne fait visiblement qu'accentuer la confusion entre peines, mesures d'exécution de la peine et mesures de sûreté¹.

¹ Une magistrate (A. Grosclaude-Hartmann, « Modalités et régime de la nouvelle peine : la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve », *art. cit.*, p. 22 s.) souligne ainsi que le SPIP élabore un rapport présentant « *un projet d'exécution et de suivi de la mesure* » (art. D. 49-85 CPP) et que la loi prévoit ensuite un « suivi serré et des évaluations régulières de la personne condamnée ».

² V. J. Pradel, « Un législateur bien imprudent. - À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *art. cit.*, p. 952 s. : « le législateur veut tirer du vin nouveau avec de vieilles outres » ; M. Herzog-Evans, « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *art. cit.*, p. 720 : souligne que « une modification de l'habillage juridique ne changera rien » et préconise de « refondre entièrement le code pénal ». V. aussi, du même auteur, « Récidive et surpopulation : pas de baguette magique juridique », *AJ pénal*, 2013, p. 136.

³ Plusieurs pistes pourraient être exploitées. D'une part, ne serait-il pas plus efficace de privilégier le prononcé plus fréquent des mesures d'aménagement déjà à la disposition du juge et permettant une resocialisation progressive et un retour vers la communauté, comme la semi-liberté, les placements à l'extérieur ou la libération conditionnelle ? Il est à noter que de manière tout à fait contradictoire, le projet de loi prévoyait de restreindre le champ d'application de ces mesures en abaissant les seuils d'emprisonnement permettant au tribunal correctionnel lorsqu'il prononce la peine, ou au juge de l'application des peines s'agissant des condamnés non incarcérés, d'ordonner une mesure d'aménagement *ab initio* (art. 7 du Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, n° 1413, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 octobre 2013). Cette modification n'a toutefois pas été retenue. Aussi, serait-il envisageable de mettre en place un réel suivi post-carcéral, dans le cadre de la libération conditionnelle par exemple, tourné vers « l'insertion sociale seule garante d'une absence de renouvellement des actes commis », en faisant intervenir des associations de professionnels de l'insertion sociale présents sur le terrain (B. Lavielle, « La peine, demain comme aujourd'hui ? », *AJ pénal*, 2013, p. 186).

D'autre part, pour les personnes susceptibles d'exécuter intégralement leur sanction en milieu non carcéral, ne pourrait-on pas favoriser un meilleur suivi dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, ou encore par le biais des mesures de sûreté non privatives de liberté ?

⁴ V. R. Badinter et P. Beauvais, « À propos de la réforme pénale », *D.*, 2014, p. 1829 : selon lesquels la contrainte pénale valorise la probation.

⁵ En ce sens, H. Matsopoulou, « Réforme pénale. - La nouvelle peine de "contrainte pénale" est-elle nécessaire ? », *JCP G*, n° 44, 28 oct. 2013, doctr. 1153 : invite à une « réflexion approfondie » sur l'articulation entre le sursis avec mise à l'épreuve et la contrainte pénale, bien que les finalités poursuivies par cette dernière soient « nobles » ; J.-H. Robert, « Réforme pénale. - Punir dehors, Commentaire de la loi n° 2014-896 du

Quoi qu'il en soit, cette loi, avant tout symbolique au nom de la lutte contre la récidive, est représentative de l'importance croissante accordée à la finalité resocialisatrice des réponses pénales. Celle-ci passe souvent par le traitement et le soin, aussi bien dans le cadre des peines que dans celui des mesures de sûreté.

b. La resocialisation par le traitement et le soin

573. La théorie du traitement de resocialisation par la sanction pénale. En vue d'atteindre son objectif préventif, la sanction doit revêtir un caractère éducatif et comporter un traitement prospectif. Cela suppose une personnalisation de la sanction², impliquant « à la fois de pouvoir choisir la mesure la plus appropriée et de pouvoir la modifier au cours de son exécution si le besoin s'en fait sentir »³. C'est ainsi que « la diversification des peines, le pouvoir d'appréciation des tribunaux, les prérogatives du juge de l'application des peines [...] sont [...] susceptibles de favoriser le traitement des délinquants »⁴. Selon la doctrine thérapeutique, le crime est considéré, avant tout, comme l'expression d'une personnalité et non comme un acte. Ainsi, il ne serait que le symptôme d'une socialisation insuffisante à laquelle il faut remédier et d'un état dangereux qu'il faut traiter⁵. La sanction pénale doit, de ce fait, comporter un traitement thérapeutique destiné à pallier les déficiences physiques ou mentales dont le délinquant aura fait preuve et qui auront joué un rôle dans sa délinquance⁶. Le traitement de resocialisation du délinquant vise à concilier ses intérêts avec ceux de la société, puisque l'on protège cette dernière en aidant le premier. Partant, le traitement contraint occupe une place considérable en droit pénal.

15 août 2014 », *art. cit.* : met en avant le fait que le dispositif est très mal coordonné avec le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis avec l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, alors que le contenu est identique ; P. Poncela, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *art. cit.*, p. 611 : évoque « une peine inutile » et « l'absence manifeste d'un travail préalable de réflexion conceptuelle sur les catégories juridiques autant que sur la notion de peine elle-même ».

¹ En ce sens, P. Poncela, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *art. cit.*, p. 611 s.

² *V. supra*, n° 552 s.

³ J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 94.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 734.

⁶ V. B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, p. 8. En théorie, ce traitement suppose la plus grande flexibilité de la sanction et le plus grand pouvoir des juges et des thérapeutes qui doivent, au besoin, pouvoir décider de prolonger le traitement aussi longtemps que nécessaire. Or, dans la pratique, on l'a vu, cette exigence n'est remplie que par les mesures de sûreté, les peines devant être déterminées à l'avance quant à leur durée maximale et ne pouvant être adaptées et modifiées au cours de leur exécution que dans un sens plus clément pour le condamné : *v. supra*, n° 556.

574. Champ d'application étendu du soin contraint en droit pénal français. Si les traitements médicaux étaient classiquement destinés à soigner les malades, on perçoit ces dernières années une volonté croissante du législateur de s'attaquer aux causes de la criminalité sexuelle et violente par une multiplication des dispositifs prévoyant des formes de traitements imposés. C'est ainsi que, en commençant par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, « réforme après réforme, le champ d'application du soin contraint s'accroît »¹.

La personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est, en effet, soumise à une injonction de soins s'il est établi par une expertise médicale qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement². Si le législateur incitait alors déjà fortement au soin, qu'il laissait toutefois à la discrétion du juge, il a supprimé quasiment toute exigence de consentement de la part du condamné par le biais de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, le traitement étant désormais le principe. Le juge conserve, toutefois, la possibilité de prendre une décision contraire. Bien que la personne concernée soit avertie qu'aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement, le refus de sa part des soins proposés entraînera la mise à exécution de l'emprisonnement fixé par la décision de condamnation³. Cette dernière loi ayant été d'applicabilité rétroactive, elle imposait même des soins à certaines personnes condamnées avant son entrée en vigueur⁴. En aucun cas, toutefois, un soin imposé aux auteurs de faits pour lesquels le suivi socio-judiciaire était encouru mais non prononcé ne devrait, comme le prescrit l'article 112-1 CP, concerner des faits antérieurs à l'adoption de la loi de 1998 ayant instauré cette peine⁵.

¹ M. Herzog-Evans, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ pénal*, 2007, p. 357.

² Art. 131-36-4 CP, introduit par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 et modifié par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007. V. *supra*, n° 401.

³ V. art. 131-36-1 CP.

⁴ À savoir, celles qui ont été condamnées à un suivi socio-judiciaire sans injonction de soins, celles qui se sont vu proposer des soins durant leur incarcération et les ont refusés, et enfin celles qui n'ont pas été condamnées à un suivi socio-judiciaire, mais à un sursis avec mise à l'épreuve pour une infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire (v. M. Herzog-Evans, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *art. cit.*, p. 357 s.). Pour cette dernière catégorie de personnes, le consentement du condamné devait être recueilli, c'est-à-dire qu'il était averti par le président de la juridiction qu'il pouvait refuser les soins, mais que dans ce cas l'emprisonnement déterminé par celle-ci serait mis à exécution (art. 132-45-1, al. 2 CP, créé par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 et abrogé par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010). La disposition les concernant a, cependant, été abrogée par la loi du 10 mars 2010, puisqu'elle faisait double emploi avec la possibilité de les soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, et ce même sous le régime de l'hospitalisation (art. 132-45, 3° CP).

⁵ C'est en ce sens qu'avait tranché la Cour de cassation à propos de l'octroi des réductions supplémentaires de peine (art. 721-1 CPP) qui est refusé aux personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru et qui refusent de suivre le traitement qui leur est proposé pendant leur incarcération : Cass. crim., 27 juin 2007, n° 06-86911 (note M. Herzog-Evans, « Rétroactivité des lois imposant le soin : pas au-delà de l'entrée en vigueur du suivi socio-judiciaire », *AJ pénal*, 2007, p. 532). Or, elle est revenue sur cette position à propos de la surveillance judiciaire (Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.*),

Des mesures de traitement ou de soins peuvent, ensuite, être imposées dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve en tant qu'obligation particulière¹. L'injonction de soins est également applicable d'office dans le cadre de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses, instaurée par la loi du 12 décembre 2005, mais peut faire l'objet d'une décision contraire du JAP². En outre, l'aménagement des peines est parfois subordonné à l'acceptation d'un traitement, de sorte que ce choix n'est pas vraiment libre³. De manière plus générale, les mesures d'application ou d'aménagement des peines peuvent être suspendues⁴, faire l'objet d'un retrait ou d'une révocation après leur date d'expiration⁵, et une incarcération provisoire peut même être ordonnée⁶ en cas de refus de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et proposé au condamné dans le cadre d'une injonction de soins⁷, ce refus étant assimilé à une violation des obligations qui lui incombent.

Enfin, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 a instauré la possibilité de soumettre à une obligation de soins, au moment de sa libération et si son état le justifie, la personne condamnée dans les circonstances mentionnées au second alinéa de l'article 122-1, c'est-à-dire dont le discernement a été altéré, et qui n'a pas été condamnée à un suivi socio-judiciaire⁸. Le domaine d'application des soins obligatoires en droit français est donc vaste, et

puis des aménagements de peine (Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 09-80951, note M. Herzog-Evans, « À nouveau la rétroactivité pour des faits antérieurs à la loi "suivi socio-judiciaire" », *AJ pénal*, 2009, p. 498).

¹ Art. 132-45, 3° CP.

² Art. 723-30 CPP.

³ Ainsi, une libération conditionnelle sera refusée à la personne condamnée à une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, si elle refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé ou si elle ne le suit pas de façon régulière (art. 729 CPP). De la même manière, une libération conditionnelle ne sera pas accordée au condamné qui ne s'engage pas à suivre, après sa libération, le traitement qui lui est proposé. La personne bénéficiant d'une libération conditionnelle est automatiquement soumise à une injonction de soins, sauf, encore une fois, décision contraire du JAP (art. 731-1 CPP). Si l'injonction de soins était auparavant facultative dans ce cadre, la loi du 10 août 2007 en a fait la règle. Il en va de même pour la réduction supplémentaire de la peine qui ne peut pas non plus bénéficier à une personne refusant de suivre le traitement proposé pendant son incarcération ou ne le suivant pas de manière régulière, sauf décision contraire par le JAP (art. 721-1 CPP). Le fait de suivre une thérapie destinée à limiter les risques de récidive est considéré comme constituant un effort sérieux de réadaptation sociale requis pour pouvoir prétendre à l'octroi d'une telle réduction supplémentaire.

⁴ Sont concernées les mesures de semi-liberté, de placement extérieur et de placement sous surveillance électronique (art. 712-18 CPP).

⁵ Sont concernés les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle (art. 712-6 CPP), le relèvement de la période de sûreté, la libération conditionnelle ou la suspension de peine qui ne relèvent pas de la compétence du JAP (art. 712-7 CPP), et le sursis avec mise à l'épreuve ou obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (art. 712-20 CPP).

⁶ Sont concernés le sursis avec mise à l'épreuve, le sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, le suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire, la suspension ou le fractionnement de peine et la libération conditionnelle (art. 712-19 CPP).

⁷ Art. 712-21, al. 4 CPP, ajouté par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

⁸ Article 706-136-1 CPP.

le recours à l'injonction de soins quasiment systématique. Autant de « moyens de pression pour inciter le condamné à accepter les soins »¹, mettant en cause leur légitimité.

575. Moment d'intervention du traitement. Afin d'augmenter les chances de son efficacité, le traitement suppose une intervention précoce sur la personne présentant des troubles, pour éviter que la durée passée en détention ne soit un temps mort et pour préparer au mieux la continuité des soins qui se poursuivront à sa sortie. C'est pour cela que la personne soumise à l'injonction de soins sera incitée à suivre un traitement dès son incarcération. Ainsi, l'expertise obligatoirement réalisée avant tout jugement au fond en matière d'infractions de nature sexuelle ou violente², qui établira l'opportunité d'une injonction de soins, sera par la suite transmise à l'administration pénitentiaire en cas de condamnation à une peine privative de liberté afin de faciliter le suivi médical et psychologique en détention³. Le JAP s'efforce donc, notamment à l'aide des moyens de pression à sa disposition, « d'encourager l'intéressé à entreprendre une démarche de soins le plus tôt possible, sans attendre la sortie de l'établissement pénitentiaire et à s'adresser à l'équipe soignante qui lui proposera un entretien préalable afin de mettre en place un projet de soins »⁴.

576. La problématique du soin contraint. Le caractère éducatif ou thérapeutique de la sanction pénale peut poser problème, dans la mesure où il consiste en un amendement par la contrainte. Or, la protection de la société donne à l'État le droit, voire l'obligation, d'employer des mesures de contrainte. Dans la mesure où celles-ci respectent un cadre légal prédéfini, il n'y a pas d'atteinte injustifiée aux libertés individuelles du condamné. Le traitement qui est proposé dans le cadre de l'exécution de la sanction pénale n'a d'autre but que d'aider la personne concernée à se réinsérer dans la société, tout en protégeant celle-ci. Et « partant de là, il n'est pas contradictoire de préconiser des mesures qui combinent l'aide et la contrainte, la compréhension et la surveillance. La part de coercition inévitable dans tout

¹ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 205, p. 91.

² Plus précisément il s'agit des infractions de meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteintes sexuelles, de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-4-1 à 225-4-4, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du Code pénal, mais également des crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, des crimes de tortures ou d'actes de barbarie et des meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale.

³ Art. 706-47-1, al. 3 à 5 CPP.

⁴ P. Darbéda, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *art. cit.*, p. 625 s.

traitement trouve sa justification dans le but poursuivi : la réadaptation sociale du délinquant »¹. Ainsi, la notion de traitement des délinquants a été dégagée au lendemain de la seconde Guerre mondiale, ouvrant des perspectives de réhabilitation et une chance véritable de redevenir un citoyen libre au délinquant qui, auparavant, était avant tout exclu de la société².

Néanmoins, il n'est pas démontré que les personnes traitées récidivent moins que les autres. L'efficacité des traitements de resocialisation n'est, en effet, pas certaine et a pu être remise en cause par la théorie de l' « effet zéro du traitement »³, signifiant qu'après leur peine, les délinquants traités ne récidivent ni plus ni moins que ceux qui subissent une sanction pénale traditionnelle fondée sur la rétribution et l'intimidation. Or, ce constat d'échec doit être nuancé en ce que les évaluations réalisées portaient presque exclusivement sur des psychothérapies et étaient artificiellement séparées de la peine dans laquelle le traitement s'insérait. Aussi, cette théorie se limite-t-elle aux effets statistiques des traitements sur le taux de récidive, sans s'intéresser à l'évolution psychologique du délinquant ou à son adaptation sociale⁴.

On peut même faire valoir que la politique du traitement imposé aurait pour conséquence un paternalisme moralisateur et une soumission passive qui ne seraient pas aptes à favoriser une véritable resocialisation du délinquant⁵. Pour Marc Ancel, il existait, de ce fait, deux domaines où une politique de traitement pouvait s'employer : en premier lieu, le domaine thérapeutique ou para-médical pour les individus relevant davantage de mesures curatives que d'un emprisonnement routinier et, en second lieu, le traitement proposé et non imposé, se rapprochant d'une assistance éclairée⁶. Il semblerait, toutefois, que ces propositions ne trouvent pas de réel écho dans le droit positif français, lequel prévoit essentiellement des formes de traitements ou de soins obligatoires.

En effet, si tout traitement médical requiert, en principe, une adhésion de la part du patient, ce principe est aujourd'hui fortement remis en cause. La liberté de choix – lorsqu'elle existe encore – n'est pas toujours réelle, notamment lorsque le refus d'un traitement entraîne une sanction. Se pose alors la question de la compatibilité entre les concepts d'amendement et de contrainte et, partant, la question de l'efficacité d'un traitement forcé. Il n'est pas certain

¹ R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 735.

² M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 258.

³ M. Cusson, *Le contrôle social du crime*, Paris, PUF, 1983, p. 31 s.

⁴ R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 739.

⁵ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 260 s.

⁶ *Ibid.*, p. 264 et 265.

que le délinquant perçoive toujours le traitement comme une aide proposée, mais, probablement, le plus souvent comme une punition subie¹. Dans ces conditions, l'efficacité du traitement semble fortement compromise. Il soulève d'ailleurs certaines critiques.

577. Critiques à l'égard du soin contraint. Le principe du soin obligatoire peut être critiqué dans la mesure où « l'instrumentalisation pénale du soin est porteuse de risques (pollution de la thérapie...) et sera illusoire en présence de profils manipulateurs »². Aussi, le terme de « traitement » ou de « soin » fait-il penser au traitement de la maladie. Or, le criminel ne peut pas automatiquement être assimilé au malade³ et, d'ailleurs, seule une faible proportion des auteurs d'infractions violentes ou à caractère sexuel présente une maladie mentale. Il faut donc « rappeler qu'on ne saurait confondre crime et maladie et qu'un crime fou n'est en règle générale pas le crime d'un fou »⁴. Il s'agit dans le domaine du traitement de la criminalité plutôt d'un « accompagnement médico-psycho-éducatif »⁵ avec une prise en charge pluridisciplinaire. Cette confusion terminologique présente, en outre, le risque de l'illusion que l'on puisse efficacement traiter la délinquance et donc prévenir la récidive au moyen d'une action de soins psychiatriques ou psychothérapeutiques. À ce titre, le fait de suivre une « *thérapie destinée à limiter les risques de récidive* » est considéré par le Code de procédure pénale comme un effort sérieux de réadaptation sociale (article 721-1 relatif aux réductions supplémentaires de peine). On remarque donc que les « soins sont clairement envisagés pour limiter le risque de récidive et non pas pour soigner une personne présentant une psychopathologie repérée », ce qui est très critiquable du point de vue des soignants de psychiatrie et risque d'aboutir à une banalisation des soins psychiatriques en les assimilant à une sanction pénale⁶.

Le traitement devant en principe favoriser la resocialisation de la personne condamnée, on peut même se demander si les soins obligatoires n'entraînent pas finalement l'effet inverse, en ce sens qu' « aucune place n'est laissée à l'engagement de la personne »⁷, qui peut pourtant paraître fondamental à une véritable réinsertion réussie. À l'inverse, en ce qui concerne les

¹ Cela d'autant plus que le suivi socio-judiciaire est qualifié de « peine », ce qui ne saurait que renforcer le sentiment du condamné de subir une punition. Notons, toutefois, que le juge est tenu à l'écart du traitement, le JAP ne pouvant intervenir dans le déroulement des soins décidés par le médecin traitant (art. R. 3711-18, al. 2 CSP).

² M. Herzog-Evans, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *art. cit.*, p. 357 s.

³ V. aussi *infra*, n° 708 s.

⁴ J.-L. Senon et C. Manzanera, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *art. cit.*, p. 367 s.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

auteurs de violences sexuelles qui ne sont pas des malades mentaux, le suivi socio-judiciaire et plus particulièrement l'injonction de soins peuvent paraître nécessaires « durant tout le temps où le sujet ne manifeste pas, spontanément, de désir de changement psychique »¹. Le professeur Salvage a pu affirmer, à ce titre, que « si le consentement aux soins est un principe d'une indiscutable importance, il doit pouvoir éventuellement céder devant un intérêt général supérieur et incontestable. Le droit pénal est par définition un droit d'ordre public, il ne faut pas l'oublier »².

578. Interaction entre la sphère médicale et la sphère judiciaire. L'injonction de soins pose la question fondamentale de l'interaction entre le domaine de la santé et celui de la justice. On voit que le juge est, d'une certaine manière, lié par l'avis de l'expert médical, dans la mesure où aucun traitement ne peut être appliqué si l'expertise conclut à l'inaptitude du condamné à recevoir des soins. Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsque l'expert se prononce pour la possibilité d'un traitement, le juge n'est cependant pas obligé de suivre cet avis et retrouve une certaine liberté de choix³. Dans ce cas de figure, le principe est la soumission du délinquant aux soins, la décision contraire de la juridiction constituant l'exception⁴. Le juge, face à l'application automatique de l'injonction de soins en cas d'expertise favorable, dispose donc, en réalité, seulement de la faculté de l'écarter.

Le lien entre la sphère médicale et la sphère judiciaire est assuré par l'instauration du médecin coordonnateur⁵ qui constitue l'intermédiaire entre le JAP et le médecin traitant, lesquels ne sont en principe pas en contact direct⁶. Il ne doit toutefois pas interférer dans la relation entre le médecin et le patient. Il explique à la personne soumise à l'injonction de soins les modalités de la mesure et l'invite à choisir un médecin traitant⁷, et le cas échéant un

¹ *Ibid.*

² Ph. Salvage, « Les soins obligatoires en matière pénale », *JCP G*, n° 45, 5 nov. 1997, I, p. 4062.

³ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 206, p. 92.

⁴ V. l'art. 131-36-4, al 1^{er} CP.

⁵ Choisi sur une liste de psychiatres ou de médecins ayant suivi une formation appropriée, établie par le procureur de la République, il est désigné par le JAP (art. L. 3711-1 CSP).

⁶ Le juge peut ainsi, par son intermédiaire, transmettre au médecin traitant les informations relatives à la procédure et aux expertises réalisées, notamment une copie de la décision ayant ordonné l'injonction de soins, des rapports des expertises médicales réalisées pendant l'enquête ou l'instruction, du réquisitoire définitif, de la décision de renvoi devant la juridiction de jugement, de la décision de condamnation ainsi que des rapports des expertises qu'il a ordonnées en cours d'exécution de la peine (art. L. 3711-2, al. 1^{er} CSP). En retour, le médecin peut lui proposer d'ordonner une expertise médicale (art. L. 3711-3, al. 4 CSP).

⁷ Art. L. 3711-1, 1^o CSP et art. R. 3711-12 CSP. Le choix du médecin traitant sera avalisé par le médecin coordonnateur, sauf s'il estime que celui-ci n'est manifestement pas en mesure d'assurer la prise en charge de la personne condamnée (art. R. 3711-12, al. 4 CSP), puis il en informe le médecin traitant désigné et s'assure de son consentement pour prendre en charge cette dernière (art. R. 3711-14 CSP). En cas de désaccord persistant sur le choix effectué, le médecin est désigné par le JAP, après avis du médecin coordonnateur (art. L. 3711-1, 1^o

psychologue traitant¹. Ainsi, tous les délinquants n'étant pas nécessairement des malades, alors que le médecin a pour vocation de soigner les malades, la loi du 12 décembre 2005 a ouvert cette option de choisir plutôt un professionnel « dont le métier est de peindre toutes les âmes, saines ou morbides »². Pour assurer un bon déroulement de la mesure, le médecin traitant qui est chargé de déterminer le traitement du condamné peut informer le médecin coordonnateur, ou directement le JAP ou l'agent de probation, du refus ou de l'interruption du traitement, sans se rendre coupable d'une violation du secret médical³.

Pendant la durée de l'injonction, le médecin traitant peut prescrire tout traitement indiqué pour le soin du condamné y compris des médicaments inhibiteurs de libido⁴. À cet égard, il est intéressant de relever que la disposition issue de la loi du 12 décembre 2005 disposait, initialement, que les traitements entraînant une diminution de la libido pouvaient être appliqués même si l'autorisation de mise sur le marché les concernant n'avait pas été délivrée⁵. La loi du 25 février 2008, supprimant cette précision, exigeait encore un consentement écrit et renouvelé, au moins une fois par an, de la part du condamné. Avec la loi du 10 mars 2010, cette exigence a disparu, le condamné ne pouvant ainsi plus refuser le traitement inhibiteur de libido. Compte tenu de l'obligation incombant au médecin d'informer le juge de tout refus ou toute interruption du traitement contre son avis, le fait pour le condamné de ne pas se soumettre à un tel traitement l'exposera systématiquement à une peine d'emprisonnement. Dans le langage populaire, ce traitement est aussi appelé « castration chimique », rappelant la mesure de sûreté similaire appliquée en Allemagne pendant le régime national-socialiste. Cela peut soulever des doutes quant à sa légitimité d'un point de vue éthique et eu égard aux libertés fondamentales⁶. Que pensent, dès lors, les instances supérieures d'un tel traitement forcé ?

CSP). En outre, ce dernier rencontre régulièrement l'intéressé pour dresser un bilan de sa situation (art. R. 3711-21, al. 1 CSP) et il transmet au JAP ou à l'agent de probation les éléments nécessaires au contrôle de l'injonction de soins (art. L. 3711-1, 3° CSP). Au moins une fois par an, ou deux fois si la personne a été condamnée pour un crime mentionné à l'article 706-53-13 CPP, il transmet au JAP un rapport comportant tous les éléments nécessaires au contrôle du respect de l'injonction de soins (art. R. 3711-21, al. 2 CSP). Il conseille également le médecin traitant si celui-ci en fait la demande (art. L. 3711-1, 2° CSP).

¹ Art. L. 3711-4-1 CSP.

² J.-H. Robert, « Les murailles de silicium », *art. cit.*, p. 116 s.

³ Art. L. 3711-3, al. 1 et 2 CSP. En cas de difficultés survenues dans l'exécution du traitement, il peut en aviser le médecin coordonnateur qui est habilité, à son tour, à prévenir le juge ou l'agent de probation (art. L. 3711-3, al. 3 CSP). Lorsque le refus ou l'interruption est intervenu contre son avis, le médecin traitant sera même obligé d'en informer « *sans délai* » le médecin coordonnateur qui devra « *immédiatement* » alerter le juge, dans le respect des dispositions relatives au secret médical (art. L. 3711-3, al. 2 CSP).

⁴ Art. L. 3711-3, dernier alinéa, CSP.

⁵ Ancien art. L. 3711-3, al. 4, CSP.

⁶ Le droit allemand actuel ne contient plus une telle castration forcée, mais seulement une castration volontaire règlementée par la Loi sur la castration volontaire et d'autres méthodes de traitement (*Gesetz über*

579. Validation conditionnée du traitement forcé par la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour constitutionnelle fédérale admet, dans sa décision du 23 mars 2011, le principe du traitement forcé dans le cadre de l'internement en hôpital psychiatrique, tout en l'encadrant par des conditions strictes¹. Ainsi, la personne doit, en raison de sa maladie, être hors d'état de manifester son consentement éclairé (*krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit*)². Si la personne est capable de parler, il faut, dans un premier temps, tenter d'obtenir son consentement par le dialogue et la confiance (§ 58 de la décision). Le traitement doit intervenir dans le but de permettre l'amélioration de son état de santé et de sa capacité de discernement en vue de sa libération, et ne doit pas constituer une atteinte disproportionnée à ses droits³ par rapport à l'utilité de la mesure (§ 61). Il doit donc présenter de réelles chances de succès (§ 57) et constituer l'*ultima ratio*, c'est-à-dire qu'aucune autre mesure plus douce ne permettrait d'atteindre le même objectif (§ 58). Pour assurer une sauvegarde des droits fondamentaux de la personne traitée, les mesures de traitement forcé doivent être ordonnées et surveillées par un médecin (§ 66), faire l'objet d'une documentation et d'un suivi rigoureux (§ 67), être annoncées par avance à l'intéressé pour lui permettre de faire valoir ses droits (§ 63), et être précédées d'un contrôle indépendant de l'établissement dans lequel la personne est enfermée. Le législateur doit, en outre, fixer de manière claire et précise les conditions d'application ainsi que les modalités d'exécution de la mesure (§ 72). Enfin, l'intervention ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (§ 60).

580. Importance accordée à l'aspect thérapeutique de la sanction pénale par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme, elle, veille à ce que les sanctions comportent un aspect thérapeutique, parce que la meilleure protection de la société passe par la réinsertion des personnes jugées mal adaptées. Si elle admet, en principe, qu'une privation de liberté soit imposée à un condamné, à l'expiration de sa peine,

die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden (KastrG)) du 15 août 1969, *BGBI I*, 1143 ; modifiée par la loi du 23 nov. 1973, *BGBI I*, 1725.

¹ BVerfG, 23 mars 2011, 2 BvR 882/09. V. not. J. Ch. Bublitz, « Habeas Mentem? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken », *ZIS*, 2011, p. 714 s.; D. Olzen, A. Metzmacher, « Zulässigkeit der Zwangsbehandlung untergebrachter Personen », *BtPrax*, 2011, p. 233 s.; H. Kammeier, « Einfluss und Funktion des Betreuungsrechts im Maßregelvollzug - Eine notwendige und differenzierende Betrachtung », *BtPrax*, 2012, p. 140 s.

² BVerfG, 23 mars 2011, 2 BvR 882/09, *préc.*, § 54.

³ Notamment le droit à l'intégrité physique garanti par l'art. 2, al. 2 phrase 1 GG (*Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit*).

sur le fondement de sa dangerosité¹, la Cour exige toutefois que celle-ci soit mise à profit afin de favoriser la réinsertion de l'intéressé². Tout doit donc être mis en œuvre pour garantir qu'il ne constitue plus une menace pour autrui, à défaut de quoi la détention ne poursuivrait pas un objectif légitime et serait, par conséquent, contraire à l'article 5 de la Convention³.

581. Confusion entre peine et mesure de sûreté devant le traitement de resocialisation. En définitive, on ne manquera de souligner le fait que l'omniprésence du traitement dans le cadre de toutes les réponses pénales contribue à la confusion entre peine et mesure de sûreté. Établissement pénitentiaire, hôpital psychiatrique ou centre socio-médico-judiciaire de sûreté – tous les types d'enfermement tendent à se ressembler de plus en plus, de manière à entraîner également une confusion entre les personnes détenues (délinquants ordinaires, récidivistes dangereux ou malades mentaux). Le traitement n'est plus fondé sur le diagnostic d'une maladie, mais sur un pronostic incertain de dangerosité. Or, il ne doit pas conduire à la croyance erronée que tout infracteur est malade et que la délinquance peut être efficacement soignée. Un auteur observe ainsi qu' « il ne s'agit plus, comme cela n'avait cessé d'être le cas dans les établissements pénitentiaires, de soins destinés à porter secours à un être humain souffrant, ni même de contribuer plus ou moins au succès de sa peine, mais bien de prévoir des soins destinés à s'attaquer aux causes de sa criminalité »⁴.

Nonobstant l'importance de la finalité resocialisatrice, les impératifs de la lutte contre la récidive et l'insécurité sont la priorité de la politique criminelle actuelle. Partant, la neutralisation des délinquants semble petit à petit prendre le pas sur les mesures resocialisatrices dont on veut prévenir tout échec. On assiste donc, ces dernières années, à la mise en place d'un « régime hybride », c'est-à-dire que la « généralisation des mesures resocialisantes [...] s'accompagne d'un régime de surveillance strict et de suivi du délinquant à resocialiser. Progressivement, les limites de la resocialisation gagnent en importance et sa mise en œuvre fait une place croissante à la prise en compte de l'état dangereux »⁵.

2. La prévention par la neutralisation

¹ V. CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

² CEDH, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, 18 sept. 2012, n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09, *préc.*

³ O. Bachelet, « "Détention de sûreté" et objectif de réinsertion sociale », *Dalloz actu.*, 8 oct. 2012.

⁴ Ph. Salvage, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *art cit.*

⁵ B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 124.

582. L'évolution de la finalité neutralisatrice. Outre la réinsertion sociale du délinquant, on assigne à la sanction pénale une fonction neutralisatrice. Devant contribuer à protéger la société contre les infractions par la neutralisation de la dangerosité du délinquant, la sanction revêt un caractère utilitaire. La neutralisation peut être définie comme « le fait d'isoler un délinquant identifié de l'ensemble de la société afin de l'empêcher de commettre des crimes dans cette société »¹. Ce concept a été développé notamment par les positivistes qui prônaient une mise à l'écart de l'individu jugé incurable pour le bien de la société². Elle peut intervenir à court terme ou à long terme.

Lorsque, à court terme, les efforts déployés en vue d'une réadaptation du délinquant s'avèrent inutiles ou insuffisants, une protection efficace de la société semble devoir passer par la neutralisation de ce dernier. Afin de le mettre hors d'état de nuire, il faut alors parfois exclure de la société cet individu redoutable, en le privant de sa liberté, en restreignant sa liberté ou en le privant de certains droits, pour une durée plus ou moins longue selon le danger qu'il présente pour la collectivité.

La neutralisation est également envisageable à long terme, lorsque l'individu paraît « incorrigible » ou inamendable. Son exclusion, laquelle se traduira la plupart du temps par une privation de liberté, ne devra, en principe, pas être définitive, mais se terminer par une réinsertion dans la société. Dans certains cas extrêmes toutefois, lorsque la dangerosité pour l'ordre public persiste, l'élimination peut devenir perpétuelle.

À l'origine, l'élimination physique était définitive et consistait en la peine de mort, mais également l'exil, la transportation outre-mer, ou la privation perpétuelle de liberté. La neutralisation a été introduite dans l'ancien Code pénal par le biais de la relégation en 1885³. Si la peine de mort et la relégation ont disparu du droit français vers la fin du XX^e siècle, celui-ci connaît encore plusieurs sanctions perpétuelles privatives de liberté, telles que la réclusion criminelle à perpétuité ou, plus attentatoire encore aux libertés individuelles, la rétention de sûreté indéterminée.

Une mesure qui illustre parfaitement la place occupée par la fonction neutralisatrice au sein de la politique criminelle actuelle, orientée vers la lutte contre l'insécurité, est la période de sûreté⁴. Celle-ci peut être considérée comme « une profonde remise en cause de

¹ R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 727.

² Sur les théories positivistes, v. *supra*, n° 28.

³ V. *supra*, n° 111.

⁴ Pour une analyse approfondie de la période de sûreté, v. *supra*, n° 351 s.

l'individualisation de la peine »¹, qui vise à « mieux préserver [...] la sécurité des citoyens »². Les opposants à ce régime de sûreté invoquaient qu'il était « en contradiction fondamentale avec l'espoir d'amendement et la volonté de réinsertion sociale qui ont inspiré les précédentes réformes »³. La période de sûreté apparaît même comme une individualisation *a contrario*, car au lieu de bénéficier au condamné, elle lui porte préjudice⁴. Pour l'association des juges et anciens juges de l'application des peines, la loi ayant instauré la période de sûreté était « un désaveu » de l'institution de l'application des peines, un « grand retour en arrière, à la justice rétributive »⁵. Les réformes ultérieures⁶ n'ont fait qu'accroître la sévérité de cette mesure, allant jusqu'à instaurer une peine incompressible, appelée « perpétuité réelle ». Celle-ci peut néanmoins faire l'objet d'une mesure de « grâce judiciaire »⁷, permettant au condamné de bénéficier de mesures de confiance après avoir purgé au moins trente années de détention⁸. C'est sans doute cette échappatoire qui a permis à la période de sûreté d'être approuvée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1994, la prise en compte « *du comportement du condamné et de l'évolution de sa personnalité* »⁹ pour permettre une fin anticipée de ce régime de rigueur ouvrant une perspective de réinsertion (la mesure n'étant, dès lors, pas « *manifestement contraire* » au principe de nécessité des peines).

583. Orientation sécuritaire des mesures de sûreté. Parmi les deux finalités essentielles de la mesure de sûreté (l'amendement du délinquant dangereux, d'une part, et la protection de la société, de l'autre), on constate que les intérêts collectifs semblent primer, de plus en plus, sur les intérêts individuels. Ainsi, l'amendement du sujet est souvent relégué au second rang par le législateur actuel qui met en avant l'objectif sécuritaire, et ce, en matière de mesures privatives ou non privatives de liberté.

En premier lieu, en ce qui concerne les mesures de surveillance applicables après l'enfermement de l'individu, lesquelles devraient en principe favoriser sa resocialisation, on peut observer que leur développement « signale l'ambiguïté fondamentale des transformations

¹ F. Massot, Compte rendu des débats parlementaires de l'Assemblée nationale, *J.O.*, n° 72 AN, 1^{ère} session ordinaire de 1978-1979, 1^e séance du mardi 3 octobre 1978, p. 11.

² J. Douffiagues, *ibid.*, p. 36.

³ F. Massot, *ibid.*, p. 11.

⁴ M. Staechele, « La loi du 22 novembre 1978, Examen critique et pratique », Rapport *préc.*, p. 131-132.

⁵ *Ibid.*, p. 138.

⁶ Apportées par les lois précitées du 9 sept. 1986, du 1^{er} févr. 1994 et du 12 déc. 2005.

⁷ P. Couvrat, « De la période de sûreté à la peine incompressible. À propos de la loi du 1^{er} février 1994 », *RSC*, 1994, p. 356.

⁸ Art. 720-4, al. 3 CPP.

⁹ Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*, cons. 13.

du travail social pénitentiaire sommé de se reconverter en probation sécuritaire »¹. Une étude réalisée met ainsi en lumière le rejet, par les personnels d'insertion et de probation, de la fonction de surveillance inhérente à certaines de ces mesures de sûreté qu'ils sont tenus de mettre en œuvre, notamment le placement sous surveillance électronique mobile². Ces mesures impliquent, pour eux, une rupture d'équilibre entre insertion et probation, faisant primer la simple neutralisation sur l'élaboration d'un projet d'insertion³.

En second lieu, et de manière plus nette encore, il ressort des mesures privatives de liberté que leur objectif principal consiste en la neutralisation des délinquants considérés comme dangereux après avoir purgé leur peine. Ils sont, à cet effet, détenus dans des établissements lesquels, bien que comportant des offres de traitement et de soin, ne se distinguent pas fondamentalement des structures carcérales. Si les mesures de rétention poursuivent également un but resocialisateur⁴, celui-ci semble à tout le moins annexe à la finalité neutralisatrice. Or, des études empiriques menées en Allemagne ont montré que « le type de criminel auquel s'applique l'internement de sûreté n'est pas le criminel d'habitude représentant un réel danger pour la société, mais tout simplement le délinquant multirécidiviste qui constitue un poids pour la justice »⁵. Sa nature neutralisatrice en est d'autant plus critiquable.

Globalement, la magistrate Pascale Bruston constate que « le système évolue d'une recherche par le juge d'un équilibre entre effet rétributif de la peine et prévention du risque de réitération (art. 707) à une logique exclusivement tournée vers la protection de la société contre la dangerosité sociale »⁶.

¹ O. Razac, « Mesures de sûreté et travail social pénitentiaire », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VIII | 2011, mis en ligne le 29 juin 2011, consulté le 08 novembre 2013. URL : <http://champpenal.revues.org/8123> ; DOI : 10.4000/champpenal.8123.

² *Ibid.*

³ Les travailleurs sociaux s'inquiètent également pour leur liberté d'action s'ils deviennent « de simples exécutants selon des procédures standardisées » (*ibid.*). Or, ces inquiétudes sont à relativiser si l'on considère le fait que « dans [l']éclectisme de la probation s'articulent un contrôle (éducatif et policier), un traitement (relationnel et médical) et une assistance (morale et sociale) avec pour finalités une responsabilisation qui est aussi une naturalisation de la déviance, une individualisation qui est aussi une catégorisation et une insertion qui est aussi un dressage comportemental ». De plus, « cet éclectisme implique une extension du champ de l'action pénale des condamnés aux suspects, des lieux d'enfermement à la société, du temps de la peine à une durée indéterminée » (*ibid.*).

⁴ V. *supra*, n° 570.

⁵ X. Pin, « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *art. cit.*, p. 527 s. V. aussi L. Böllinger et H. Pollähne, in : U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, § 66, n° 12.

⁶ P. Bruston, « La rétention de sûreté est elle une modalité d'application des peines ? », *art. cit.*, p. 403 s.

584. Portée nuancée de la finalité neutralisatrice. Parmi les sanctions pénales existantes, celles qui sont privatives de liberté devraient, en raison de leur gravité particulière, constituer l'*ultima ratio*. Pourtant, la pratique donne parfois l'impression contraire. Malgré la volonté affichée de resocialiser l'individu détenu, le fait de le priver de sa liberté s'apparente, avant tout, à une neutralisation de sa dangerosité en l'empêchant physiquement de récidiver. Si la rétention de sûreté est incontestablement la mesure neutralisatrice par excellence, les mesures curatives comportent, elles aussi, des dispositifs de sécurité renforcés dans le but de protéger la collectivité contre les individus enfermés. Il en ressort que l'objectif de neutralisation n'est jamais vraiment absent des mesures de sûreté, et que la réinsertion peut, en définitive, paraître subsidiaire.

Un député a ainsi déclaré, au sujet des délinquants sexuels, que « la dangerosité extrême de ces individus exige de notre part autre chose qu'une simple peine ou condamnation. À la fonction de répression doit s'ajouter la neutralisation de l'individu coupable, la récidive étant trop fréquente chez les criminels sexuels et les pédophiles »¹. On peut dès lors s'interroger sur l'efficacité d'une élimination pure et simple des délinquants dangereux. Leur enfermement, parfois à vie, contribue-t-il réellement à protéger la société ? À cet égard, le professeur Giudicelli-Delage a très pertinemment remarqué que « l'on affirmait aussi protéger la société en exécutant les criminels. Si donc est prouvée l'inefficacité quant à la protection de la société de la peine de mort, l'on doit admettre l'inefficacité de toute autre mesure d'élimination »². Partant, « l'utilité ne peut être satisfaite même si on lui sacrifie le juste »³.

La portée de la finalité neutralisatrice mérite toutefois d'être nuancée. Dans la pratique, en effet, une exclusion perpétuelle est rare, l'accent étant mis sur les aménagements de peine ou sur les traitements favorisant une réinsertion du délinquant dans la société. Ainsi, le législateur français autorise une libération conditionnelle des condamnés à une réclusion criminelle perpétuelle⁴. Quant à la rétention de sûreté, mesure *a priori* très sévère en raison de sa durée illimitée, elle doit s'accompagner d'une « *prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* »⁵. Il en va ainsi, également, de la

¹ A. Schneider lors de la Séance à l'Assemblée nationale du 30 septembre 1997 relative à la discussion du projet de loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs (n° 202 et 228), compte rendu, p. 18.

² G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

³ *Ibid* (note 22).

⁴ V. les art. 729, al. 3 et 720-4, al. 3 CPP. Toutefois, les délais mentionnés ne valent que sous réserve d'une période de sûreté n'excédant pas leur durée (art. 729, al. 2 *in limine* CPP, renvoyant à l'art. 132-23 CP), quoique le JAP puisse, à titre exceptionnel, réduire même cette période de sûreté si le condamné manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale (art. 720-4, al. 1^{er} CPP).

⁵ Art. 706-53-13 CPP.

neutralisation par une privation de liberté à temps. En effet, en matière correctionnelle, le sursis ou un aménagement de peine constitue la règle, alors que l'enfermement ferme est l'exception¹. C'est certainement parce que, comme le soulignait Marc Ancel, « la prison est devenue la meilleure école du récidivisme »².

En dépit de l'impératif sécuritaire qui joue un rôle déterminant dans les choix opérés en matière de politique criminelle, le souci de favoriser la réinsertion des condamnés ne semble donc, fort heureusement, jamais complètement oublié par le droit positif.

585. Conclusion de la Section 2. Les contours des mesures de sûreté se trouvent fragilisés par l'incertitude affectant, à plusieurs niveaux, les frontières établies entre celles-ci et les peines. Il est inévitable d'observer un certain mouvement de rapprochement entre ces deux types de sanctions pénales, rapprochement qui permet aux tenants de la conception unitaire de mettre en exergue le caractère parfois artificiel de la distinction. Si cette distinction est claire en théorie, elle l'est, en effet, beaucoup moins dans la pratique. La mesure de sûreté emprunte à la peine certaines de ses caractéristiques, que ce soit sur le plan des conditions d'application (telles que l'exigence d'une infraction préalable), ou des effets sur la personne concernée. À l'inverse, la peine se rapproche de la mesure de sûreté en empruntant, de plus en plus, à sa finalité préventive, tournée vers l'avenir. Elle ne se désintéresse pas non plus de la dangerosité de l'individu qui a un impact considérable sur sa détermination légale et judiciaire.

Les différentes sanctions pénales se recoupent également sur d'autres points, parmi lesquels on relève notamment l'exigence commune d'individualisation, laquelle leur confère globalement une grande souplesse. On remarque, enfin, que leurs spécificités respectives tendent à s'amenuiser sur le plan des modalités d'exécution pratiques, lesquelles peuvent se révéler similaires. Elles concourent, de cette manière, toutes deux à la mise en œuvre des objectifs poursuivis par la politique pénale, axée sur de la protection de la société par la

¹ V. l'art. 132-19 CP, modifié par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 (cf. l'anc. art. 132-24, al. 3 CP, qui excluait les hypothèses de récidive légale). Rappelons, toutefois, que cette exception a parfois tendance à se généraliser avec le renforcement de la prévention de la récidive ces dernières années. Ainsi, avec les peines planchers instaurées par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 en matière de récidive notamment, l'enfermement était redevenu la règle et l'aménagement de la peine l'exception. Mais la loi du 15 août 2014 est revenue sur ce point. Une autre illustration d'un mécanisme sécuritaire sont les « peines de peine » décrites par un auteur comme un procédé par lequel le législateur assortit le prononcé de certaines peines d'une seconde peine, ayant vocation à s'appliquer en cas d'inexécution de la première, cette inexécution étant alors érigée en véritable infraction pénale (Ph. Salvage, « Les peines de peine », *Dr. pén.*, n° 6, juin 2008, étude 9). Cette technique se rencontre, par exemple, en matière de suivi socio-judiciaire, mais aussi dans le cadre de la nouvelle peine de contrainte pénale instaurée par la loi du 15 août 2014.

² M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 275.

prévention de la délinquance. Les différents critères pris isolément ne permettent donc pas de départir, de manière fiable, les domaines respectifs de la peine et de la mesure de sûreté, si bien que l'on peut douter de l'autonomie de ces dernières. Il conviendra donc, par la suite, de mettre en lumière en quoi ces deux voies de sanctions pénales diffèrent substantiellement, de sorte qu'une autonomisation plus complète des mesures de sûreté s'imposera.

Conclusion du Chapitre I

586. Le législateur a progressivement rapproché les différentes composantes du système de sanctions pénales, en octroyant à certaines mesures de sûreté un aspect en partie répressif, jusque-là réservé aux peines, et à la peine un caractère essentiellement resocialisateur en imposant son individualisation. Les peines et les mesures de sûreté deviennent alors des sanctions largement interchangeable dans de nombreux domaines, le dualisme s'atténuant dans la théorie comme dans la pratique. En outre, le législateur français a directement contribué à la confusion entre les différentes sanctions pénales en les inscrivant dans un système unitaire avec des qualifications juridiques souvent inadéquates. Ainsi, la notion de mesure de sûreté souffre d'incertitude et ses contours d'imprécision. Son autonomie s'en trouve limitée, d'autant que l'approche comparée voire européenne des concepts n'autorise pas à conclure à une distinction bien établie entre peines et mesures de sûreté. Ce qui semble importer, c'est le contenu et la coloration de la sanction, beaucoup plus que sa dénomination formelle¹. Peu importe, pour Marc Ancel, l'étiquette que l'on met sur le « traitement » : celle de peine ou de mesure de sûreté. La politique pénale semble prendre principalement pour guide de son action anti-criminelle l'efficacité de la sanction à l'égard de l'individu qui en fait l'objet, en prenant en considération la personnalité du délinquant et les réactions de son milieu².

Notons, malgré ces constats, que si l'individualisation accrue des peines permet de renforcer leur fonction resocialisatrice, l'émergence des mesures de sûreté atteste très certainement de leur insuffisance. Ces mesures répondent, en effet, à un besoin de la politique criminelle en venant compléter ou suppléer les peines, là où celles-ci affichent leurs limites. Si les régimes et les finalités des peines et mesures de sûreté se recoupent incontestablement, il apparaît que les mesures de sûreté permettent un plus grand épanouissement du principe d'individualisation et, partant, de la prévention de la délinquance. Il convient, par conséquent, de dépasser ces rapprochements pour tendre vers une combinaison organisée des peines et des mesures de sûreté au sein d'un système dualiste abouti. L'élaboration, en France, d'un tel système permettrait d'adapter, de manière plus rationnelle, la réponse pénale à la grande variété de délinquants et de situations existantes. Mais cela ne pourra se faire que dans le respect des principes fondamentaux du droit pénal, qu'il convient, de ce fait, d'étudier.

¹ C'était l'opinion exprimée par Marc Ancel : M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, *op. cit.*, p. 230. V. *supra*, n° 498.

² J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*

Chapitre II :

La soumission des mesures de sûreté aux principes fondamentaux du droit pénal

587. Mesures de sûreté et garanties fondamentales. La soumission des mesures de sûreté aux garanties fondamentales peut faire douter de leur autonomie, en ce que leur régime se rapproche, de ce fait, de celui des peines. Une telle soumission, au moins partielle, aux grands principes apparaît néanmoins indispensable afin d'asseoir la légitimité de ces mesures. En 1931, Charles-Jules Lavanchy concluait sa thèse sur les mesures de sûreté en affirmant que « le caractère éminemment utilitaire des mesures de sûreté ne doit pas faire oublier les exigences légitimes de la liberté individuelle, qui ne doivent pas être annihilées par un excès de mesures préventives insuffisamment justifiées »¹. Une confrontation aux garanties fondamentales constitue, par conséquent, une étape incontournable dans la tentative d'édifier une existence légale satisfaisante des mesures de sûreté. La consécration des mesures de sûreté en tant que deuxième voie autonome de sanctions pénales ne peut se faire au détriment des principes fondamentaux gouvernant l'ensemble du droit pénal dont elles font, de fait, partie intégrante.

588. Encadrement du droit pénal par les normes supralégislatives. Les sanctions pénales portent inévitablement atteinte aux libertés fondamentales des personnes auxquelles elles s'appliquent, à la liberté d'aller et venir en particulier. Il s'agit en quelque sorte d'un droit « à risque » pour les libertés². En raison des menaces que l'État fait ainsi peser sur les libertés individuelles, le droit pénal est encadré par de grands principes découlant des normes supralégislatives que sont la Constitution (la Loi fondamentale en Allemagne) et les textes internationaux (parmi lesquels figure notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme). En France comme en Allemagne, la Constitution ou Loi fondamentale (*Grundgesetz*) possède une valeur supérieure aux lois, lesquelles doivent donc s'y conformer. Le statut de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est plus ambigu. En France, l'article 55 de la Constitution confère

¹ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, op. cit., p. 145.

² V. *Droit pénal et droit constitutionnel*, Exposé fait lors de la visite au Conseil d'un groupe de magistrats judiciaires, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/penal.pdf.

une autorité supérieure aux conventions internationales. En Allemagne en revanche, la doctrine et la jurisprudence majoritaires attribuent simple valeur législative à la Convention¹. La Cour constitutionnelle fédérale estime toutefois, de manière constante, que le droit interne doit être interprété à la lumière de la Convention européenne².

Les instances qui défendent ces principes, le Conseil constitutionnel et le *Bundesverfassungsgericht* d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part, ont à connaître de normes au contenu souvent similaire. Elles ne les appliquent pas cependant toujours de manière identique, la juridiction européenne paraissant globalement plus soucieuse de la protection des libertés. Ainsi par exemple, « les récentes décisions [rendues par le Conseil constitutionnel] relatives aux lois des 12 décembre 2005, 10 août 2007 et du 25 février 2008 ont étonné les commentateurs par leur mansuétude à l'égard des nouveautés législatives »³.

589. Critères d'application des principes fondamentaux. La question de savoir si une garantie fondamentale trouve à s'appliquer à une sanction donnée ne doit pas dépendre uniquement de la qualification adoptée par le législateur. La qualification formelle de peine ou de mesure de sûreté peut, certes, être un premier indice pour l'application ou la non-application de certains principes expressément édictés pour les peines. Il convient toutefois de rappeler que la qualification législative n'a rien d'absolu⁴ et que la Cour européenne se réserve le droit de s'écarter des qualifications retenues par le législateur national⁵.

L'application des principes fondamentaux du droit pénal aux mesures de sûreté opère donc essentiellement en fonction d'autres critères, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne ayant élaboré une *summa divisio* comparable entre les sanctions punitives et celles qui ne le sont pas⁶. La Cour constitutionnelle fédérale, elle, obéit davantage au dualisme législatif entre peines et mesures de sûreté pour déterminer les normes applicables. Au travers de l'étude de la jurisprudence tant interne qu'euro-péenne, on a vu, toutefois, que les solutions concrètement retenues n'étaient pas toujours les mêmes. On a pu observer, en effet, que des mesures même qualifiées de non punitives ont été soumises à certaines dispositions

¹ O. Milde, *Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004*, *op. cit.*, p. 196 s. V. aussi *supra*, n° 167.

² V. *supra*, n° 181.

³ J.-H. Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. cit.*

⁴ V. *supra*, n° 504 s.

⁵ V. *supra*, n° 515 s.

⁶ V. *supra*, n° 223 s., 227 et 515 s.

protectrices de l'individu, *a priori* réservées aux peines¹. La conception plus restrictive adoptée par les juges constitutionnels à propos du concept de sanction punitive se trouve donc compensée par une « conception extensive des principes applicables à la protection de la liberté individuelle »².

590. Garanties proportionnelles à la gravité de la sanction. Globalement, la soumission des mesures de sûreté aux garanties fondamentales semble devoir être proportionnelle à leur gravité, donc varier en fonction de l'atteinte qu'elles portent aux libertés individuelles. Afin d'assurer une protection satisfaisante des justiciables, il convient, par conséquent, de prendre en considération le contenu d'une mesure plus que son « étiquette ». La détention de sûreté en particulier, qui apparaît comme la sanction pénale la plus sévère de l'arsenal répressif³, nécessite, plus encore que les autres mesures de sûreté, un cadre précis et respectueux des libertés fondamentales. Du fait des similitudes qu'elle présente avec la peine, bon nombre de principes supérieurs doivent lui être appliqués. L'analyse portera donc essentiellement sur elle.

591. Conséquences d'une violation des droits fondamentaux. Outre l'obligation pour les États d'adapter le droit positif aux normes européennes, une conséquence concrète d'une décision de condamnation rendue par la CEDH à l'encontre de la France ou de l'Allemagne consiste, au-delà de la « satisfaction équitable »⁴ éventuellement allouée, en la possibilité d'obtenir le réexamen de la décision pénale concernée. La personne placée en détention dans des conditions contraires à la Convention européenne doit en effet pouvoir voir son cas réexaminé, la somme d'argent allouée n'étant pas à même de réparer cette privation de liberté infligée contrairement au droit. Ce sont les articles 622-1⁵ et suivants CPP qui prévoient cette procédure en France, et le § 359, n° 6 StPO en Allemagne.

À la suite des décisions d'inconventionnalité rendues par la Cour européenne sur l'internement de sûreté, les personnes concernées ont donc demandé la réouverture de leur procès (*Wiederaufnahmeverfahren*). Pour faire droit à ces demandes, les juridictions internes ont exigé la démonstration que la décision attaquée reposait uniquement sur la violation de la

¹ V. *supra*, n° 219.

² B. Mathieu, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ? », *art. cit.*, p. 4.

³ V. *supra*, n° 531.

⁴ Allouée en vertu de l'article 41 de la CESDH.

⁵ Créé par la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014, reprenant le contenu de l'ancien art. 626-1 CPP (introduit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000).

Convention et qu'elle se trouvait, dès lors, dépourvue de fondement juridique. Le tribunal régional supérieur de Bamberg a ainsi refusé le réexamen de l'affaire d'une personne placée en internement de sûreté *a posteriori* et qui avait obtenu gain de cause devant la CEDH¹, la Cour européenne² estimant que les juges n'avaient pas suffisamment établi en quoi la mesure reposait sur une maladie mentale au sens de l'article 5 § 1, e). Pour les juges allemands, cela ne signifiait pas que leur décision était en contradiction avec celle de la CEDH puisque celle-ci ne leur reprochait pas d'avoir ordonné la mesure en l'absence de tout trouble psychique effectif mais seulement d'avoir insuffisamment démontré celui-ci. L'observation de l'article 5 § 1, e) de la Convention par les juges internes n'aurait donc pas conduit à une solution différente de celle de la décision attaquée.

Même en cas de déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme³, la réouverture de la procédure ne peut aboutir lorsque la Cour constitutionnelle ordonne que la norme en question reste temporairement applicable⁴, la décision attaquée n'étant, dans ce cas, pas privée de fondement juridique. Le tribunal régional supérieur de Cologne a ainsi rejeté la demande de réouverture de la procédure⁵ formée à la suite de la décision constitutionnelle du 4 mai 2011 ayant déclaré l'internement de sûreté contraire à la Constitution (tout en ordonnant son application transitoire)⁶.

592. Démarche. L'objectif n'est pas ici de procéder à une étude exhaustive des principes fondamentaux gouvernant le droit pénal mais de se concentrer sur ceux dont l'application aux mesures de sûreté est controversée et qui concernent à la fois les droits français et allemand. En raison des nombreux recoupements existant entre normes constitutionnelles et normes conventionnelles, une distinction selon la source des principes paraît peu pertinente. Plus fructueuse pour notre analyse est la distinction entre les garanties substantielles (Section 1) et les garanties procédurales (Section 2) qui doivent encadrer les mesures de sûreté.

¹ OLG Bamberg, 5 mars 2013, 1 Ws 98/13.

² CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09. V. aussi CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, § 92 s.

³ Dans le cas d'une déclaration d'inconstitutionnalité, le § 79, al. 1 BVerfGG prévoit un cas spécial de réouverture de la procédure.

⁴ En vertu du § 35 BVerfGG.

⁵ OLG Cologne, 28 févr. 2013, 2 Ws 81/13.

⁶ V., sur cette décision, *supra*, n° 175.

Section 1 :

Les mesures de sûreté et les garanties substantielles

593. Issues tant des normes nationales que supranationales, avant tout européennes, de nombreuses garanties entourent les sanctions pénales. Elles doivent protéger le justiciable contre une application abusive des mesures de sûreté, notamment la plus grave d'entre elles, la détention de sûreté, qui a pu connaître des débordements par le passé. Ces garanties substantielles consistent, d'une part, en des droits fondamentaux reconnus au délinquant (§ 1), et, d'autre part, en des principes fondamentaux régissant la sanction pénale (§ 2).

§ 1 : Les droits fondamentaux reconnus au délinquant

594. Le fait pour le délinquant de se rendre coupable d'une infraction pénale justifie, à certaines conditions, qu'il soit porté atteinte à ses droits et libertés par l'application d'une sanction. Cette atteinte ne saurait, toutefois, être sans limites car l'auteur jouit d'un certain nombre de droits fondamentaux, inhérents à tout État de droit démocratique. Ces garanties doivent *a fortiori* s'appliquer aux mesures de sûreté, qui sont fondées sur la dangerosité de l'individu et non sur sa culpabilité. Il apparaît donc essentiel de vérifier la conformité des mesures de sûreté tant aux droits fondamentaux tenant à la personne même (A), qu'à ceux tenant, plus particulièrement, à sa liberté (B).

A. Les droits fondamentaux tenant à la personne même

595. Principe intangible et absolu, le respect dû à la dignité de la personne humaine s'impose également aux mesures de sûreté (1). L'application à ces dernières du principe de culpabilité ou d'imputabilité, qui conditionne l'application d'une peine, est moins évidente (2).

1. Le principe du respect de la dignité de la personne humaine

596. La notion de dignité humaine. La dignité humaine est une notion large et floue qui signifie, selon Kant, que l'Homme étant une *fin en soi*, il doit être reconnu et respecté en tant que tel. S'agissant d'un être autonome, doté de la raison et capable de se laisser guider par des

principes moraux, il ne doit pas être utilisé par les autres en tant que *moyen*¹. La dignité humaine repose sur l'image d'une personne libre, supposant que même lorsqu'un individu est condamné à une sanction privative de liberté perpétuelle ou indéterminée, il doit pouvoir conserver la perspective de mener à nouveau une vie en liberté. L'enfermement ne doit donc pas lui ôter tout espoir de se réintégrer un jour dans la société.

On affirme souvent que la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi mais constitue l'essence même des droits de l'homme². Elle est désignée comme étant la seule valeur *absolue*³, la « valeur essentielle à l'homme et à la communauté humaine »⁴. Son nécessaire respect est « indérogeable en ce sens qu'il est seul à s'appliquer en toutes circonstances [...] et à tout être humain, quels que soient ses écarts aux normes de référence »⁵. Elle est l'expression d'une totale irréductibilité de l'être humain, qui doit le préserver contre toutes formes de rétrogradation, réduction, réification ou encore avilissement⁶ et « participe ainsi de l'idée selon laquelle il est une égalité fondamentale entre tous les membres de la communauté humaine »⁷.

Son importance ressort de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui énonce, dans son préambule, que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Dans son article premier, elle précise, en outre, que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

597. Protection au niveau national. En droit français, l'article 16 du Code civil dispose en des termes très généraux que la loi « *interdit toute atteinte à la dignité de la personne* ». Au niveau législatif, on peut encore relever des dispositions du Code pénal⁸ ou du Code de procédure pénale⁹, consacrées aux atteintes à la dignité. Au niveau constitutionnel, la dignité

¹ I. Kant, *Metaphysik der Sitten, Tugendlehre*, 1797, AA VI, p. 434.

² V., p. ex., D. Viriot-Barrial, « Dignité de la personne humaine », *Rép. pén. Dalloz*, oct. 2004, mise à jour : juin 2014, n° 15.

³ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁴ M. Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *RSC*, 1994, p. 477.

⁵ *Ibid.* V. également CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, n° 5310/71, série A, n° 25, § 162.

⁶ V. N. Marret, *La dignité humaine en droit*, Thèse, Poitiers, 2000, n° 524.

⁷ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁸ V. le Chapitre V du Titre II du Livre II relatif aux crimes et délits contre les personnes, créé par la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 *portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes* (D., 1992, p. 431).

⁹ La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *relative à la présomption d'innocence et aux droits des victimes* (D., 2000, p. 253) a introduit, dans le code, l'article préliminaire relatif aux principes directeurs de la procédure, qui dispose

humaine n'est visée explicitement par aucun texte. Il est, néanmoins, possible de voir une source tacite du respect de la dignité dans la DDHC qui protège les « *droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme* ». Aussi, le Conseil constitutionnel a-t-il eu l'occasion de proclamer, à propos des lois bioéthiques¹ et « à partir d'une lecture *a contrario* du Préambule de la Constitution de 1946 »², que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation [était] un principe à valeur constitutionnelle* »³. Notons que le 19 juin 2009, une proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter la Constitution française en son préambule et en son article 1^{er}, alinéa 2, en insérant le respect de la « dignité humaine », a été déposée⁴. C'est d'ailleurs en tant que composante de l'ordre public que le Conseil d'État protège le respect de la dignité de la personne humaine dans le cadre du contrôle de légalité des actes administratifs⁵.

Contrairement à la Constitution française, la Loi fondamentale allemande protège la dignité humaine dans son article 1^{er}, affirmant que la dignité de la personne est intangible et que tous les pouvoirs publics ont le devoir de la respecter et de la protéger (« *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt* »). La Cour constitutionnelle fédérale affirme, à cet égard, que le principe du respect de la dignité constitue la base d'autres principes fondamentaux, tels que la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, constituant ainsi la valeur première de l'ordre constitutionnel⁶. Ce

en son paragraphe III de l'alinéa 3 que les mesures de contrainte dont le présumé innocent peut faire l'objet doivent, entre autres, ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.

¹ Loi n° 94-653 du 29 juil. 1994 *relative au respect du corps humain*, et loi n° 94-654 du 29 juil. 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, *J.O.*, 30 juil. 1994.

² M. Delmas-Marty, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *art. cit.*, p. 477.

³ Cons. const., 27 juil. 1994, déc. n° 94-343/344 DC, *J.O.* 29 juil. 1994, p. 11024 ; « Bioéthique » : L. Favoreu, L. Philip, F. Melin-Soucramanien *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, 2013, n° 33, p. 415 ; *D.*, 1995, p. 237, note B. Mathieu ; *ibid.* 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA*, 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; *RTD civ.*, 1994, p. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* 840, obs. J. Hauser ; cons. 2. V. également, en matière pénale, Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*, décision dans laquelle il est fait référence à la notion de dignité humaine (cons. 55 et 59).

⁴ Pa. Debray, L. Bouvard, Ph. Cochet *et al.*, *Constitution : introduction de la notion de respect de la « dignité humaine »*, Proposition de loi constitutionnelle, AN, doc. n° 1771, tendant à compléter la Constitution française en son Préambule et en son article 1^{er}, alinéa 2 en insérant le respect de la « dignité humaine », déposée le 19 juin 2009. V. également, pour une autre tentative d'introduire le droit au respect de la dignité humaine dans les textes à valeur constitutionnelle, la proposition émise par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution en 1993 : Rapport au président de la République, *J.O.*, lois et décrets, 16 févr. 1993, p. 2548.

⁵ CE Ass., 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge* et *Ville d'Aix-en-Provence*, *AJDA*, 1995, p. 372, concl. P. Frydman ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., Dalloz, 2007, n° 100.

⁶ BVerfG, 16 janv. 1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 (41) ; v. A. Hamann, « "Die verfassungsmäßige Ordnung" », *BB*, 1957, p. 229 s. ; BVerfG, 16 juil. 1969, 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1 (6) ; v. R. Kamlah, « Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht », *DÖV*, 1970, p. 361s. ; BVerfG, 24 févr. 1971, 1 BvR

principe joue, par conséquent, un rôle important dans l'appréciation de la conformité des mesures de sûreté aux normes supérieures.

La commission d'une infraction, aussi grave soit-elle, ne saurait justifier une violation de la dignité humaine¹. Il est donc prohibé de reléguer une personne humaine au rang d'objet des mesures étatiques de lutte contre la délinquance, comme le rappelle régulièrement la Cour de Karlsruhe². Pour celle-ci, la protection de la dignité implique de laisser à tout détenu une « *chance de recouvrer un jour sa liberté* »³. Aussi la Cour transpose-t-elle les principes élaborés au sujet de la peine privative de liberté perpétuelle⁴ à l'appréciation de l'internement de sûreté⁵. C'est ainsi que les établissements pénitentiaires sont obligés de « *limiter, dans la mesure du possible, les effets nuisibles de la privation de liberté, notamment les altérations de la personnalité remettant sérieusement en cause la capacité d'affronter la vie et excluant la possibilité pour le détenu de se repérer, dans l'hypothèse d'une libération, dans la vie normale* »⁶. Dès lors qu'il est fondé sur une dangerosité pronostiquée de laquelle la société doit être protégée, l'internement de sûreté est, selon la Cour, conciliable avec la protection de la dignité humaine⁷ (dans la mesure où sa prolongation est soumise à un réexamen régulier, et que ses modalités d'exécution tendent vers une resocialisation des personnes internées et une préparation de leur vie en liberté, comprenant des traitements adaptés à chaque individu⁸). On peut toutefois relever que si la Cour constitutionnelle avait déjà validé, dans sa décision du 5 février 2004, l'internement de sûreté au regard de la protection de la dignité humaine, sa décision du 4 mai 2011 laisse penser que les offres thérapeutiques n'étaient, en réalité, pas

435/68, BVerfGE 30, 173 (193); v. A. von Mutius, « Zu den Schranken der Kunstfreiheit sowie zur Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gegenüber », *VerwArch*, 63, p. 75 s.; BVerfG, 19 oct. 1971, 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 (108); v. K. Peters, « Zur Frage der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Glaubensfreiheit auf die Bestrafung wegen unterlassener Hilfeleistung », *JZ*, 1972, p. 85 s.; BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (227), *préc.*

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (150), *préc.*

² BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (228), *préc.*; BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (150), *préc.* V. aussi BVerfG, 9 juin 1970, 1 BvL 24/69, BVerfGE 28, 386 (391), *NJW*, 1970, p. 145.

³ BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (229 s.), *préc.*; BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (150), *préc.*

⁴ BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, *préc.*

⁵ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (151), *préc.*

⁶ BVerfG, 28 juin 1983, 2 BvR 539, 612/80, BVerfGE 64, 261 (272 s.); v. not. H. Müller-Dietz, « Schuldschwere und Urlaub aus der Haft », *JR*, 1984, p. 353 s.; P. Meier-Beck, « Schuld und Generalprävention im Vollzug der Freiheitsstrafe », *MDR*, 1984, p. 447 s.; H. Beckmann, « Zur Gewährung von Urlaub für Lebenslängliche », *StV*, 1984, p. 165 s.; BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (150), *préc.*

⁷ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (152), *préc.* Pour une opinion divergente, eu égard à la situation des années 1980, v. : T. Weichert, « Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß? », *art. cit.*, p. 272 s.

⁸ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* V. aussi BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (237 s.), *préc.*; BVerfG, 1^{er} juil. 1998, 2 BvR 441/90, 2 BvR 493/90, 2 BvR 618/92, 2 BvR 212/93, 2 BvL 17/94, BVerfGE 98, 169 (200 s.); v. not. H. Müller-Dietz, « Arbeit und Arbeitsentgelt für Strafgefangene - BVerfG, *NJW* 1998, 3337 », *JuS*, 1999, p. 952 s.; G. Bemann, « Zur Bedeutung des Resozialisierungsgedankens im Strafvollzug, der Entlohnung von Gefangenenarbeit und zur Arbeitspflicht », *StV*, 1998, p. 604 s.

suffisamment assurées¹ : elle a, en effet, désigné un certain nombre de déficits², auxquels les réformes législatives consécutives semblent avoir, au moins en partie, remédié.

598. Protection au niveau européen et international. Le droit au respect de la dignité humaine se trouve consacré, de manière explicite, dans le chapitre 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000³, ainsi que dans l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 10 décembre 1966 qui dispose : « *Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ».

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, quant à elle, ne consacre pas expressément le droit au respect de la dignité humaine. C'est donc la jurisprudence de la Cour qui protège celle-ci par le biais de l'article 3 de la Convention, qui pose une prohibition absolue des traitements ou peines inhumains ou dégradants, et qui consacre, selon la Cour, « *l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »⁴. La Cour a également affirmé, à plusieurs reprises, que le respect de la dignité humaine constituait l'essence même de la Convention⁵. Les organes européens se fondent sur le critère de l'intensité des souffrances infligées aux victimes : pour tomber sous le coup de l'interdiction, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité⁶. On peut alors se demander si les dispositifs régissant la détention de sûreté peuvent être jugés contraires à cet article, compte tenu notamment de l'état mental de la personne internée, des conditions dans lesquelles la mesure est exécutée et de sa durée indéterminée. Au vu de la jurisprudence européenne, il est difficile de définir ce qui serait, en règle générale, constitutif de traitements inhumains ou dégradants.

¹ Sur ces décisions, v. en détail, *supra*, n° 157 et 175.

² V. I. Appel, « Sicherungsverwahrung und Sicherheitsrecht, zur Sicherungsverwahrung im Schnittfeld von einfachem Recht und Verfassungsrecht », *art. cit.*, p. 96.

³ JOCE n° C 364, 18 déc. ; in : Code de procédure pénale Dalloz.

⁴ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juil. 1989, n° 14038/88 : *JCP G*, 1990, p. 3452, note Labayle ; *RGDIP*, 1990, p. 103, obs. Sudre ; § 161.

⁵ V., entre autres, CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, n° 2346/02, § 65. - CEDH, *V.C. c. Slovaquie*, 8 nov. 2011, n° 18968/07, § 105. - CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *D.*, 2012, p. 1294, obs. J.-P. Céré ; *Dr. pén.*, 2013, n° 4, chron. 4, obs. E. Dreyer ; *D.*, 2013, p. 2081, obs. M. Léna, note J.-F. Renucci ; *ibid.* p. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *ibid.* 2014, p. 1235, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; *AJ pénal*, 2013, p. 494, obs. D. van Zyl Smit ; *RSC*, 2013, p. 625, chron. P. Poncela ; *ibid.* p. 649, obs. D. Roets ; § 113.

⁶ V. entre autres CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, n° 5310/71, *préc.*, § 162.

Il est, à cet égard, utile de préciser, au préalable, qu'une détention à perpétuité ne constitue pas, en tant que telle, un traitement inhumain ou dégradant¹. La Cour de Strasbourg a, toutefois, eu l'occasion de préciser que, « *pour demeurer compatible avec l'article 3, une peine perpétuelle [devait] offrir à la fois une chance d'élargissement et une possibilité de réexamen* »². Ainsi, une peine perpétuelle compressible *de jure et de facto* ne soulève, pour la Cour, aucune question sur le terrain de l'article 3, dès lors que le condamné n'est pas privé de tout espoir d'obtenir une mesure d'aménagement de sa peine telle qu'une libération conditionnelle³. Les juges strasbourgeois considèrent, par exemple, qu'une détention reste compatible avec la Convention si le condamné à perpétuité peut théoriquement obtenir un élargissement, mais se voit débouté de sa demande au motif qu'il constitue toujours un danger pour la société⁴. Partant, la régularité de la privation de liberté implique un « *réexamen de la justification du maintien en détention à un stade approprié de l'exécution de la peine* »⁵.

La Cour constitutionnelle fédérale adopte d'ailleurs la même position⁶ en affirmant, depuis 1977, qu'une peine perpétuelle et incompressible excluant tout espoir de libération anticipée serait contraire à la dignité humaine protégée par l'article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande, et que les autorités carcérales avaient le devoir d'œuvrer à la réinsertion des condamnés à perpétuité⁷. Cette position doit évidemment, par extension, s'appliquer à la détention de sûreté qui constitue une privation de liberté à durée illimitée, donc

¹ CEDH, *Léger c. France*, 11 avr. 2006, n° 19324/02 : D., 2006, p. 1800, note Céré ; *AJ pénal*, 2006, p. 258, obs. Enderlin ; *RSC*, 2007, p. 134, obs. Massias ; *RSC*, 2007, p. 350, obs. Poncela ; - et, dans la même affaire, CEDH, GC, 30 mars 2009 : la Cour décide de radier la requête de son rôle suite au décès du requérant en juillet 2008. V. l'opinion dissidente du Juge Spielmann (et des juges Bratza, Gyulumyan, Jebens), qui fait référence à un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande ayant jugé qu'une peine perpétuelle et incompressible excluant tout espoir de libération anticipée serait contraire à la dignité humaine protégée par l'article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande, ainsi qu'au principe constitutionnel de proportionnalité (BVerfG, 21 juin 1977, BVerfGE, 45, 187).

² CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, *préc.* - CEDH, *Bodein c. France*, 13 nov. 2014, n° 40014/10, *préc.* - CEDH, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, 3 févr. 2015, n° 57592/08, *JurisData* n° 2015-001654 : *Dr. pén.*, n° 4, avril 2015, comm. 61, É. Bonis-Garçon. La Cour renvoie également, à ce propos, aux règles pénitentiaires européennes du 11 janvier 2006 (adoptées en 1973, révisées en 1987, puis en 2006) qui sont l'instrument juridique du Conseil de l'Europe, disposant que chaque détention doit être gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société des personnes privées de liberté (règle n° 6), et prévoyant que le régime carcéral des détenus condamnés doit être conçu de manière à leur permettre de mener une vie responsable et exempte de crime (règle n° 102.1). V. *Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes*, adoptée par le Comité des ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952^e réunion des délégués des ministres. V. aussi les *Recommandations (2003)22 et (2003)23* consacrées à la réinsertion des détenus et à la préparation constructive de leur libération.

³ CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008, n° 21906/04, *préc.*, § 97 et 98.

⁴ CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juill. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, § 108.

⁵ CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juill. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, § 111.

⁶ La Cour européenne des droits de l'homme s'y réfère expressément : CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juill. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, § 69.

⁷ BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, *préc.*

potentiellement perpétuelle. Il convient, dès lors, de confronter les mesures de sûreté au principe du respect de la dignité humaine, et plus particulièrement à l'article 3 de la Convention.

599. Confrontation des mesures de sûreté au principe du respect de la dignité humaine. Selon certains auteurs, la détention de sûreté viole ce principe, car elle permettrait de réduire la personne à son seul état dangereux et de l'enfermer perpétuellement dans la seule finalité de protéger autrui¹. On lui refuserait ainsi son égale dignité par rapport aux personnes « non-dangereuses ». La stigmatisation de la dangerosité de certains délinquants justifierait, dans l'intérêt de la collectivité, leur neutralisation. Leur détention n'interviendrait pas en réponse à un écart à la *normativité*, mais à un écart à la *normalité*, par un glissement de la « culpabilité du criminel » à la « dangerosité du déviant »².

Un auteur affirme même que « la peine, au moins, présente le mérite de prendre le délinquant au sérieux et de respecter sa dignité, tandis que l'internement de sûreté aboutit à la lui ôter »³. On peut encore relever le risque que « la tendance actuelle à dresser de certains êtres humains – terroristes, délinquants sexuels ou malades mentaux à l'origine de faits horribles – un portrait se résumant à leur seule dangerosité » aboutisse à « nier l'égale dignité de ceux réduits à incarner les nouvelles figures du mal »⁴.

Ces propos doivent toutefois être nuancés. Il est vrai que les mesures de sûreté se fondent essentiellement sur la notion de dangerosité, qui est un concept incertain et subjectif⁵. Mais elles s'appuient également sur des conditions objectives⁶, qui peuvent servir à justifier la distinction qui est faite entre les individus concernés par elles et les autres délinquants. Il s'agit, néanmoins, de vérifier si ces mesures ne constituent pas un traitement inhumain ou dégradant.

600. La question du traitement inhumain. La détention de sûreté est indéniablement liée à une grande souffrance psychique pour l'intéressé, l'enfermement de longue durée pouvant même conduire à une dégradation de sa santé physique. Cela semble, de prime abord,

¹ T. Mushoff, « Im Zweifel gegen die Freiheit...», Einige Überlegungen zur (nachträglichen) Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 131 s. V. aussi E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1324, p. 941.

² P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s. ; citant M. Delmas-Marty, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC*, 2007, p. 461. V. aussi M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 29.

³ K. A. Hall, « Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe », *ZStW*, n° 70, 1958, p. 41.

⁴ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁵ V. *infra*, n° 682 s.

⁶ V. *infra*, n° 761 s.

constituer un traitement inhumain. Cependant, la Cour constitutionnelle fédérale a jugé que l'internement de sûreté, même de longue durée, ne violait pas le respect de la dignité humaine, lorsque la mesure était rendue nécessaire par la dangerosité persistante de la personne internée¹. Elle a précisé que la Loi fondamentale n'exigeait pas que la durée de l'internement soit fixée dès la décision de placement, puisqu'il est impossible de prévoir, à l'avance, la durée de la persistance du danger émanant de la personne. Il suffit donc que la loi prévoie des contrôles judiciaires périodiques de la nécessité de la mesure² dont la prolongation doit d'ailleurs être exceptionnelle au-delà d'une durée de dix ans. En outre, la protection de la dignité implique que les modalités d'exécution de la mesure soient axées sur la resocialisation de la personne internée, afin de lui laisser de réelles chances de regagner sa liberté³.

On peut, tout de même, se demander si la dangerosité de la personne n'est pas instrumentalisée pour apporter des limites à l'inviolabilité de sa dignité – qui devrait pourtant être absolue. On perçoit, en effet, une distinction opérée entre les délinquants ordinaires et les délinquants « dangereux », ces derniers ne pouvant, s'ils sont condamnés à une peine privative de liberté à perpétuité, bénéficier d'une libération conditionnelle (*Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung*) qu'après avoir exécuté au moins quinze ans de leur peine⁴. Aussi, tout octroi d'une libération conditionnelle est-il soumis à la condition que l'auteur ne présente plus de danger pour la collectivité⁵. Malgré cela, la Cour constitutionnelle fédérale s'assure de ce que chaque condamné puisse, au nom du principe de la dignité humaine, bénéficier de mesures de resocialisation et de possibilités de regagner sa liberté⁶.

En droit français, de la même manière, les personnes soumises à une période de sûreté en raison de leur dangerosité ne peuvent pas bénéficier, pendant fort longtemps – voire, en théorie, perpétuellement – de mesures d'aménagement de leur peine⁷. Or, comme le rappelle la Cour européenne, « *si le châtimeur demeure l'une des finalités de l'incarcération* », il importe de mettre « *l'accent sur l'objectif de réinsertion de la détention, en particulier vers la fin des longues peines d'emprisonnement* »⁸. Partant, elle a estimé que « *s'il est possible d'examiner la question de la détention afin d'envisager la libération conditionnelle une fois*

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

² Elles sont prévues au § 67e, al. 1 et 2 StGB.

³ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (151), *préc.*

⁴ § 57a StGB.

⁵ § 57 StGB.

⁶ V. BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, *préc.*

⁷ V. les développements sur cette mesure, *supra*, n° 351 s.

⁸ CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, § 115.

purgée la période de sûreté de la peine, on ne peut dire que les détenus condamnés à perpétuité ont été privés de tout espoir d'élargissement »¹, auquel cas il n'y a pas violation de l'article 3. Il est donc important que le détenu dispose d'une réelle perspective de regagner sa liberté. Plus précisément, « *lorsque le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition* »², cette peine ne sera pas considérée comme contraire à la Convention. Eu égard à la jurisprudence européenne, la période de sûreté française, lorsqu'elle revêt une durée indéterminée en accompagnant une peine perpétuelle, n'apparaît légitime que si le condamné conserve des chances d'être libéré³, en d'autres termes un certain « *droit à l'espoir* »⁴. Compte tenu des mécanismes permettant de tempérer l'interdiction de tout aménagement⁵, la peine de réclusion criminelle à perpétuité incompressible ne semble, par conséquent, pas constituer une peine inhumaine ou dégradante au sens de l'article 3 de la Convention – ce que la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de confirmer expressément dans son arrêt *Bodein c. France* du 13 novembre 2014⁶.

Il est, enfin, à noter qu'en ce qui concerne la détention de sûreté, les droit français et allemand prévoient divers mécanismes de contrôle et de contestation. Il existe donc de réelles perspectives d'élargissement pour la personne soumise à la mesure, ce qui plaide, en définitive, pour une conformité de celle-ci à la Convention⁷.

601. La question du traitement dégradant. La Cour européenne a indiqué que les traitements dégradants consistent en une humiliation ou un avilissement⁸. On peut estimer que le simple fait d'être soumis à une détention de sûreté présente un caractère humiliant, en

¹ CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008, n° 21906/04, *préc.*, § 98.

² CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 fév. 2009, n° 3455/05, *Dr. pén.*, 2010, chron. 3, n° 11, obs. Dreyer ; § 128.

³ V. É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 588, p. 272.

⁴ CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, Opinion concordante de la juge Power-Forde.

⁵ En effet, l'article 720-4 CPP permet au tribunal de l'application des peines un réexamen de la mesure, à l'application de laquelle il peut mettre fin à l'issue d'une période de trente ans, au vu des gages sérieux de réadaptation sociale (Cass. crim., 20 janv. 2010, n° 08-88301, *Bull. crim.*, 2010, n° 14). À ce titre, la Cour européenne, tout en laissant aux États une marge d'appréciation en matière de justice criminelle, constate « *qu'il se dégage des éléments de droit comparé et de droit international produits devant elle une nette tendance en faveur de l'instauration d'un mécanisme spécial garantissant un premier réexamen dans un délai de vingt-cinq ans au plus après l'imposition de la peine perpétuelle, puis des réexamens périodiques par la suite* » (CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, § 120).

⁶ CEDH, *Bodein c. France*, 13 nov. 2014, n° 40014/10, *préc.*

⁷ V. sur la question, R. Parizot, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », in : G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal, op. cit.*, p. 97 s., spéc. p. 101.

⁸ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72 : RTDH, 2001, p. 887, obs. F. Sudre.

raison du jugement de valeur qu'une telle décision induit. Cependant, pour tomber sous le coup de l'article 3, la Cour a précisé que l'individu devait être « humilié, non par sa seule condamnation, mais par l'exécution de sa peine »¹. Il suffit donc à l'État, pour respecter la dignité de la personne, de s'assurer que les modalités d'exécution de la détention ne « soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention » et que « la santé et le bien-être du détenu sont assurés de manière adéquate »². Toutefois, il n'est pas certain que la Cour européenne, qualifiant la détention de sûreté de « peine », lui applique sa jurisprudence concernant l'article 3 avec les mêmes conditions. En effet, « ce qui peut être admissible en tant que sanction d'un acte coupable ne l'est pas forcément lorsqu'il s'agit de neutralisation d'un comportement antisocial »³. Reposant sur un fondement différent, celui de la dangerosité, et s'ajoutant à une peine souvent déjà très lourde, il est envisageable que la Cour se montre plus exigeante à son encontre. Ainsi, « ce qui ne peut être considéré, sous l'angle de la fonction rétributive de la peine, comme un traitement inhumain ou dégradant, pourrait bien le devenir sous celui de la fonction prétendument resocialisatrice de la mesure de sûreté »⁴.

Néanmoins, les juges de Strasbourg ne se sont pas montrés très sévères, par le passé, en ce qui concerne la violation de l'article 3. En effet, la CEDH a pu estimer que « les États contractants [avaient] le droit de prendre à l'égard des personnes condamnées pour des infractions pénales des mesures de nature à protéger la société »⁵. Elle a également admis le principe d'un maintien en détention au terme de la période dite punitive de la peine perpétuelle, aux fins de neutralisation de l'état dangereux d'une personne préalablement condamnée, lorsque la protection du public l'exige⁶. Les condamnés à perpétuité peuvent ainsi être maintenus en détention « aussi longtemps qu'ils demeurent dangereux »⁷.

Se pose, toutefois, la question plus spécifique de la détention des personnes malades.

¹ *Ibid.*, § 30.

² CEDH, *Mouisel c. France*, 14 nov. 2002, n° 67263/01 : *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. Flauss ; *D.*, 2003, p. 303, note H. Moutouh ; *ibid.* p. 524, obs. J.-F. Renucci ; *RSC*, 2003, p. 144, obs. F. Massias.

³ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁴ *Ibid.*

⁵ CEDH, *Üner c. Pays-Bas*, 18 oct. 2006, GC, n° 46410/99 : *RTDH*, 2007, p. 837, note Raux ; *AJDA*, 2006, p. 1927 ; *ibid.* 2007, p. 902, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2007, p. 101, étude H. Labayle ; *RSC*, 2007, p. 350, chron. P. Poncela ; § 56.

⁶ V. CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n° 46295/99, *préc.*, § 80.

⁷ CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, § 108.

602. Le problème posé par la détention des personnes malades. L'article L. 1110-2 du Code de la santé publique¹ dispose que « *la personne malade a droit au respect de sa dignité* ». Notons, à cet égard, que la Commission européenne n'exclut pas que la détention d'une personne malade puisse poser des problèmes sous l'angle de l'article 3 de la Convention². La Cour de Strasbourg a ainsi estimé que certains traitements enfreignaient l'article 3 du fait qu'ils étaient infligés à une personne souffrant de troubles mentaux³. Elle a également affirmé le droit de tout prisonnier à des conditions de détention conformes à la dignité humaine et exigé que la santé et le bien-être du prisonnier soient assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis⁴. En outre, elle a pointé le problème auquel est confrontée la France de la maladie en prison et du maintien en détention dans des circonstances qui ne se justifieraient plus en termes de protection de la société⁵. En définitive, la Cour exige une prise en charge adéquate de l'état de santé des détenus de façon à éviter des traitements contraires à l'article 3 de la Convention⁶.

Il faut également mentionner la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁷ relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, laquelle prévoit que les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié. Plus encore, la CEDH a récemment rappelé, dans l'arrêt *Rivière c. France*, l'impossibilité de maintenir au sein de l'institution carcérale un détenu atteint de très lourdes pathologies mentales⁸. Cette jurisprudence doit être transposée aux privations de liberté intervenant en vertu d'une mesure de sûreté. Or, les « *troubles de la personnalité* » du dispositif français relatif à la rétention de sûreté comprennent ces

¹ Inséré par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, art. 3.

² Com. EDH, *Chartier c. Italie*, n° 9044/80, rapport du 8 déc. 1982, *Décisions et rapports (DR)* 33, p. 41-47 ; *De Varga-Hirsch c. France*, n° 9559/81, décision du 9 mai 1983, *DR* 33, p. 158 ; *B. c. Allemagne*, n° 13047/87, décision du 10 mars 1988, *DR* 55, p. 271.

³ CEDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avr. 2001, n° 27229/95 : *CEDH* 2001-III ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. Flauss ; *RSC*, 2001, p. 881, obs. F. Tulkens ; *JCP G*, 2001, I, p. 342, obs. F. Sudre. - CEDH, *Matencio c. France*, 15 janv. 2004, n° 58749/00 : *RSC*, 2005, p. 630, obs. Massias.

⁴ CEDH, *Kudła c. Pologne*, 26 oct. 2000, n° 30210/96 : *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *ibid.* 2003, p. 85, étude J. Andriantsimbazovina ; *RSC*, 2001, p. 881, obs. F. Tulkens ; *RTD civ.*, 2001, p. 442, obs. J.-P. Marguénaud ; § 94. - CEDH, *Mouisel c. France*, 14 nov. 2002, n° 67263/01, *préc.*, § 40 ; et *Gelfmann c. France*, 14 déc. 2004, n° 25875/03, *AJ pénal*, 2005, p. 33, obs. Herzog-Evans ; § 50.

⁵ CEDH, *Mouisel c. France*, 14 nov. 2002, n° 67263/01, *préc.*, § 40-42.

⁶ CEDH, *Mouisel c. France*, 14 nov. 2002, n° 67263/01, *préc.*, § 48. - CEDH, *Rivière c. France*, 11 juil. 2006, n° 33834/03, *RTDH*, 2007, p. 541, note Céré ; *D.*, 2007, p. 1229, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; *RSC*, 2007, p. 350, chron. P. Poncela.

⁷ Adoptée par le Comité des Ministres le 8 avril 1998, lors de la 627^e réunion des Délégués des Ministres.

⁸ CEDH, *Rivière c. France*, 11 juil. 2006, n° 33834/03, *préc.*

pathologies mentales. Si la rétention de sûreté ne s'exécute pas dans une institution carcérale proprement dite, elle n'en constitue pas moins un enfermement de l'individu. Quant au dispositif allemand, l'internement de sûreté ayant bien lieu en prison, reste alors à démontrer que la « *propension* » du délinquant représente une pathologie mentale pour que la jurisprudence *Rivière* s'applique. Les deux pays ne sont donc pas à l'abri d'une censure par la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 3.

Ainsi, si l'internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication ne semble poser aucun problème à l'égard des exigences formulées par la Cour (les mesures consistant essentiellement en une prise en charge de la pathologie de la personne internée), il en va différemment de la détention de sûreté. Les modalités d'exécution de celle-ci se rapprochent, on l'a vu, dans une large mesure du régime carcéral¹, alors que la mesure peut concerner des personnes atteintes de troubles mentaux (n'ayant pas aboli leur discernement). Il est donc essentiel qu'une importance particulière soit accordée au traitement médical ou thérapeutique des personnes internées dès lors que leur état le requiert.

603. Limites du rôle protecteur de la jurisprudence européenne. En application de la jurisprudence de la Cour européenne, il semblerait, en définitive, que la détention de sûreté ne constitue pas une atteinte à la dignité de la personne humaine, à condition que la nécessité du maintien en détention fasse l'objet d'un réexamen régulier, et que toute maladie fasse l'objet d'une prise en charge médicale adaptée. De plus, la mesure doit favoriser la réinsertion sociale, de façon à laisser au détenu une perspective de regagner un jour sa liberté. C'est ce que la Cour a d'ailleurs expressément souligné dans son arrêt *M. c. Allemagne*² relatif à l'internement de sûreté allemand.

Or, si la CEDH est habituellement très protectrice des libertés individuelles, elle semble se montrer ici, à l'instar des juges allemands, plus attentive aux intérêts de la collectivité. En effet, elle reconnaît, d'un côté, « *le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement* », mais souligne, de l'autre, que « *l'une des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société* »³. Cette tendance ressort d'ailleurs, de manière très nette et quelque peu

¹ V. *supra*, n° 331 s. et 338 s.

² CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

³ CEDH, *Mastromatteo c. Italie*, GC, 24 oct. 2002, n° 37703/97, *préc.*, § 72. - CEDH, *Maiorano et autres c. Italie*, 15 déc. 2009, n° 28634/06 : RSC, 2010, p. 219, obs. J.-P. Marguénaud ; § 108 ; et, *mutatis mutandis*, *Choreftakis et Choreftaki c. Grèce*, 17 janv. 2012, n° 46846/08 : D., 2012, p. 359 ; *AJ pénal*, 2012, p. 174, obs. J.-P. Céré ; RSC, 2012, p. 681, obs. J.-P. Marguénaud ; § 45.

inquiétante, des décisions de la Cour mettant à la charge des États une obligation positive « *d'assurer une protection générale de la société contre les agissements éventuels d'une ou de plusieurs personnes purgeant une peine d'emprisonnement pour avoir commis des crimes violents* »¹ ; les États devant « *prendre des mesures propres à protéger le public contre les crimes violents* »², voire contre des traitements inhumains et dégradants³. La Cour impose ainsi un véritable devoir général de diligence découlant de l'obligation de protéger la vie⁴ et restreint, par là même, la liberté des autorités étatiques à accorder des mesures resocialisatrices aux individus dont la dangerosité découle des condamnations antérieures pour des infractions graves⁵. Le professeur Parizot fait remarquer, à cet égard, qu'« avec l'admission d'un "risque certain et immédiat pour la vie" "désindividualisé", on introduit la notion de "risque social constitué par la remise en liberté" et, plus largement, celle de "dangerosité" avec tous les pièges qu'elle recèle sur le plan des libertés individuelles »⁶. Cette jurisprudence incite donc « à une très grande surveillance des individus par l'État » et « participe à la montée en puissance [...] d'un droit à la sécurité et d'un devoir généralisé de diligence, de précaution, de surveillance »⁷. Ce faisant, elle semble favoriser en réalité « une répression anticipée fondée sur des "signes annonciateurs" »⁸ à la réinsertion des détenus, laquelle constitue, pourtant, un principe fondamental de l'exécution des peines⁹. On assiste ainsi à un « inévitable recul de droits fondamentaux, eux aussi pourtant garantis par la Convention »¹⁰. Partant, la dangerosité des délinquants potentiels tient une place certaine dans la jurisprudence de la Cour qui fait « pencher la balance du côté de la protection de la société, les obligations positives découlant de l'article 2 ayant manifestement à ses yeux et au final

¹ CEDH, *Mastromatteo c. Italie*, 24 oct. 2002, n° 37703/97, *préc.*, § 69. - CEDH, *Maiorano c. Italie*, 15 déc. 2009, n° 28634/06, *préc.*, § 107.

² CEDH, *V. c. Royaume-Uni*, 16 déc. 1999, n° 24888/94, § 98. - CEDH, *Léger c. France*, 11 avr. 2006, n° 19324/02, *préc.*, § 91. - CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.*, § 108.

³ CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*, § 36.

⁴ CEDH, *Maiorano c. Italie*, 15 déc. 2009, n° 28634/06, *préc.*, § 113.

⁵ V. également l'arrêt CEDH, *Choreftakis et Choreftaki c. Grèce*, 17 janv. 2012, n° 46846/08, *préc.* (dans lequel la Cour n'a pas retenu de violation de l'article 2, mais rappelé qu'en cas de « *défaillance manifeste* » de la part de l'État, sa responsabilité pouvait être engagée).

⁶ R. Parizot, « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », *D.*, 2013, p. 188.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ V. CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *préc.* ; *Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes*, 11 janv. 2006 ; *Recommandations (2003)22 et (2003)23* consacrées à la réinsertion des détenus et à la préparation constructive de leur libération. V. aussi *supra*, n° 565 s.

¹⁰ R. Parizot, « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », *art. cit.*, p. 188 s.

plus de poids que l'exigence de réinsertion des condamnés, en particulier de condamnés pour des crimes violents »¹. Pour conclure, un constat de violation de l'article 3 par les mesures de sûreté existantes paraît peu plausible, « sauf à réserver l'hypothèse des mauvaises pratiques »².

Il convient également de s'interroger sur la soumission des mesures de sûreté au principe de culpabilité.

2. Le principe de culpabilité

604. L'énoncé du principe. Toute peine présuppose la commission d'une infraction et la culpabilité de son auteur. Le principe de culpabilité – un des « piliers du droit pénal »³ – signifie qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans la commission d'une faute et l'imputabilité de celle-ci à son auteur⁴. L'imputabilité fait partie intégrante de l'élément moral de toute incrimination, celui-ci étant le fondement subjectif de la responsabilité de l'auteur, permettant qu'on lui applique une sanction pénale. Seul celui qui a agi avec discernement et volonté peut être déclaré pénalement responsable. Le libre arbitre postule que l'être humain est potentiellement doté de la raison qui lui permet de contrôler ses agissements. De surcroît, le principe de culpabilité implique que le coupable soit puni à hauteur de sa faute, ce qui suppose notamment que la peine fasse l'objet d'une individualisation⁵.

En droit pénal allemand, ce principe est explicitement posé au § 46, alinéa 1^{er}, phrase 1 du code pénal, aux termes duquel « *la culpabilité de l'auteur est la base de la fixation de la peine* ». Depuis la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 octobre 1966⁶, il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle qui présente une garantie essentielle du citoyen contre l'arbitraire de l'État. Partant du postulat d'un homme apte à déterminer librement ses agissements, la peine doit être cantonnée à la seule culpabilité de celui-ci⁷, sans prendre en

¹ P. Dourneau-Josette et F. Tulkens, « La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme », *art. cit.*, p. 705.

² D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.*, 2008, p. 1840 s.

³ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 56, p. 58.

⁴ V. *supra*, n° 2. Sur l'exigence de culpabilité pour pouvoir être responsable pénalement, v. V. Malabat, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009. Pour cet auteur, la nécessaire reconnaissance de l'exigence de culpabilité découle du principe de nécessité des peines.

⁵ V. *supra*, n° 552 s.

⁶ BVerfG, 25 oct. 1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323, *préc.*

⁷ V. BVerfG, 26 mai 1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250 (275) ; v. not. P. Kotz, « "Unerreichbarkeit" einer Beweisperson bei fehlender Preisgabe ihrer Identität durch die Behörde », *StV*, 1981, p. 591 s. ; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 (376), *préc.*

compte des préoccupations préventives. Ce principe trouve ses origines dans la protection de la dignité de la personne humaine¹.

Si un tel principe n'est pas explicitement formulé par le droit pénal français², il découle d'un grand nombre d'autres principes fondamentaux. Ainsi, le principe de légalité implique qu'avant d'appliquer une sanction pénale soit vérifié tant l'élément matériel que l'élément moral de l'infraction, ce dernier supposant que l'auteur ne bénéficie pas d'une cause de non-imputabilité. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé, dans son célèbre arrêt *Laboube* du 13 décembre 1956, que « toute infraction, même non intentionnelle, suppose [...] que son auteur ait agi avec intelligence et volonté »³, en d'autres termes, qu'elle lui soit imputable. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 juin 1999, a, en outre, énoncé que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés et que la définition d'une incrimination devait inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci⁴. Cette décision peut être considérée comme consacrant le principe de culpabilité.

605. Les mesures de sûreté face au principe de culpabilité ou d'imputabilité. La mesure de sûreté, contrairement à la peine, n'est pas fondée sur la culpabilité, mais sur la dangerosité de l'auteur⁵. Or, elle suppose souvent, à l'instar de la peine, l'imputabilité des actes à la personne, à l'exception des mesures spécialement réservées aux malades mentaux⁶. Cependant, poursuivant uniquement une finalité préventive, la mesure de sûreté ne semble pas respecter la fonction limitative du principe de culpabilité⁷. La Cour constitutionnelle justifie,

¹ V. BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (227), *préc.* ; BVerfG, 26 mai 1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250 (275), *préc.* ; BVerfG, 14 sept. 1989, 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (378); BVerfG, 9 mars 1994, 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE 90, 145 (173); v. not. A. Kreuzer, « Die Haschisch-Entscheidung des BVerfG », *NJW*, 1994, p. 2400 s. ; BVerfG, 24 oct. 1996, 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, BVerfGE 95, 96 (140) ; BVerfG, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267 (413).

² Certains auteurs emploient néanmoins l'expression « principe de culpabilité » : v., p. ex., X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 22, p. 21.

³ Cass. crim., 13 déc. 1956, n° 55-05772, *Laboube*, *Bull. crim.*, 1956, n° 840, *D.*, 1957, p. 349, note M. Patin.

⁴ Cons. const., 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, *J.O.* 19 juin 1999, p. 9018 ; *AJDA*, 1999, p. 736, et 694, note J.-E. Schoettl ; *D.*, 1999, p. 589, note Mayaud ; *ibid.* 2000. Somm. 197, obs. Sciortino-Bayart ; cons. 16.

⁵ V. BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, BVerfGE 91, 1 (27 s.) ; BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (174), *préc.* ; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 (374), *préc.*

⁶ Sur les rapports entre dangerosité et culpabilité, v. *infra*, n° 716 s.

⁷ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 306.

en effet, le prononcé d'une mesure de sûreté à côté d'une peine par les finalités différentes de ces deux types de sanctions¹.

La détention de sûreté est donc, plus encore que les autres mesures de sûreté, une mesure fondamentalement contradictoire : d'un côté, elle s'applique uniquement aux personnes accessibles à la peine, donc responsables de leurs actes, et de l'autre côté, le dispositif allemand exige l'existence d'une propension chez la personne à commettre des infractions. Or, le terme de propension renvoie à l'idée d'un certain déterminisme, la personne n'étant, dans cette perspective, pas entièrement libre de ses actes. Le droit français, lui, suppose un trouble de la personnalité, lequel est souvent confondu, de manière regrettable, avec la maladie mentale ou un discernement altéré².

En substituant aux notions d'imputabilité et de culpabilité le concept d'état dangereux, on nierait, d'une certaine manière, le libre arbitre de la personne. Celle-ci ne serait plus honorée comme un être raisonnable, pour reprendre une expression du philosophe Hegel³. On tenterait de prévenir un risque ou un danger sans considérer la réalité de la faute commise, dans la mesure où ce n'est pas la « culpabilité du criminel » qui est en cause, mais la « dangerosité du déviant »⁴. L'ancien président du Conseil constitutionnel Robert Badinter estime ainsi qu'avec la rétention de sûreté, nous passons « d'une justice de responsabilité à une justice de sûreté »⁵.

De prime abord, le constat d'une violation du principe de culpabilité semble s'imposer, puisque la rétention de sûreté s'applique après que le condamné a purgé sa peine, et, partant, payé pour sa faute. La sanction qui prolonge sa privation de liberté ne se fonde alors sur aucun acte qui lui serait imputable. Ce constat est toutefois à nuancer, dès lors que la mesure n'est, justement, pas fondée sur la culpabilité : le principe de culpabilité paraît, de ce fait, inapplicable en la matière. Cela explique également que la mesure de sûreté, dans sa nature ou son *quantum*, ne soit pas déterminée par la gravité de la faute commise. En définitive, il ne semble pas y avoir violation du principe de culpabilité par les mesures de sûreté mais « cohabitation assumée entre culpabilité et dangerosité », comme l'a écrit le professeur

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (178), *préc.*

² Sur la confusion malheureuse entre trouble de la personnalité, maladie mentale et dangerosité, v. *infra*, n° 711 s.

³ G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, *op. cit.*, § 100, p. 140.

⁴ M. Delmas-Marty, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *art. cit.*, p. 461 s.

⁵ R. Badinter, extrait de *Le monde*, 24 févr. 2008.

Lazerges¹, si bien qu'avec « l'irruption de la dangerosité » dans le domaine du droit pénal, on serait tenté de parler d'un « dédoublement du droit pénal dans ses fondements »².

Il convient alors de rechercher si les mesures de sûreté respectent les droits fondamentaux tenant à la liberté de la personne qui doit être protégée contre une application arbitraire de ce dernier.

B. Les droits fondamentaux tenant à la liberté de la personne

606. Si toute sanction pénale entraîne inéluctablement une atteinte à la liberté de la personne, les atteintes injustifiées doivent être prohibées. Il convient dans cette optique de vérifier que les mesures de sûreté ne contreviennent ni au droit à la liberté et à la sûreté (1), ni au droit à la liberté de circulation (2).

1. Le droit à la liberté et à la sûreté

607. La protection du droit à la liberté concerne la liberté individuelle dans son acception classique, c'est-à-dire la liberté physique de la personne³. Combiné au droit à la sûreté, ce droit vise à protéger la personne contre toute détention arbitraire (a). Il est protégé aussi bien au niveau national qu'eupéen, ce dernier impliquant le respect des garanties qui découlent de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (b).

a. La protection contre une détention arbitraire

608. Protection constitutionnelle allemande. En tant que mesure privative de liberté, l'internement de sûreté empiète nécessairement sur la liberté de la personne, et ce de manière préventive. Il est donc important de veiller à ce que cette atteinte soit strictement insérée dans un cadre légal conforme à la Constitution et qu'elle soit fondée sur des raisons particulièrement graves⁴, parmi lesquelles on trouve notamment la protection de la société¹.

¹ Ch. Lazerges, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 89.

² *Ibid.*, p. 87.

³ V. p. ex. CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, Série A, n° 22, § 58.

⁴ V. BVerfG, 18 juil. 1967, 2 BvF 3/62, 2 BvF 4/62, 2 BvF 5/62, 2 BvF 6/62, 2 BvF 7/62, 2 BvF 8/62, 2 BvR 139/62, 2 BvR 140/62, 2 BvR 334/62, 2 BvR 335/62, BVerfGE 22, 180 (219); v. not. G. Küchenhoff, « Zuständigkeitsgrenzen in der Jugend- und Sozialhilfe », *NJW*, 1968, p. 433 s.; BVerfG, 27 oct. 1970, 1 BvR 557/68, BVerfGE 29, 312 (316); BVerfG, 30 mai 1973, 2 BvL 4/73, BVerfGE 35, 185 (190); BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (223), *préc.*

Selon la Cour constitutionnelle fédérale, l'internement de sûreté ne contrevient pas au droit fondamental à la liberté (prévu à l'article 2, alinéa 2, phrase 2 de la Loi fondamentale), dans la mesure où il a pour objectif de protéger la société contre la commission de crimes graves². Cette atteinte à la liberté ne demeure, toutefois, légitime qu'à la condition d'être proportionnée au but poursuivi donc pas excessive³.

On constate, ici encore, que les juges allemands mettent en balance les droits individuels avec des considérations collectives, conférant généralement un poids plus grand à ces dernières⁴. Une certaine importance est néanmoins accordée à la recherche d'un équilibre entre les intérêts en cause. Pour tenir compte de l'importance du droit à la liberté, le prononcé de l'internement de sûreté doit constituer *l'ultima ratio*, le pronostic de dangerosité, sur lequel la mesure se fonde, étant soumis à des exigences élevées⁵. La mesure ne doit pouvoir intervenir que pour les infractions les plus graves⁶. La Cour constitutionnelle fédérale exige également, on l'a vu, une différenciation significative entre les modalités d'exécution de la peine, fondée sur la rétribution d'une faute, et celles de l'internement de sûreté, à visée préventive. Constituant une atteinte supplémentaire à la liberté individuelle, la mesure doit être guidée par une orientation thérapeutique et la perspective d'un retour à la vie en liberté⁷. Elle n'est justifiable qu'à la condition que le législateur prenne suffisamment en considération l'atteinte spécifique qu'elle constitue et veille à éviter toute contrainte dépassant la privation indispensable de la liberté physique de l'interné⁸.

609. Protection constitutionnelle française. En France, c'est la DDHC qui protège la liberté individuelle dans son article 7, lequel dispose que « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». En outre, l'article 66 de la Constitution énonce que « *nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le*

¹ V. BVerfG, 18 juil. 1967, 2 BvF 3/62, BVerfGE 22, 180 (219), *préc.* ; BVerfG, 15 déc. 1970, 2 BvL 17/67, BVerfGE 30, 47 (53); BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (223), *préc.* ; BVerfG, 7 oct. 1981, 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208 (224 s.) ; BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, 2 BvR 1504/82, BVerfGE 70, 297 (307).

² V. Th. Weigend, D. Capitant et F. Feisel, « Chronique de droit constitutionnel pénal, Droit constitutionnel pénal allemand, Janvier 2003-Février 2004 », *RSC*, 2004, p. 688.

³ Sur le principe de proportionnalité, v. *infra*, n° 649.

⁴ V. aussi *supra*, n° 154 s.

⁵ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (162 s.), *préc.*; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

⁶ Cet aspect a été souligné par la réforme législative de décembre 2010, ayant limité le libellé du dispositif aux infractions de nature sexuelle ou violente : v. *supra*, n° 97.

⁷ V. *supra*, n° 175.

⁸ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 (374), *préc.*

respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Il ressort de ces textes que le droit français se réfère essentiellement à ses propres lois, en partant de l'idée que si celles-ci sont respectées et correctement appliquées par l'autorité judiciaire, il ne peut y avoir d'atteinte injustifiée à la liberté individuelle. Or, dans le cadre de la présente étude, il s'agit justement de savoir si la loi, elle-même, ne crée pas une mesure autorisant l'arbitraire des institutions étatiques. La protection supranationale s'avère, de ce point de vue, d'un secours plus important.

610. Protection européenne : article 5 § 1 de la CESDH. Le droit à la liberté et à la sûreté est garanti, au niveau européen, par l'article 5 § 1 CESDH. Celui-ci énumère, de façon limitative, les six cas dans lesquels un État peut priver une personne de sa liberté, disposant 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* ». En ce qui concerne le domaine d'application de cet article, précisons que « les termes de "liberté" et de "sûreté" sont ordinairement considérés comme formant une identité commune et doivent, dès lors, être confondus »¹. Ainsi, la notion de sûreté peut « signifier tout simplement que nul ne doit avoir à craindre de faire l'objet d'atteintes arbitraires à sa liberté »². S'agissant de l'observation des « *voies légales* », la Cour renvoie principalement au respect de la législation nationale satisfaisant à certaines qualités, mais elle exige, de surcroît, la conformité de la privation de liberté au but de l'article 5, qui est la protection de l'individu contre l'arbitraire³. Chaque détention doit donc, pour être conforme au droit, répondre aux exigences de l'article 5 § 1 de la Convention, étant précisé que selon la Cour, les alinéas a) à f) du texte « *renferment une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté* »⁴.

En ce qui concerne l'internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication, ces mesures ne posent, en principe, pas de problème au regard de l'article 5 § 1, dès lors qu'elles entrent parfaitement dans les prévisions de l'alinéa e), visant la détention régulière d'un aliéné, d'un alcoolique ou d'un toxicomane. La Cour admet même, à cet égard, que « *le fait que le trouble mental ne puisse être soigné d'un point de vue clinique n'implique*

¹ J.-P. Céré, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2008, p. 220.

² J. de Meyer, « Article 5 », in : L.-E. Pettiti, E. Decaux, et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 190.

³ CEDH, *Wassink c. Pays-Bas*, 27 sept. 1990, n° 12535/86 : *RFDA*, 1991, p. 843, chron. Berger, Labayle et Sudre ; § 24.

⁴ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 86.

pas obligatoirement une libération de l'intéressé lorsqu'il demeure un risque pour le public »¹.

Or, l'internement et la rétention de sûreté, quant à eux, soulèvent davantage de doutes eu égard à ce texte, les mesures fondées sur la seule dangerosité n'étant expressément visées par aucun des motifs énumérés. La Cour de Strasbourg rappelle, à cet effet, que « *si la Convention permet de priver de leur liberté ces personnes, toutes socialement inadaptées, ce n'est pas pour le seul motif qu'il faut les considérer comme parfois dangereuses pour la sécurité publique, mais aussi parce que leur propre intérêt peut nécessiter leur internement. De ce que l'article 5 (art. 5) autorise à détenir les vagabonds, on ne saurait donc déduire que les mêmes raisons, voire de meilleures, s'appliquent à quiconque peut passer pour encore plus dangereux* »².

Dans la mesure où la détention de sûreté constitue une privation de liberté fondée sur la dangerosité, il s'agit donc de vérifier si elle correspond, au moins, à l'un des cas visés par l'article 5, afin d'exclure qu'il s'agisse d'une atteinte *arbitraire* à la liberté de la personne, au sens de la Convention.

611. Nature privative de liberté de la détention de sûreté. Au préalable, sur le critère de la nature privative de liberté de la mesure considérée, on peut rappeler que la Cour européenne, tout en écartant de simples restrictions à la liberté de circulation³, affirme qu'il n'existe entre la privation et la restriction de liberté « *qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* »⁴. Elle prend donc en compte le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution d'une mesure pour en tirer les conclusions quant à la solution concrète à adopter⁵. Il n'existe, cependant, aucun doute quant à la détention de sûreté qui engendre une privation totale de se déplacer librement, dans des conditions comparables aux peines exécutées en établissement pénitentiaire⁶. Il est vrai que « l'éviction pure et simple de la société et l'enfermement de la personne ayant à subir une rétention de sûreté emprunte par mimétisme à la vie en prison »⁷.

¹ CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 fév. 2003, n° 50272/99, *préc.*, § 54.

² CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *préc.*, § 98.

³ CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92 : *Rec.* 1996, 111 ; *D.*, 1997, somm. 203, obs. Koering-Joulin. *RSC*, 1997, p. 457, obs. Koering-Joulin; *JCP G*, 1997, I, 4000, chron. Sudre ; § 42.

⁴ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *préc.*, § 93.

⁵ CEDH, *Riera Blume c. Espagne*, 14 oct. 1999, n° 37680/97 : *Rec.* 1999, VII, *JCP*, 2000, p. 203, obs. F. Sudre ; § 28 ; CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, Série A, n° 93, § 41.

⁶ V. *supra*, n° 138 et 331 s.

⁷ J.-P. Céré, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 220 s.

612. Analyse au regard de l'article 5 § 1, a). Le *a)* de l'article vise la détention de la personne après une condamnation par un tribunal compétent. Cette hypothèse semble, *a priori*, couvrir les détentions de sûreté française et allemande, lesquelles supposent en effet la condamnation de la personne pour une infraction commise. Le terme condamnation fait référence à une déclaration de culpabilité consécutive à l'établissement légal d'une infraction, justifiant l'infliction d'une peine ou autre mesure privatives de liberté¹. Cela sous-entend que la personne est dotée de ses facultés mentales donc responsable pénalement. Cependant, l'expression « *détention après* » implique un lien de causalité², et non seulement un ordre chronologique. La détention doit directement procéder de la condamnation, en ce sens qu'elle résulte de celle-ci et, partant, qu'elle intervient « *en vertu* » de la condamnation. Il ne suffit pas qu'elle ait lieu « *à la suite* » de celle-ci³.

Si le prononcé de la détention de sûreté est bien lié à la condamnation de la personne, il ne comporte pas, en lui-même, d'appréciation sur la culpabilité et ne saurait donc constituer une « condamnation ». La rétention de sûreté française, bien qu'intervenant à la suite d'une condamnation (puisque la cour d'assises doit en prévoir expressément la possibilité dans son jugement), ne trouve pas réellement sa cause dans celle-ci, mais dans la décision ultérieure de la JRRS se fondant sur le risque de récidive et la dangerosité de l'intéressé. Cette mesure est, en effet, fondée uniquement sur l'état dangereux de la personne, la culpabilité donnant lieu, en parallèle, au prononcé d'une peine. Il est vrai que le lien de causalité entre la privation de liberté et la condamnation « semble quelque peu distendu » : « la cour d'assises qui prononce la condamnation n'apprécie pas la dangerosité du criminel ; la juridiction régionale qui ordonne l'internement ne s'appuie pas sur la condamnation »⁴.

À cet égard, la mesure française n'est, pour certains auteurs, pas une privation *légitime* de liberté au sens de l'article 5 § 1, a)⁵, d'autres défendant le point de vue opposé⁶. De la même manière, en ce qui concerne la mesure allemande, notamment l'internement *a posteriori*, une partie de la doctrine conclut à une violation de l'article 5, puisque cette mesure n'est même pas prévue dans son principe lors du jugement de condamnation, ne présentant, par

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 87.

² CEDH, *Bozano c. France*, 18 déc. 1986, n° 9990/82 : *RGDIP*, 1987, p. 548, obs. Sudre ; § 53.

³ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 88.

⁴ J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *art. cit.*, p. 209 s.

⁵ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.83, p. 675.

⁶ J.-P. Céré, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 220 s.

conséquent, aucun lien de causalité avec lui¹. Au sujet de l'internement réservé dans le jugement pour être prononcé ultérieurement, la doctrine est partagée². Notons également que la rétention de sûreté, lorsqu'elle intervient consécutivement à la violation des obligations imposées dans le cadre d'une surveillance de sûreté, n'aura pas été prévue, au préalable, par la cour d'assises. Cette hypothèse de rétention, complètement détachée de la déclaration de culpabilité, paraît particulièrement problématique au regard de la Convention, le lien avec la condamnation préalable étant tout à fait absent.

613. Position de la Cour européenne. La Cour européenne ne se montre pas toujours très vigoureuse quant au lien de causalité, en admettant, par exemple, que la prorogation d'une détention à titre de mesure de sûreté est régulière parce qu'elle présente un lien suffisant avec l'infraction initiale³. Ainsi, la Cour n'est pas opposée, de manière générale, à une privation de liberté fondée sur la nécessité d'empêcher le requérant de commettre de nouvelles infractions, dans la mesure où le lien de causalité avec sa condamnation pénale est suffisamment préservé. De même, le requérant ne doit-il pas être détenu plus longtemps que la période maximale autorisée au moment des faits⁴. C'est ainsi qu'elle a admis que les juridictions allemandes aient pu prononcer un internement de sûreté en plus d'une peine privative de liberté, en relevant qu' « *une décision de placement en internement de sûreté est toujours subordonnée au constat d'un tribunal selon lequel la personne est coupable d'une*

¹ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 455 s. En ce qui concerne l'internement *a posteriori* consécutif à l'internement en hôpital psychiatrique – seule variante ayant survécu à la réforme – la doctrine et la jurisprudence sont partagées : pour sa conformité à l'art. 5 § 1, a) : R. Rissing-van Saan, « Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR », art. cit., p. 1184 (qui considère qu'il s'agit d'un simple passage d'une mesure de sûreté vers une autre) ; T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », art. cit., p. 164 s. ; BGH, 7 oct. 2008, GSSt 1/08, BGHSt 52, 379 (391), NJW, 2009, p. 1010 ; BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, NJW, 2010, p. 1514 (1517) ; contre la conformité : J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », art. cit., p. 180 ; A. Kreuzer, « Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze », art. cit., p. 127 ; BGH, 12 mai 2010, 4 StR 577/09, NStZ, 2010, p. 567. Il semblerait, en définitive, que la mesure n'est pas conforme à l'alinéa a) de l'article, car le premier jugement, ayant ordonné l'internement psychiatrique, ne saurait être considéré comme une « condamnation », puisque la personne jugée n'est, précisément, pas pénalement responsable en raison du trouble mental dont elle souffre.

² Pour une conformité de la mesure à l'article 5 § 1, a) : R. Rissing-van Saan, « Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR », art. cit., p. 1183 ; A. Kreuzer, « Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht angesichts divergierender Urteile des BGH und EGMR - Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 9. 3. 2010 – 1 StR 554/09 », art. cit., p. 479 ; contre la conformité : T. Ullenbruch, « Sicherungsverwahrung im Reformdilemma - ein entpolitisierter Alternativentwurf in 12 Eckpunkten », *StraFo* 2010, p. 438, not. p. 442 ; position ouverte : J. Kinzig, « Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland », art. cit., p. 239.

³ CEDH, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, n° 17391/90 : RSC, 1998, p. 383, obs. Koering-Joulin ; § 68.

⁴ CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, *préc.* ; CEDH, arrêts *Schmitz c. Allemagne*, n° 30493/04, et *Mork c. Allemagne*, n° 31047/04 et 43386/08, du 9 juin 2011, *préc.*

infraction, et ordonnée en même temps que ce constat »¹. Par conséquent, la Cour européenne a expressément validé, dans sa décision *Müller c. Allemagne*, l'internement *sous réserve*, dans la mesure où le prononcé définitif de la mesure est lié à la condamnation initiale qui en a prévu la possibilité². En d'autres termes, la dangerosité seule de l'intéressé n'aurait pas suffi pour justifier une telle privation de liberté.

À l'inverse, la prolongation de la détention au-delà de la durée initialement limitée à dix ans (en vertu de l'ancienne version du dispositif) pose problème au regard de l'article 5 § 1 : elle est sans rapport avec la condamnation prononcée et s'avère dès lors contraire, faute de lien de causalité suffisant, à ce texte³. Au moment du prononcé de la décision, la juridiction de jugement ne pouvait, en effet, prendre en considération la loi nouvelle, laquelle allait abolir toute limitation de durée de la mesure⁴. *A fortiori*, l'internement de sûreté prononcé *a posteriori* (sur la base d'éléments nouveaux apparus ultérieurement au jugement de condamnation) n'entre, en aucun cas, dans les prévisions de l'article 5 § 1, a). Dans pareille hypothèse en effet, la possibilité d'un internement n'a pas même été envisagée par la juridiction de jugement, la mesure étant, de surcroît, applicable de manière rétroactive. Le constat d'inconventionnalité s'est, par conséquent, imposé⁵.

En définitive, la détention de sûreté est déclarée contraire à l'article 5 § 1 lorsqu'elle est prononcée ou prolongée rétroactivement ou *a posteriori*, car elle ne présente alors pas de lien causal direct avec le jugement de condamnation. La Cour a également précisé que « *le lien entre la condamnation initiale et la prolongation de la privation de liberté se distend[ait] peu à peu avec l'écoulement du temps* », et qu'une privation de liberté régulière à l'origine pourrait ainsi devenir arbitraire si le lien de causalité venait à se rompre⁶. Cela pourrait être le cas lorsqu'une « *décision de ne pas libérer ou de réincarcérer se fonderait sur des motifs incompatibles avec les objectifs visés par la décision initiale (de la juridiction de jugement) ou sur une appréciation non raisonnable eu égard à ces objectifs* »⁷. Cette analyse met en doute la conventionnalité de la rétention de sûreté française intervenant consécutivement à une violation des obligations de la surveillance de sûreté – le dispositif étant, de surcroît,

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 96.

² CEDH, *Müller c. Allemagne*, 10 févr. 2015, n° 264/13, § 62.

³ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 100. V. également CEDH, trois arrêts du 13 janv. 2011: *Kallweit c. Allemagne*, n° 17792/07, *Mautès c. Allemagne*, n° 20008/07, et *Schummer c. Allemagne*, n° 27360/04 et 42225/07 *préc.*; CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*; CEDH, *O. H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *préc.*

⁴ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 101. Sur la réforme légale, v. *supra*, n° 85.

⁵ V. p. ex. CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04, *préc.*; CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, *préc.*, § 82 s.; CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*, § 73 s.

⁶ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 88.

⁷ *Ibid.*

d'application rétroactive – aucun jugement de condamnation n'ayant, dans cette hypothèse, pu prévoir la possibilité d'un éventuel placement ultérieur¹.

614. Nécessité d'un réexamen régulier de la légalité du maintien en détention. Si l'internement et la rétention de sûreté sont ainsi, sous certaines conditions, susceptibles d'entrer dans les prévisions de l'alinéa a) de l'article, encore faut-il que la nécessité de leur maintien fasse l'objet d'un réexamen régulier pour que le lien de causalité avec la condamnation initiale subsiste. C'est ainsi que la Cour a jugé, dans l'affaire *H. W. c. Allemagne*, que le maintien du requérant en internement de sûreté, à l'issue de l'expiration du délai légal prévu pour le contrôle juridictionnel, a été arbitraire et que les juridictions allemandes auraient dû faire réexaminer, par un expert médical, la dangerosité de l'intéressé². Le délai légal de ce réexamen, en droit allemand, était de deux ans lors de l'introduction de la requête, délai qui n'a pas été critiqué en soi par la Cour de Strasbourg (bien qu'elle ait déjà eu l'occasion d'affirmer qu'un délai de deux ans pour vérifier la légalité du maintien en détention était trop long³). La Cour a cependant estimé, dans le même arrêt, que le droit allemand ne présentait pas des garanties suffisantes propres à assurer que la remise en liberté des détenus ne soit pas retardée de manière déraisonnable. En tout état de cause, le droit allemand prévoit désormais qu'un contrôle juridictionnel de la nécessité du maintien de la mesure doit avoir lieu tous les ans, voire tous les neuf mois au-delà d'un internement de dix années⁴, ce qui devrait correspondre davantage aux exigences européennes.

Le droit français, lui aussi, fixe le délai de réexamen à un an, en précisant que la décision de placement en rétention de sûreté est valable pour une durée d'une année⁵. À l'issue de ce délai, il faudra donc vérifier que l'individu est toujours dangereux, que la probabilité de récidive est, de ce fait, très élevée et qu'une mesure moins attentatoire aux libertés individuelles n'est pas suffisante pour la prévenir.

¹ V. en ce sens, O. Bachelet, « Rétention de sûreté : *satisfecit* pour l'Allemagne, doute pour la France », note sous CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 24478/03, *Dalloz actu.*, 10 nov. 2010 ; D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 1840 s.

² CEDH, *H. W. c. Allemagne*, 19 sept. 2013, n° 17167/11.

³ CEDH, *Oldham c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2000, n° 36273/97, *préc.*, § 37.

⁴ § 67e, al. 2 StGB, dans sa version issue de la loi du 5 décembre 2012 relative à la transposition du principe de la différenciation nécessaire dans le droit régissant la détention de sûreté au niveau fédéral (*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, BGBl. I, p. 2425), entrée en vigueur le 1^{er} juin 2013.

⁵ Art. 706-53-16, al. 1 CPP.

615. Analyse au regard de l'article 5 § 1, b). Le *b)* de l'article 5 vise la détention sanctionnant l'inexécution d'une ordonnance judiciaire ou garantissant l'exécution d'une obligation légale. La détention de sûreté est une mesure préventive et ne sanctionne donc aucune désobéissance à un ordre donné. L'obligation légale visée correspond à une obligation précise que la personne doit exécuter¹, et ne saurait justifier un enfermement préventif pour empêcher la commission d'infractions en général. On peut, en revanche, se demander si la rétention française subséquente à la violation des obligations découlant de la surveillance de sûreté n'est pas susceptible d'être couverte par cette disposition. C'est, en tout cas, ce qu'a affirmé le Conseil d'État, estimant que les dispositions légales « *ont pour objet de prendre, à l'encontre de la personne qui s'est soustraite à une mesure de surveillance de sûreté prononcée à son égard par une juridiction, des mesures en vue de l'application effective d'une surveillance destinée à éviter la commission de nouvelles infractions* »². Il semble toutefois permis de douter de la pertinence d'une telle analyse, puisque la rétention de sûreté ne vise pas à faire respecter les obligations de la surveillance de sûreté, mais bien de neutraliser physiquement l'individu dangereux³.

616. Analyse au regard de l'article 5 § 1, c). Le *c)* de l'article 5 autorise une privation de liberté provisoire en rapport avec une infraction commise ou pour empêcher l'individu de commettre une infraction. La détention de sûreté vise bien à empêcher la personne ayant commis une infraction d'en commettre d'autres. Cependant, la Cour de Strasbourg a précisé que cette hypothèse supposait que l'on redoute un acte concret et imminent, et ne saurait justifier une privation de liberté en raison d'un état dangereux lié à une propension durable à la criminalité⁴. En outre, il doit s'agir d'une détention provisoire, mais même dans ce cas, « *l'article 5 par. 1 c) (art. 5-1-c) ne justifierait pas en principe la réincarcération ou le maintien en détention d'une personne ayant purgé une peine après condamnation pour un acte délictueux déterminé lorsqu'on soupçonne qu'elle pourrait récidiver* »⁵.

¹ CEDH, *Lawless c. Irlande*, 1^{er} juil. 1961, n° 332/57, § 9.

² CE, *M. Jean-Paul A. et Section française de l'Observatoire international des prisons*, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 26 nov. 2010, n° 323694, au recueil *Lebon*. Certains auteurs vont en ce sens, en y voyant une « détention en vue de garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, en l'espèce les obligations de la surveillance de sûreté » : F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1194, p. 1126.

³ En ce sens, D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 1840 s. : « la privation de liberté ne s'apparente en aucune façon à la mesure d'exécution forcée envisagée à l'article 5 § 1-b) de la Convention : son unique objet est de neutraliser la dangerosité révélée par le non-respect des obligations de la surveillance de sûreté ». Cette seconde position nous paraît plus convaincante et doit emporter l'adhésion.

⁴ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *préc.*

⁵ CEDH, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, n° 17391/90, *préc.*, § 86.

Cette hypothèse couvre donc uniquement les mesures de sûreté intervenant dans le cadre de la phase préparatoire du procès pénal, telles que la garde à vue ou la détention provisoire (ou *Untersuchungshaft*). La Cour a d'ailleurs précisé, à propos de l'internement de sûreté, qu'une telle mesure ne pouvait être justifiée au regard de ce texte, les « *infractions potentielles* » invoquées par les tribunaux allemands de l'exécution des peines pour justifier la prolongation n'étant « *pas aussi concrètes et précises que l'exige la jurisprudence de la Cour* », « *tant en ce qui concerne le lieu et la date où elles pourraient être commises que les victimes visées* »¹. Elle a ajouté que « *les personnes placées en internement de sûreté ne [devaient] pas être aussitôt traduites devant un juge et jugées pour des infractions potentielles* », contrairement à ce qu'exige le texte. Aussi, si la détention d'une personne peut se justifier « *lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction* », la Cour a précisé que « *ce motif de détention ne se prêt[ait] pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou catégorie de personnes qui se révèlent dangereuses par leur propension continue à la délinquance* »². Or, la rétention de sûreté, comme l'internement de sûreté, est applicable uniquement sur le fondement de la dangerosité générale d'une personne. Le fait qu'elle vise la prévention d'une liste d'infractions précises (à savoir celles ayant également donné lieu au prononcé de la mesure, énumérées à l'article 706-53-13 CPP) ne saurait, par conséquent, satisfaire à l'exigence d'un acte concret et imminent qu'il s'agit d'empêcher.

617. Analyse au regard de l'article 5 § 1, e). Le e) de l'article 5 concerne, entre autres, la détention d'un aliéné. Eu égard au fait que la détention de sûreté requiert un trouble grave de la personnalité en droit français, et une propension à commettre des infractions en droit allemand, on pourrait envisager qu'elle relève de ces dispositions. Mais, vraisemblablement, une telle analyse est contestable, puisque les dispositifs des deux pays exigent une condamnation préalable, ce qui implique que la personne jugée soit capable de discernement et responsable de ses actes. Or, sa culpabilité n'est pas compatible avec une maladie mentale. Les deux systèmes pénaux prévoient, en outre, d'autres types de mesures de sûreté spécifiques pour le cas de figure d'un malade mental, telles que l'hospitalisation psychiatrique. Celle-ci semble, au demeurant, entrer sans grand problème dans l'hypothèse prévue par l'art 5 § 1, e) et ne soulève donc pas les mêmes craintes d'incompatibilité à la CESDH que la détention de sûreté.

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 102.

² *Ibid.*, § 89.

La Cour n'exclut cependant pas, de manière générale, la possibilité que la détention de sûreté de certains délinquants puisse satisfaire à ce motif de privation de liberté. On sait, d'ailleurs, que la Cour admet qu'une détention se justifie, selon les circonstances, sous l'angle de plus d'un alinéa de l'article 5¹. Cela signifie qu'une condamnation pénale au sens de l'alinéa a) n'exclut pas, *per se*, l'existence d'un trouble mental au sens de l'alinéa e), avec pour conséquence logique un internement psychiatrique². Néanmoins, en ce qui concerne le requérant Monsieur M., la Cour a écarté cette hypothèse car sa détention n'avait pas été prolongée par la juridiction allemande au motif qu'il était aliéné³. Ce raisonnement laisse donc, en théorie, une ouverture à ce que les détentions de sûreté allemande ou française soient considérées comme conformes à ce motif de détention lorsque la personne souffre d'un trouble mental qui est suffisamment démontré. Or, étant donné le fait qu'une détention de sûreté est toujours précédée d'une déclaration de culpabilité et d'une condamnation à une peine privative de liberté, il est permis de douter que ces circonstances soient conciliables avec une maladie mentale⁴.

Avec la réglementation transitoire de l'internement de sûreté, exigeant dans les « cas anciens »⁵ la présence d'un *trouble psychique* pour pouvoir maintenir la personne en détention, la confusion semble absolue. D'une part, l'internement suppose la commission de certaines infractions desquelles la personne a été reconnue coupable, et, d'autre part, le trouble psychique exigé fait référence à l'absence de discernement et, partant, à l'irresponsabilité pénale de la personne. Il n'est donc pas certain que cette condition supplémentaire permette réellement de faire entrer l'internement de sûreté dans l'hypothèse prévue par le e) de l'article 5 § 1. Le raisonnement est transposable à la rétention de sûreté française qui suppose un trouble de la personnalité, ce trouble ne semblant pas non plus correspondre au degré de gravité exigé pour parler de maladie mentale au sens de la Convention⁶. C'est d'ailleurs en ce sens que l'un des promoteurs mêmes de la loi instaurant la rétention de sûreté a admis que la mesure serait applicable « aux personnes présentant les formes de psychopathologie les plus sévères qui ne s'assimilent pas [...] à une maladie

¹ V. p. ex. CEDH, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, n° 17391/90, *préc.*, § 76. - CEDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 49902/99, *préc.*, § 58. - CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 48865/99, *préc.*, § 61.

² En ce sens, CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 5 nov. 1981, n° 7215/75, § 39.

³ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 103.

⁴ Dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni* (5 nov. 1981, n° 7215/75, § 39) précitée, la personne déclarée coupable n'a, en effet, pas été condamnée à une peine, mais uniquement soumise à un traitement en hôpital psychiatrique.

⁵ C'est-à-dire ceux qui ont été déclarés non conformes à la Convention européenne et devant, de ce fait, aboutir à une libération de la personne, ainsi que ceux des auteurs ayant commis les faits avant l'entrée en vigueur de la réforme du dispositif le 1^{er} juin 2013 : v. *supra*, n° 100.

⁶ V. *infra*, n° 713.

mentale »¹. La *ratio legis* de la mesure fait donc clairement apparaître que celle-ci n'avait pas vocation à s'appliquer aux personnes malades, les différents rapports insistant même sur la nécessité de ne pas confondre maladie et criminalité. De la même manière, la Cour constitutionnelle fédérale a précisé que la notion de trouble psychique incluait également des troubles non pathologiques².

Un doute est cependant admis, dans la mesure où la Commission européenne a pu affirmer que la notion d' « aliéné » au sens de la Convention visait également les personnes qui « *présentent des anomalies du caractère ne constituant pas une maladie mentale* »³. Selon ses dires, « *s'il en était autrement, le public serait dépourvu de protection contre les personnes [...] qui [...] présentent une tendance à commettre [...] des actes de caractère agressif, sans pour autant pouvoir être considéré[es] comme pénalement responsable[s]* »⁴. Or, la Cour européenne a eu l'occasion de rappeler que si elle ne posait pas, dans sa jurisprudence, de définition précise et définitive du terme « aliéné » – ce terme étant susceptible d' « *évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales* »⁵ – les motifs de privation de liberté admissibles au regard de l'article 5 étaient, tout de même, d'interprétation étroite. Ainsi, elle estime qu'un problème mental doit atteindre un certain niveau de gravité pour pouvoir être considéré comme un véritable trouble mental aux fins de l'article 5 § 1, e)⁶. Qui plus est, en vertu de sa jurisprudence constante, la privation de liberté imposée à un individu au motif qu'il est aliéné ne relève de l'article 5 que si l'intéressé est placé dans un hôpital, une clinique ou une autre institution appropriée⁷. Il apparaît également que la notion d'aliénation mentale au sens de l'article 5 § 1, e) de la Convention est plus restrictive que celle de « *trouble psychique* » visée par la loi allemande sur l'internement thérapeutique, ou celle de « *trouble de la personnalité* » selon la loi française. De ce fait, des

¹ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 29.

² BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, StV, 2012, p. 25, BeckRS, 2011, 54839, note critique par Krehl, StV, 2012, p. 27.

³ Com. EDH, *X c. Allemagne*, 12 juil. 1976, n° 7493/76.

⁴ *Ibid.*

⁵ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73: AFDI, 1980, p. 324, note Pelloux ; § 37 s.

⁶ CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, *préc.*, § 37. - CEDH, *Johnson c. Royaume-Uni*, 24 oct. 1997, *Rec.* 1997-VII, p. 2409, § 60. - CEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, 5 oct. 2000, n° 31365/96, CEDH 2000-X, § 45. - CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 févr. 2003, n° 50272/99, *préc.*, § 48.

⁷ CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, *préc.*, § 44. - CEDH, *Aerts c. Belgique*, 30 juil. 1998, n° 25357/94 : *Rec.* 1998-V; *D.*, 1999, p. 270, obs. Fricero ; § 46. - CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 févr. 2003, n° 50272/99, *préc.*, § 49. - CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 48865/99, *préc.*, § 65. - CEDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 49902/99, *préc.*, § 62. - CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04, *préc.*, § 78. - CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09, *préc.*, § 69. - CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, *préc.*, § 96 s. - CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12, *préc.*, § 75.

troubles jugés non pathologiques ne sauraient être considérés comme constituant un problème mental suffisamment grave pour être qualifiés d'état d'aliénation au sens de l'article 5.

La Cour de Strasbourg a ainsi jugé, dans l'arrêt *Glien c. Allemagne*, que la détention d'un requérant souffrant d'un trouble mental au sens de la loi sur l'internement thérapeutique – un diagnostic ayant déterminé qu'il souffrait de pédophilie non pathologique – n'était pas justifiée au regard de l'article 5 § 1, e) de la Convention¹. Aussi, quand bien même une maladie mentale serait-elle démontrée, celle-ci n'est pas, en tout état de cause, le seul motif de la privation de liberté résultant d'une détention de sûreté. Cela d'autant plus que, comme l'a rappelé la Cour, le système juridique allemand opère une distinction entre le placement des délinquants dangereux en détention de sûreté et l'internement des malades mentaux en hôpital psychiatrique. La détention de sûreté supposant seulement d'apprécier le risque que le délinquant supposé dangereux présente pour autrui, et non sa santé mentale – la personne étant, de surcroît, enfermée dans un établissement pénitentiaire, et non dans un hôpital, une clinique ou une autre institution appropriée –, la mesure ne relève pas de l'alinéa e) de l'article 5 § 1². Ce constat doit valoir, *a fortiori*, pour l'hypothèse d'un internement *a posteriori* prenant le relais d'un internement psychiatrique qui a pris fin parce que la maladie mentale de la personne concernée a disparu³.

Transposée à la rétention de sûreté française, cette jurisprudence amène à exclure la possibilité que cette mesure puisse être fondée sur l'article 5 § 1, e) de la Convention, dans la mesure où « une personne dangereuse souffrant d'une maladie psychiatrique *stricto sensu* ne saurait relever que des seules dispositions du code de la santé publique relatives à l'hospitalisation d'office »⁴.

618. Différence nécessaire entre les modalités d'exécution de la peine privative de liberté et de la détention de sûreté. Les juges de Strasbourg mettent également l'accent sur l'importance d'une différence significative devant exister entre les conditions de détention en prison et celles en détention de sûreté. Ils ont observé, dans un premier temps, que l'internement de sûreté allemand ne se distinguait pas suffisamment de l'incarcération, ce qui

¹ CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, *préc.*, n° 7345/12.

² CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, *préc.*, n° 6587/04.

³ En ce sens, v. T. Zimmermann, « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *art. cit.*, p. 172.

⁴ D. Roets, « De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la... sûreté », *RSC*, 2010, p. 228. Dans le même sens : D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 1840 s. *Contra*, R. Parizot, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 105 ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1197, p. 1129.

lui a valu d'être soumis au régime afférant à la qualification de peine au sens de l'article 7 de la Convention¹. À la suite des réformes d'envergure intervenues en 2010 et 2012², le gouvernement allemand a fait valoir devant la Cour européenne que le placement, dans le cadre de l'internement de sûreté, dans une aile séparée de la prison assurait aux personnes concernées une situation significativement différente de celle des détenus ordinaires. Il a fait valoir, en particulier, que les détenus de l'aile de sûreté jouissaient d'une plus grande liberté de circulation et de possibilités d'activités récréatives plus étendues. La Cour n'a toutefois pas été convaincue que ces conditions de détention correspondaient à un environnement médical ou thérapeutique approprié pour un malade mental, lequel devrait plutôt faire l'objet d'un transfert vers un hôpital psychiatrique ou une autre institution adaptée aux personnes souffrant de troubles mentaux³. Or, l'internement en hôpital psychiatrique ne concerne que les personnes souffrant d'une réelle maladie mentale ayant aboli ou altéré leur discernement, ce qui ne correspond pas aux personnes soumises à l'internement de sûreté ayant fait l'objet d'une déclaration de culpabilité.

Ni la détention de sûreté allemande ou française ni l'internement thérapeutique qui prend temporairement le relais de l'internement de sûreté⁴ ne semblent, par conséquent, entrer dans les prévisions de l'article 5 § 1, e) de la Convention.

619. Propos conclusifs. Il semblerait, en définitive, que la détention de sûreté relève du premier cas visé par l'article, en ce qu'elle intervient immédiatement après la peine de réclusion et en raison du lien qu'elle présente avec l'infraction ayant donné lieu à condamnation. Malgré les doutes pouvant subsister quant à l'intensité du lien de causalité, il apparaît que même lorsqu'elle est prononcée définitivement lors d'une audience ultérieure, la mesure trouve nécessairement son fondement dans le premier jugement qui en a prévu le principe⁵. Tant que ce lien de causalité est préservé, impliquant que d'éventuelles décisions de prolongation se fondent sur les mêmes motifs que la décision initiale de placement (à savoir la persistance du risque que l'individu représente pour la société), la mesure reçoit, en principe, l'approbation de la Cour européenne⁶. L'internement de sûreté primaire du droit allemand pose, à cet égard, le moindre problème, la mesure étant prononcée de manière concomitante à

¹ V. *supra*, n° 531.

² V. *supra*, n° 97 et 99.

³ CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12, *préc.*

⁴ Sur l'internement thérapeutique, v. *supra*, n° 102 s.

⁵ CEDH, *Müller c. Allemagne*, 10 févr. 2015, n° 264/13, *préc.*, § 62.

⁶ V. p. ex., pour une validation de l'internement de sûreté allemand au regard de l'article 5 § 1, a) de la Convention : CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 4478/03, *préc.*

la condamnation. L'internement prononcé *sous réserve*, ainsi que la rétention de sûreté française, mesures fonctionnant toutes deux selon un mode similaire, peuvent également entrer dans l'hypothèse du *a)* de l'article, en raison du lien qu'elles présentent avec la condamnation initiale qui en prévoit l'éventualité.

L'internement de sûreté *a posteriori* est la mesure soulevant le plus grand problème, ce dont témoignent les décisions de la CEDH. Il est, en effet, complètement détaché du jugement de condamnation et se fonde essentiellement sur des faits survenus ultérieurement, l'absence de lien de causalité semblant, de ce fait, évident¹. C'est la raison pour laquelle le législateur allemand a quasiment renoncé à cette forme d'internement de sûreté lors de la réforme de 2010, ne laissant subsister que sa variante intervenant après la libération d'un hôpital psychiatrique². Cela étant, cette dernière est encore difficile à situer par rapport à l'article 5 § 1, car elle ne présente toujours pas de lien de causalité avec une condamnation au sens du *a)* du texte, pas plus qu'elle ne saurait entrer dans l'hypothèse prévue par le *e)* qui concerne les aliénés. En effet, la libération de l'hôpital psychiatrique intervient précisément en raison de la cessation de la maladie mentale ayant justifié l'internement. Pour ce qui est du maintien transitoire des dispositions abrogées à l'égard des « cas anciens », leur inconvencionnalité évidente³ expose l'Allemagne à d'autres condamnations par la Cour européenne.

Ce constat doit être étendu à la rétention de sûreté intervenant à la suite d'une surveillance de sûreté laquelle, du fait de l'absence de lien de causalité avec le jugement de condamnation, ne saurait entrer dans les prévisions de l'alinéa *a)*, pas plus qu'elle ne relève de l'alinéa *e)*, puisque ni la surveillance ni la rétention de sûreté ne s'appliquent à des personnes aliénées. Cette mesure semble donc contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et risquerait de ne pas passer un contrôle par la Cour de Strasbourg.

En tout état de cause, si la Cour européenne admet le principe d'une privation de liberté imposée à un condamné, à l'issue de la peine, sur le fondement de sa dangerosité, elle pose néanmoins certaines exigences à cet égard. La mesure doit comporter, par rapport à la détention ordinaire, des mesures spéciales visant à réduire la dangerosité de l'intéressé afin de

¹ Bien que certains auteurs aient soutenu la position selon laquelle l'internement de sûreté *a posteriori* présente un lien avec le jugement de condamnation initial, puisque la mesure repose sur une « appréciation globale du condamné, de ses actes et, de manière complémentaire, de son évolution pendant l'incarcération ». La condamnation ne serait donc pas uniquement une *conditio sine qua non* pour la privation de liberté, mais également un motif central pour le pronostic de dangerosité : V. H. Schöch, « Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten », *art. cit.*, p. 1205.

² V. *supra*, n° 97.

³ En ce sens, v. J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 180 ; A. Kreuzer, « Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze », *art. cit.*, p. 127.

favoriser sa réinsertion sociale et sa durée doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire¹. Les détentions de sûreté allemande comme française semblent respecter cette exigence, selon les termes de la loi en tout cas. Le législateur français exige, en effet, « *une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* »², et le dispositif allemand, depuis la réforme entrée en vigueur en juin 2013, prévoit un traitement personnalisé visant à réduire la dangerosité et à permettre la fin de la mesure³.

Le professeur Schöch critique le fait que la Cour européenne examine les différents motifs de privation de liberté de manière isolée, alors qu'il eût été envisageable, au regard de la structure du droit pénal allemand, de cumuler alinéas a) et c), voire e) de l'article 5 § 1 pour justifier l'internement de sûreté⁴. De manière générale, il convient de retenir qu'aucune privation de liberté ne saurait être justifiée par la seule dangerosité post-carcérale de la personne condamnée, sans lien avec une condamnation. Or, du fait de son rattachement obligatoire au jugement de condamnation, reposant donc sur la même infraction, on peut se demander s'il n'y a pas violation du principe *ne bis in idem*⁵. La conformité à l'article 5 § 1 emporte certaines conséquences.

b. Le respect des garanties découlant de l'article 5 CESDH

620. Le nécessaire respect des garanties découlant de l'article 5. La validation d'une privation de liberté à l'aune de l'article 5 § 1 impose de se conformer aux garanties prévues par les paragraphes suivants du texte. Ne seront envisagées, à cet endroit, que les garanties ayant vocation à s'appliquer aux privations de liberté intervenant postérieurement au prononcé d'une condamnation, ce qui exclut notamment le § 3 de l'article qui concerne les personnes arrêtées ou détenues avant jugement. C'est essentiellement le § 4 qui retiendra notre attention.

621. Article 5 § 4 CESDH. Cette disposition, posant le droit pour « *toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention [...] 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*

¹ CEDH, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, 18 sept. 2012, n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09, *préc.*, § 194. V. à ce propos O. Bachelet, « "Détention de sûreté" et objectif de réinsertion sociale », *Dalloz actu.*, 8 oct. 2012.

² Art. 706-53-13, al. 4 CPP.

³ § 66c StGB.

⁴ H. Schöch, « Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten », *art. cit.*, p. 1204.

⁵ Sur le principe *ne bis in idem*, v. *infra*, n° 668 s.

détention est illégale », concerne tous les cas de privation de liberté visés par l'article 5 § 1, sans qu'il y ait lieu de s'attacher au motif et à l'organe à l'origine de la décision. Elle est susceptible de s'appliquer, selon la jurisprudence de la Cour, à un large éventail de situations, parmi lesquelles on trouve la personne assignée à résidence par une autorité judiciaire¹, l'aliéné interné sur décision administrative ou judiciaire², le récidiviste mis à la disposition du gouvernement à l'issue de sa peine³ ou encore le mineur interné dans le service de psychiatrie d'un hôpital public⁴. La détention de sûreté est donc, de toute évidence, soumise à cette garantie, de même que l'internement psychiatrique ou aux fins de désintoxication.

Le texte permet à la personne concernée de faire vérifier la légalité de sa détention par un tribunal indépendant et impartial⁵, disposant d'un pouvoir effectif d'ordonner la libération de l'individu privé de liberté de manière illégale⁶. La brièveté du délai s'apprécie selon les circonstances de l'espèce⁷, la Cour de Strasbourg admettant, par exemple, que dans une procédure de contrôle d'un internement psychiatrique, la complexité des questions médicales en jeu soit un facteur pouvant entrer en ligne de compte⁸. Les juges européens accordent une importance particulière au temps écoulé entre la décision initiale et les contrôles ultérieurs, les décisions devant suivre à un « *rythme raisonnable* »⁹. Le recours doit en outre présenter la qualité d'être effectif¹⁰, c'est-à-dire qu'il doit être adéquat¹¹ et exister avec un degré suffisant

¹ P. ex. CEDH, *Ciulla c. Italie*, 22 févr. 1989, n° 11152/84, Série A, n° 148.

² P. ex. CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, *préc.* - CEDH, *Luberti c. Italie*, 23 févr. 1984, n° 9019/80, Série A, n° 75. - CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, *préc.* - CEDH, *Keus c. Pays-Bas*, 25 oct. 1990, n° 12228/86, Série A, n° 185-C.

³ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, n° 7906/77, Série A, n° 50.

⁴ CEDH, *Nielsen c. Danemark*, 28 nov. 1988, n° 10929/84, Série A, n° 144.

⁵ CEDH, *Niedbala c. Pologne*, 4 juil. 2000, n° 27915/95, *JCP*, 2001, I, p. 291, n° 13, obs. F. Sudre ; § 50. - CEDH, *D. N. c. Suisse*, 29 mars 2001, n° 27154/95, *JCP*, 2001, I, p. 342, n° 8, obs. F. Sudre ; § 42.

⁶ Une commission ayant un pouvoir simplement consultatif et non pas décisionnel ne saurait satisfaire à cette exigence : CEDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, n° 9787/82.

⁷ V. CEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, 21 oct. 1986, n° 9862/82, Série A, n° 107, § 55. - CEDH, *Bezicheri c. Italie*, 25 oct. 1989, n° 11400/85, Série A, n° 164. - CEDH, *Delbec c. France*, 18 juin 2002, n° 43125/98, *RDP*, 2003, p. 689, obs. D. Thomas. - CEDH, *Mihailovs c. Lettonie*, 22 janv. 2013, n° 35939/10.

⁸ V. p. ex. CEDH, *Gaultier c. France*, 28 mars 2006, n° 41522/98, § 41.

⁹ V. p. ex. CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, n° 10533/83, Série A, n° 244 ; *AJDA*, 1993, p. 105, *chron. Flauss* ; § 75. - CEDH, *L. R. c. France*, 27 juin 2002, n° 33395/96, § 38. - CEDH, *Mathieu c. France*, 27 oct. 2005, n° 68671/01, § 37. - CEDH, *Tréboux c. France*, 3 oct. 2006, n° 7217/05. - CEDH, *Van Glabeke c. France*, 7 mars 2006, n° 38287/02. - CEDH, *Gaultier c. France*, 28 mars 2006, n° 41522/98, *préc.*, § 41 et 42. - CEDH, *S.T.S. c. Pays-Bas*, 7 juin 2011, n° 277/05. - CEDH, *Betteridge c. Royaume-Uni*, 29 janv. 2013, n° 1497/10.

¹⁰ CEDH, *RMD c. Suisse*, 26 sept. 1997, n° 19800/92 : *RSC*, 1998, p. 385, obs. R. Koering-Joulin ; *JCP*, 1998, I, 107, n° 14, obs. Sudre. - CEDH, *Soumare c. France*, 24 août 1998, n° 23824/94 : *JCP*, 1999, I, 105, n° 108 ; *RDP*, 1999, p. 862, obs. Thomas. - CEDH, *Stanev c. Bulgarie*, GC, 17 janv. 2012, n° 36760/06. - CEDH, *Popov et autres c. France*, 19 janv. 2012, n° 39472/07 et 39474/07 : *AJDA*, 2012, p. 127 ; *D.*, 2012, p. 363, obs. Fleuriot ; *ibid.* p. 864, entretien Slama.

¹¹ CEDH, *Svipsta c. Lettonie*, 9 mars 2006, n° 66820/01, § 141.

de certitude¹. Enfin, le tribunal saisi doit contrôler le respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la « légalité », au sens de la Convention, de la privation de liberté², et vérifier le caractère raisonnable des soupçons motivant l'arrestation, ainsi que la légitimité du but poursuivi³.

Le tribunal n'exerce donc pas un contrôle d'opportunité, qui permettrait de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision, mais un contrôle de légalité au sens large, comprenant aussi bien les principes de droit interne que ceux découlant de la Convention⁴. On peut souligner, à cet égard, que si le dispositif régissant la rétention de sûreté prévoit la possibilité, pour l'intéressé, d'intenter un recours devant la JNRS contre la décision de prononcer ou prolonger la mesure prise par la JRRS⁵, les textes ne prévoient pas le délai dans lequel il doit être statué sur l'appel. Cela amène à mettre en doute l'effectivité du recours⁶.

622. Article 5 § 4 et théorie du « contrôle incorporé ». Toutefois, conformément à la jurisprudence de la Cour, lorsque la décision initiale a été prise par un organe judiciaire, la théorie du « contrôle incorporé » dispense d'un tel recours⁷. La Cour distingue, en effet, entre les privations de liberté d'origine administrative et celles d'origine judiciaire, le contrôle étant, dans le deuxième cas, intégré à la décision privative de liberté. Il s'agit d'une règle visant à éviter des remises en cause de l'autorité de la chose jugée qui entraîneraient une fragilisation des décisions de justice, mais elle ne s'attache que formellement à l'existence d'une décision judiciaire, sans permettre de vérifier au fond la solution retenue. La théorie ne concerne néanmoins que les décisions initiales ordonnant la privation de liberté, les décisions subséquentes, comme une réincarcération ou une détention ultérieure en exécution de la peine, échappant au contrôle en ce qu'elles peuvent soulever des questions nouvelles liées à

¹ CEDH, *Soumare c. France*, 24 août 1998, n° 23824/94, *préc.*, § 41. - CEDH, *Aquilina c. Malte*, 29 avr. 1999, n° 25642/94 : *JDI*, 2000, p. 107, obs. M. Benillouche.

² CEDH, *Nikolova c. Bulgarie*, 25 mars 1999, n° 31195/96 : *JCP*, 2000, I, 203, n° 6, obs. F. Sudre ; § 58.

³ CEDH, *Nikolova c. Bulgarie*, 25 mars 1999, n° 31195/96, *préc.*, § 58. - CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 nov. 1988, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, série A, n° 145-B, § 65.

⁴ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, n° 7906/77, *préc.*, § 48. - CEDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, n° 9787/82, *préc.*, § 57.

⁵ Art. 706-53-15, al. 5 et 6 ; R. 53-8-41 CPP.

⁶ En ce sens, A. Cerf, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », *art. cit.*, p. 149.

⁷ V. F. Sudre *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Thémis, PUF, 2015, par J.-P. Marguénaud, p. 235 s.

leur légalité¹. La Cour a également précisé que la théorie du contrôle incorporé ne valait que pour les organes offrant les garanties fondamentales de procédure exigées en matière de privation de liberté², comme le respect des droits de la défense ou du principe du contradictoire. La décision relative à la détention de sûreté émanant de la juridiction pénale, en Allemagne, et de la cour d'assises suivie par la JRRS, en France, il est permis de penser que la théorie du contrôle incorporé trouve à s'appliquer.

623. Article 5 § 4 et contrôles périodiques en cas de détentions de longue durée. Si les circonstances ayant motivé la privation de liberté sont sujettes à effacement – ce qui est le cas de la détention de sûreté qui se fonde sur la dangerosité, « *facteur susceptible d'évoluer avec le temps* » –, le condamné doit pouvoir « *faire examiner périodiquement la légalité de son maintien en détention* »³. La théorie du « contrôle incorporé » est donc atténuée face à la nécessité d'apprécier, par des recours ultérieurs, si l'évolution de la situation n'est pas de nature à remettre en cause la légalité de la détention⁴. De manière plus générale, pour les peines perpétuelles discrétionnaires, la Cour a admis que les détenus disposaient d'un droit de recours devant un tribunal qui statue sur la légalité du maintien en détention à des intervalles raisonnables, de façon à permettre un contrôle périodique de la privation de liberté⁵. En outre, la Cour a rappelé que l'article 5 § 4 ne pouvait pas être interprété comme exemptant la détention de tout contrôle ultérieur pour peu qu'un tribunal l'ait autorisé par une décision initiale, mais que bien au contraire, cette disposition exigeait qu'un contrôle adéquat soit effectué à des intervalles raisonnables⁶. C'est ainsi que la Cour a été amenée, en matière d'internement des aliénés, à sanctionner les États qui n'offraient pas de recours réels et effectifs permettant de mesurer l'évaluation de la situation du sujet⁷. Elle a eu l'occasion d'affirmer qu'un délai supérieur à un an ne répondait pas à cette exigence, au regard de la législation interne en vigueur qui imposait un contrôle judiciaire automatique de la situation

¹ CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, n° 7906/77, *préc.*, § 45. - CEDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, n° 9787/82, *préc.*, § 56.

² CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp ("Vagabondage") c. Belgique*, 18 juin 1971, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, § 78. - CEDH, *Van der Leer c. Pays Bas*, 21 févr. 1990, n° 11509/85 : *RTD civ.*, 1991, p. 294, obs. Hauser ; § 33.

³ CEDH, *T. c. Royaume-Uni*, 16 déc. 1999, n° 24724/94, § 121.

⁴ J.-P. Céré, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 220.

⁵ CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*, 25 oct. 1990, n° 11787/85, 11978/86, 12009/86, § 70 s. - CEDH, *Wynne c. Royaume-Uni*, 18 juil. 1994, n° 15484/89, *préc.*, § 33. À propos de la « peine pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté », v. également : CEDH, *Hussain et Singh c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1996, *Rec.* 1996, I, § 54.

⁶ CEDH, *Svipsta c. Lettonie*, 9 mars 2006, n° 66820/01, *préc.*, § 141. V. aussi, *mutatis mutandis*, CEDH, *Iribarne Pérez c. France*, 24 oct. 1995, n° 16462/90, série A, n° 325-C, p. 63, § 30.

⁷ P. ex. CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 5 nov. 1981, n° 7215/75, Série A, n° 46. - CEDH, *Magalhaes Pereira c. Portugal*, 26 févr. 2002, n° 44872/98.

de l'individu à un rythme n'excédant pas des intervalles d'un an¹. Elle a, enfin, jugé qu'en matière d'internement des aliénés, des durées de huit semaines posaient problème².

La nécessité d'un contrôle périodique de la détention de sûreté a été rappelée par la Cour à plusieurs reprises, par exemple dans l'affaire *Schönbrod c. Allemagne*³ relative au non-respect par les tribunaux du délai légal de contrôle de la nécessité de la mesure. Le bien-fondé du maintien en détention d'une personne pour motif de dangerosité requiert toujours que la décision du tribunal national compétent s'appuie sur des éléments probants suffisamment consistants et actualisés⁴. Dans ces conditions, a été jugé justifié le maintien d'une personne en détention de sûreté, alors que la dernière expertise médicale sur laquelle se fondait le placement datait de 6 ans, dans la mesure où les troubles relevés dans cette expertise avaient été confirmés par le psychologue de l'établissement au sein duquel la personne était internée⁵.

Il convient de noter que l'article 5 § 4 de la Convention n'astreint pas les États à instaurer un double degré de juridiction pour l'examen de la légalité de la détention et celui des demandes d'élargissement. Néanmoins, dès lors qu'un État se dote d'un tel système, il doit, en principe, accorder aux détenus les mêmes garanties en appel qu'en première instance⁶, et notamment en ce qui concerne l'exigence de statuer à « *bref délai* ». Cela étant, cette exigence est plus souple quand il s'agit des procédures devant un tribunal hiérarchiquement supérieur, car si la détention a été confirmée par un tribunal, elle doit être considérée comme légale et non arbitraire, même si un recours est prévu par la loi⁷.

624. Conformité des mesures de sûreté à l'article 5 § 4. En matière de détention de sûreté, les dispositifs allemand et français prévoient des contrôles réguliers de la situation du retenu, ainsi que des possibilités de recours contre les décisions prises. Le droit français offre

¹ CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, n° 10533/83, *préc.*, § 75.

² CEDH, *Baudoin c. France*, 18 nov. 2010, n° 35935/03 : *D.*, 2011, p. 1713, obs. Bernaud et Gay; *AJ pénal*, 2011, p. 144, obs. Péchillon; *JCP*, 2011, p. 189, note Grabarczyk ; § 118. - CEDH, *E. c. Norvège*, 29 août 1990, n° 11701/85, § 63 s.

³ CEDH, *Schönbrod c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 48038/06.

⁴ V. *Commentaire de la recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux (CM(2014)14 add1)*, n° 91.

⁵ CEDH, *Dörr c. Allemagne*, 22 janv. 2013, n° 2894/08.

⁶ CEDH, *Toth c. Autriche*, 12 déc. 1991, n° 11894/85, § 84 ; CEDH, *Navarra c. France*, 23 nov. 1993, n° 13190/87, § 28 ; CEDH, *Ceuta c. Roumanie*, 6 nov. 2012, n° 1136/05, § 19 ; CEDH, *Rutten c. Pays-Bas*, 24 juil. 2001, n° 32605/96, § 53 ; CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 févr. 2003, n° 50272/99, *préc.*, § 78. V. aussi, *mutatis mutandis*, CEDH, *Delcourt c. Belgique*, 17 janv. 1970, n° 2689/65, Série A n° 11, § 25 *in fine* ; CEDH, *Ekbatani c. Suède*, 26 mai 1988, n° 10563/83, Série A n° 134, § 24. V. également CEDH, *Djalti c. Bulgarie*, 12 mars 2013, n° 31206/05, § 64.

⁷ CEDH, *Lebedev c. Russie*, 25 oct. 2007, n° 4493/04, § 96 ; CEDH, *Ceuta c. Roumanie*, 6 nov. 2012, n° 1136/05, *préc.*, § 20.

à la personne retenue la faculté de demander sa libération à la JRRS tous les trois mois, ce qui peut être considéré comme constituant des « intervalles raisonnables » au regard de la jurisprudence européenne¹. Les décisions prises par cette juridiction peuvent, en outre, au-delà des exigences de la Convention, faire l'objet de recours². Plus encore, il est imposé par les textes de vérifier d'office, tous les ans, que les conditions de placement sont toujours réunies, avant de pouvoir prolonger la mesure³. Un doute peut toutefois subsister pour la rétention de sûreté intervenant consécutivement à la violation des obligations d'une surveillance de sûreté, le placement en urgence devant être confirmé par la JRRS dans un délai de trois mois, ce qui peut paraître relativement long⁴.

En Allemagne, on l'a vu, la situation du détenu doit être examinée au moins tous les ans, voire tous les neuf mois si sa détention dépasse dix années⁵. Les décisions prises sont également susceptibles de recours⁶. Ces règles internes semblent donc être en conformité avec les exigences européennes, dans la mesure où le contrôle périodique tenant « à la réalité et à la pérennité du motif de placement en rétention – la particulière dangerosité »⁷ vient s'ajouter au contrôle incorporé à la décision initiale de la juridiction ordonnant la mesure.

La question se pose également pour la période de sûreté française. Or, les mécanismes d'assouplissement prévus par le dispositif permettent au tribunal de l'application des peines un réexamen de la mesure⁸, si bien que l'on puisse considérer que la période de sûreté n'est pas contraire à l'article 5 § 4 de la Convention⁹. Enfin, en ce qui concerne l'internement psychiatrique, le dispositif français prévoit la possibilité de saisir, à tout moment, le JLD, aux fins d'ordonner, à bref délai, la mainlevée immédiate de la mesure¹⁰. En Allemagne, la nécessité du maintien de cette mesure doit être vérifiée tous les ans, et, pour ce qui est de

¹ V. les arrêts CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, *préc.* - CEDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, n° 9787/82, *préc.* - CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*, 25 oct. 1990, n° 11787/85, 11978/86, 12009/86, *préc.* - CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, n° 10533/83, *préc.* - CEDH, *Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2002, n° 28212/95.

² Art. 706-53-17 CPP.

³ Art. 706-53-16 CPP.

⁴ Il semblerait toutefois que le fait que ce placement en urgence soit ordonné par le président de la JRRS satisfasse aux exigences européennes. *Contra*, R. Parizot, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 107.

⁵ § 67e, al. 2 StGB. V. *supra*, n° 614.

⁶ V. § 454 combiné au § 463 StPO.

⁷ D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 1840 s.

⁸ Art. 720-4 CPP. V. *supra*, n° 358.

⁹ V. sur l'article 5 § 4 appliqué aux peines perpétuelles : CEDH, *T. et V. c. Royaume-Uni*, 16 déc. 1999, n° 24888/94 et 24724/94 ; CEDH, *Singh c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1996, n° 23389/94.

¹⁰ Art. L. 3211-12 CSP.

l'internement en établissement de désintoxication, tous les six mois¹. La conformité à l'article 5 § 4 semble, par conséquent, assurée.

625. Article 5 § 2 CESDH. Le § 2 du même article garantit le droit à la personne d' « être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». Les dispositifs allemand et français semblent satisfaire à cette obligation d'information en ce que les procédures sont contradictoires². Ainsi, en France la personne condamnée est avertie par la cour d'assises qu'elle « pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté »³. La commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté qui évalue ensuite sa dangerosité rend un avis motivé⁴, conduisant le ministère public à saisir la JRRS⁵. Après un débat contradictoire, celle-ci rend une décision spécialement motivée, susceptible de recours devant la JNRS. La décision rendue par celle-ci peut, à son tour, faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Le condamné est assisté par un avocat tout au long de la procédure et peut solliciter une contre-expertise qui sera de droit.

626. Article 5 § 5 CESDH. Il est cependant moins certain que le droit à réparation posé par le § 5 en cas de détention contraire aux dispositions de l'article 5 soit effectivement respecté par les États étudiés. En effet, ni la loi allemande, ni la loi française ne prévoit de recours en réparation au bénéfice de la personne victime d'une détention de sûreté irrégulière⁶.

La Convention européenne remédie à cette carence par le biais de la satisfaction équitable allouée à la personne victime d'une violation de la Convention⁷. Bien que le droit à réparation ne doive pas être confondu avec la satisfaction équitable, celle-ci peut constituer un dernier recours pour les victimes d'une privation de liberté irrégulière. C'est ainsi que de nombreuses personnes ont dû être indemnisées par l'État allemand à la suite des condamnations par la CEDH de l'internement de sûreté⁸. La Cour fédérale de justice, afin de se conformer à la

¹ § 67e, al. 2 StGB.

² V. 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 », *art. cit.*, p. 129 s.

³ Art. 706-53-13, al. 3 CPP.

⁴ Art. 706-53-14 CPP.

⁵ Art. 706-53-15 CPP.

⁶ V. 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 », *art. cit.*, p. 129 s.

⁷ Art. 41 CESDH.

⁸ Pour les décisions de condamnation, v. *supra*, n° 96 et 531 s.

jurisprudence européenne, a, en outre, fini par accorder une indemnisation aux personnes irrégulièrement détenues directement sur le fondement de l'article 5 § 5 de la Convention européenne¹.

Une détention irrégulière ne peut certes pas découler des mesures non privatives de liberté qui ne relèvent pas du champ d'application de l'article 5 de la Convention. Néanmoins, les personnes qui y sont soumises sont, elles aussi, protégées contre d'éventuels excès étatiques.

2. Le droit à la liberté de circulation

627. Contrôle de proportionnalité des mesures restrictives de la liberté de circulation. L'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit la liberté de circulation, plus connue sous la qualification de « liberté d'aller et venir »². Dans son alinéa 3, l'article dispose que « *l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Les mesures de sûreté non privatives mais restrictives de liberté, notamment les mesures de surveillance, sont donc soumises à la garantie consacrée par ce texte, en ce qu'elles entraînent des « *restrictions à la liberté de circuler* »³.

La Cour s'emploie ainsi à trancher la question de la proportionnalité des restrictions à la liberté de circulation qui peuvent découler de ces mesures. Son arrêt *Villa c. Italie*⁴, rendu à propos d'une mesure de liberté surveillée appliquée à une personne déclarée partiellement irresponsable, apporte d'intéressantes précisions à ce sujet. Le prononcé ainsi que les prolongations successives de cette mesure étaient (comme cela est le cas de nombre de mesures de sûreté en France et en Allemagne) fondés sur la dangerosité de la personne qui y était soumise. Tout d'abord, la Cour a observé que de telles mesures « *ne se justifi[ai]ent*

¹ V. entre autres BGH, 19 sept. 2013, III ZR 405/12; III ZR 406/12; III ZR 407/12. Précisons qu'il appartient aux différents Länder de prendre en charge cette indemnisation et non à l'État fédéral.

² V. D. Roets, « De l'obligation positive incombant à l'État de contrôler périodiquement la persistance de la dangerosité ayant justifié la prise de certaines mesures de sûreté restrictives de la liberté de circulation », à propos de CEDH, 2^e section, 20 avril 2010, *Villa c. Italie*, RSC, 2011, p. 705 s.

³ V. CEDH, *Villa c. Italie*, 20 avr. 2010, n° 19675/06 : RSC, 2011, p. 705, obs. D. Roets ; *Dalloz actu.*, 23 avr. 2010, note L. Priou-Alibert ; § 43. - CEDH, *Raimondo c. Italie*, 22 févr. 1994, n° 12954/87, Série A, n° 281-A : RSC, 1995, p. 388, obs. Massias ; *ibid.*, 1994, p. 614, obs. Pettiti ; *JDI*, 1995, p. 748, obs. Decaux et Tavernier ; *AFDI*, 1994, p. 658, obs. Coussirat-Coustère ; *JCP*, 1995. I. 3823, chron. Sudre ; § 39.

⁴ CEDH, *Villa c. Italie*, 20 avr. 2010, n° 19675/06, *préc.*

qu'aussi longtemps qu'elles tendent effectivement à la réalisation de l'objectif qu'elles sont censées poursuivre »¹. Puis, elle a ajouté que « fût-elle justifiée au départ, une mesure restreignant la liberté de circulation d'une personne peut devenir disproportionnée et violer les droits de cette personne si elle se prolonge automatiquement pendant longtemps »². Enfin, les juges strasbourgeois ont considéré, plus particulièrement, que « lorsque sont en cause des mesures dont la justification repose sur une condition propre à l'intéressé qui, comme la dangerosité sociale due à des troubles psychiatriques, est susceptible de se modifier dans le temps, il incombe à l'État de procéder à des contrôles périodiques quant à la persistance des raisons justifiant toute restriction aux droits garantis par l'article 2 du Protocole no 4 »³. La Cour a admis que la fréquence de pareils contrôles dépendait de la nature des restrictions en cause et des circonstances particulières de chaque affaire. Or, elle a estimé qu'en l'espèce, un intervalle de neuf mois sans contrôle entre la prorogation de la mesure et sa révocation, puis de quatre mois entre l'audience devant le juge d'application des peines et la levée effective de la liberté surveillée, n'était pas justifié et a rendu disproportionnées les restrictions à la liberté de circulation du requérant, concluant donc à une violation du texte.

Cette décision est à rapprocher de celles qui ont été rendues au regard de l'article 5 § 4 de la Convention en matière de mesures privatives de liberté dont le maintien sur le fondement de la dangerosité doit également faire l'objet de contrôles à intervalles réguliers⁴. Le contrôle de la situation de l'intéressé doit ainsi permettre de vérifier la persistance de la condition ayant justifié la mesure, qu'il s'agisse de la dangerosité ou d'un trouble mental⁵.

628. Soumission des mesures de sûreté restrictives de liberté à la garantie du contrôle périodique. Les garanties découlant de ce texte ainsi que de la jurisprudence de la Cour doivent s'appliquer aux dispositifs de surveillance et de contrôle intervenant sur le fondement de la dangerosité – susceptibles de porter atteinte à la liberté de circulation de l'individu – en vigueur en France et en Allemagne. On y trouve notamment, du côté allemand, la surveillance de conduite, et, du côté français, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté, le suivi socio-judiciaire et le PSEM, aussi bien que l'inscription au FIJAISV et les

¹ CEDH, *Villa c. Italie*, 20 avr. 2010, n° 19675/06, *préc.*, § 47. V. aussi, *mutatis mutandis*, les arrêts *Napijalo c. Croatie*, 13 nov. 2003, n° 66485/01, § 78-82 ; et *Gochev c. Bulgarie*, 26 nov. 2009, n° 34383/03, § 49.

² Elle renvoie ici à ses arrêts *Luordo c. Italie*, 17 juil. 2003, n° 32190/96, § 96, CEDH 2003-IX ; *Riener c. Bulgarie*, 27 nov. 2012, n° 29713/05, § 121, et *Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie*, 31 oct. 2006, n° 41463/02, § 35.

³ CEDH, *Villa c. Italie*, 20 avr. 2010, n° 19675/06, *préc.*, § 48.

⁴ V. *supra*, n° 621 s.

⁵ V. entre autres, pour un internement psychiatrique fondé sur un trouble mental : CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, *préc.*

mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables. Ces différentes mesures restreignent, de manière plus ou moins intense, la liberté de circulation de la personne, ce qui ne pose pas, en soi, de problème au regard du droit conventionnel, la Cour européenne acceptant dans son principe l'existence de telles restrictions. Il importe, en revanche, au vu de la jurisprudence européenne, que les dispositifs instaurant ces mesures prévoient leur cessation aussitôt que la dangerosité de la personne ayant initialement justifié leur prononcé disparaît. La Cour met en effet à la charge des États une obligation positive de contrôler périodiquement la persistance de l'état de dangerosité, puisqu'il ne saurait appartenir à la personne objet des mesures restrictives de sa liberté de prouver qu'elle n'est plus dangereuse¹. Bien que qualifié légalement de « peine », le suivi socio-judiciaire est ainsi soumis à l'exigence d'un contrôle périodique de l'état dangereux de l'intéressé², en raison de son fondement qu'est la « dangerosité potentielle du sujet »³, plus que sa culpabilité⁴.

629. Insuffisance apparente des dispositifs allemand et français. Or, un tel contrôle n'est pas prévu, par le droit positif, pour toutes les mesures en question. C'est le cas du suivi socio-judiciaire, mesure pouvant atteindre une durée particulièrement longue, voire illimitée dans le temps, sans qu'aucun contrôle régulier de son bien-fondé ne soit imposé par la loi. La personne dispose seulement de la possibilité de solliciter son relèvement anticipé tous les ans⁵. Il en va de même de l'inscription au FIJAISV, dont la durée est également très longue (pouvant aller jusqu'à trente ans) et qui ne peut prendre fin qu'à l'initiative de l'intéressé⁶ ou s'il meurt⁷. Les dispositions relatives à la surveillance judiciaire ne prévoient pas davantage un tel contrôle, la loi permettant uniquement au JAP de mettre fin à la mesure si la réinsertion du condamné paraît acquise, ou, au contraire, de la prolonger si le comportement ou la personnalité du condamné le justifie⁸. Les textes n'indiquent aucun délai pour procéder à ces vérifications.

¹ D. Roets, « De l'obligation positive incombant à l'État de contrôler périodiquement la persistance de la dangerosité ayant justifié la prise de certaines mesures de sûreté restrictives de la liberté de circulation », *art. cit.*, p. 705 s.

² *Ibid.*

³ J. Castaignède, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *art. cit.*, p. 23 s.

⁴ Sur la nature juridique du suivi socio-judiciaire, v. *supra*, n° 414 et 508.

⁵ Art. 763-6 CPP.

⁶ Art. 706-53-10 CPP.

⁷ Art. 706-53-4 et R. 53-8-35 CPP.

⁸ Art. 723-34 CPP.

La dangerosité de la personne qui fait l'objet d'un PSEM doit en revanche faire l'objet d'un réexamen tous les deux ans¹, délai qui correspond à la prorogation de la mesure au-delà de sa durée initiale. Cela vaut également pour la surveillance de sûreté laquelle, d'une durée initiale de deux ans, peut faire l'objet de prolongations illimitées². Chaque prolongation suppose ainsi un réexamen des conditions d'application matérielles de la mesure.

La surveillance de conduite en vigueur en Allemagne ne peut, même en cas de cessation de la dangerosité de la personne, faire l'objet d'une levée avant qu'une durée de deux années ne se soit écoulée³. Cette rigidité peut paraître critiquable, en ce qu'elle ne permet pas de mettre fin à la mesure dans des hypothèses où son maintien n'est pourtant plus nécessaire – la mesure devenant alors, à l'évidence, disproportionnée.

Si les dispositifs ne prévoyant aucun contrôle de la persistance de la dangerosité ne répondent donc manifestement pas à l'exigence conventionnelle⁴, il n'est pas non plus certain qu'un délai de deux ans soit satisfaisant à cet égard. Le professeur Roets estime, en effet, que ce délai devrait être de six mois environ⁵. En tout état de cause, la Cour européenne, si elle venait à se prononcer sur ces mesures, apprécierait les circonstances de chaque espèce dans leur ensemble.

En plus des différents droits fondamentaux qui sont reconnus au délinquant susceptible d'être soumis à une mesure de sûreté, celui-ci est protégé par un certain nombre de principes qui régissent directement la sanction pénale.

¹ Art. 131-36-12, al. 1 CP ; art. 763-10, al. 3 CPP ; art. R. 61-30 CPP.

² Précisons que lors de sa création par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, la durée de cette mesure était d'un an, mais qu'elle a été allongée à deux ans par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010.

³ § 68e, al. 2 StGB.

⁴ D. Roets, « De l'obligation positive incombant à l'État de contrôler périodiquement la persistance de la dangerosité ayant justifié la prise de certaines mesures de sûreté restrictives de la liberté de circulation », *art. cit.*, p. 705 s.

⁵ *Ibid.*

§ 2 : Les principes fondamentaux régissant la sanction pénale

630. Les mesures de sûreté faisant partie de la catégorie plus large des sanctions pénales, il convient de rechercher dans quelle mesure les principes de droit commun régissant originellement les peines leur sont applicables et, le cas échéant, d'examiner leur conformité à ces principes. Si, au premier plan de ces principes, se trouve incontestablement le principe de légalité (A), toute sanction pénale doit, en principe, répondre également à une exigence de nécessité et de proportionnalité (B).

A. Le principe de légalité et ses corollaires

631. Le principe de légalité de la sanction pénale guidant l'activité tant du législateur que des juges pénaux, se pose la question de son application aux mesures de sûreté (1). Le cas échéant, il s'agira de vérifier la conformité de celles-ci aux corollaires du principe de légalité criminelle (2).

1. L'application du principe de légalité aux mesures de sûreté

632. Origines du principe. L'adage « *nulla poena sine lege* »¹ trouve ses origines dans la doctrine, notamment dans les théories élaborées par Montesquieu², puis précisées par Cesare Beccaria, en 1764, dans son traité *Des délits et des peines*. Selon la conception formelle du principe, la peine doit exister en vertu d'un texte législatif pour pouvoir être prononcée par une juridiction, afin d'éviter l'arbitraire du juge. Or, l'exigence d'un texte prévoyant la sanction pénale applicable devrait valoir aussi bien pour les peines que pour les mesures de sûreté. Le juge ne devrait donc pouvoir appliquer une mesure de sûreté qu'en se référant aux dispositions légales en vigueur.

L'importance actuelle du principe de légalité est régulièrement rappelée par la doctrine qui le qualifie de « règle cardinale, clé de voûte du droit criminel »³. La plupart des autres

¹ Formulé au début du XIX^e siècle par le professeur criminaliste bavarois P. J. A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, p. 20, § 24.

² Ch.-L. de Secondat de La Brède, dit Montesquieu, *De l'esprit des lois*, op. cit., Livre XI, chap. VI.

³ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 129, p. 114. L'auteur précise que le principe ne gouverne pas seulement le droit pénal, mais également la procédure pénale, et qu'il conviendrait par conséquent de reformuler l'adage en « *Nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium sine lege* ». V. aussi R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 151, p. 225.

règles fondamentales qui garantissent les citoyens contre l'arbitraire et les abus de la répression découlent en effet, de manière plus ou moins directe, de ce principe¹. Il est également souligné que « le droit de la peine est tout entier gouverné par le principe de la légalité criminelle »², ce qui pose la question de son applicabilité plus large au « droit des sanctions pénales », incluant les mesures de sûreté. À cette interrogation, il doit, sans conteste, être répondu par l'affirmative³, en assouplissant, au besoin, le principe lorsque son application rigide risque de compromettre la réalisation du but préventif poursuivi par les mesures de sûreté⁴. Il est indispensable que l'individu puisse connaître, à l'avance, les mesures auxquelles son comportement l'expose, car « la liberté individuelle ne sera pleinement respectée que si un avertissement précède toute mesure grave »⁵. Cela implique que le juge ne puisse recourir qu'aux mesures de sûreté expressément mentionnées et organisées par la loi et que toute mesure soit subordonnée à la constatation préalable d'un état dangereux précis et facilement constatable⁶.

633. Normes nationales. En Allemagne, l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale dispose qu'« *un acte n'est passible d'une peine que s'il était punissable selon la loi en vigueur avant qu'il ait été commis* ». Cette disposition à valeur constitutionnelle ne vise que les peines⁷. Elle ne fait donc pas obstacle à la validité du § 2, alinéa 6 du code pénal allemand qui prévoit qu'en matière de mesures de sûreté, la loi applicable est celle en vigueur au moment du jugement.

En France, l'article 8 de la DDHC, qui fait partie du bloc de constitutionnalité, énonce que « *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* ». *A priori*, cet article n'est pas applicable aux mesures de sûreté, comme a pu le préciser le Conseil constitutionnel en déclarant que la rétention de sûreté ne constituait « *ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition* » et ne relevait,

¹ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, op. cit., n° 107, p. 63.

² É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 243, p. 113.

³ En ce sens, P. Chambon, *Les mesures de sûretés*, op. cit., p. 110-111 ; M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 19 s. ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., n° 659, p. 830 ; H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », art. cit., p. 1607 s. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 624, p. 525 ; J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », art. cit., n° 35.

⁴ En ce sens, B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 141, p. 138, et n° 150, p. 145.

⁵ *Ibid.*, n° 149, p. 146.

⁶ *Ibid.*, n° 150, p. 147.

⁷ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (182 s.), préc. ; BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, BVerfGE 109, 190 (219), préc. ; BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08 et 2 BvR 2633/08, préc.

par conséquent, pas de ce texte¹. Aussi l'article 112-1, alinéa 2 du Code pénal, aux termes duquel peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la date de la commission de l'infraction, ne fait-il nullement référence aux mesures de sûreté.

634. Normes européennes. Il faut se tourner vers le droit européen² pour découvrir un éventuel fondement à l'application du principe de légalité aux mesures de sûreté. C'est l'article 7 § 1 de la CESDH qui énonce le principe de la légalité en matière pénale : « *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* » et « *il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». La Cour de Strasbourg est régulièrement amenée à vérifier le respect, par les États parties à la Convention qu'elle protège, de ce principe dont elle a consacré le caractère absolu. Elle a en effet souligné que le principe de légalité devait être interprété et appliqué « *de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et sanctions arbitraires* »³ et commandé de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive, au détriment de l'accusé. Elle a également rappelé que « *la garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occup[ait] une place primordiale dans le système de protection de la Convention* »⁴.

Or, si une mesure de sûreté est considérée comme étant une peine au sens de cet article, les principes qui en découlent devront être respectés. Rappelons, à ce titre, que la CEDH adopte une conception matérielle du principe, en s'attachant davantage au contenu de la mesure qu'à sa forme⁵. C'est ainsi qu'elle a expressément qualifié la détention de sûreté de peine aux fins de l'article 7, selon ses critères d'interprétation autonomes⁶.

La doctrine se prononce de manière unanime en faveur de l'application du principe de légalité aux mesures de sûreté, particulièrement en raison de leur caractère attentatoire aux libertés individuelles⁷, afin que le justiciable puisse connaître, à l'avance, les différentes

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.* V. *supra*, n° 219.

² On peut également citer d'autres normes internationales qui affirment le principe, comme l'article 11 § 2 de la DUDH de 1948, l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 déc. 2000 ou encore l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New-York le 16 déc. 1966.

³ CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *préc.* ; et *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, n° 20190/92, *préc.*

⁴ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 117.

⁵ V. *supra*, n° 515 s.

⁶ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 117.

⁷ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 659, p. 830.

sanctions susceptibles de lui être infligées. La Cour de cassation va dans le même sens¹. Cependant, le principe devrait être appliqué avec plus de souplesse que pour les peines, car les mesures de sûreté s'adaptent dans leur durée à l'état dangereux du délinquant.

Si l'acception *stricto sensu* du principe de légalité doit être étendue aux mesures de sûreté, le principe connaît plusieurs corollaires auxquels il convient, par conséquent, de les confronter.

2. Les corollaires du principe de légalité

635. Pour que le justiciable puisse raisonnablement prévoir les conséquences qu'entraînera un acte contraire à la norme pénale, cette dernière doit, à la fois, être rédigée de manière suffisamment claire et précise (a) et avoir existé au moment des faits, ce qui implique qu'elle ne soit pas appliquée de manière rétroactive (b).

a. L'exigence de précision et de clarté de la norme pénale

636. Qualité de la loi. La Cour européenne exige, au titre du principe de légalité, une certaine « qualité de la loi » nationale. Cela implique, notamment en matière de privation de liberté, que cette loi soit suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application afin d'éviter tout danger d'arbitraire². La précision de la loi doit permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé³. La légalité au sens de la jurisprudence européenne doit, par conséquent, être entendue de manière plus large qu'une simple exigence de textualité au sens de la conception formelle interne et implique notamment la prévisibilité et l'accessibilité de la norme pénale.

637. Prévisibilité de la mesure. La CEDH considère que l'une des principales conséquences du principe de légalité consiste dans l'obligation pour le législateur de « *définir*

¹ V. Cass. crim., 6 déc. 1961, *D.*, 1962, p. 83, note J.-M. R. ; Cass. crim., 2 avr. et 14 mars 1963, *D.*, 1963, p. 506, note J. Schewin. Plus en détail, *supra*, n° 192.

² CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92, *préc.*, § 50. - CEDH, *Nasroulloïev c. Russie*, 11 oct. 2007, n° 656/06, § 71. - CEDH, *Mooren c. Allemagne*, GC, 9 juil. 2009, n° 11364/03, § 76. - CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 90.

³ CEDH, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 sept. 1998, n° 24838/94 : *Rec.* 1998-VII ; *RSC*, 1999, p. 384, obs. Koering-Joulin ; § 54. - CEDH, *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, n° 28358/95, *Rec.* 2000-III, § 52.

clairement les infractions et les sanctions qui les répriment »¹. Les sanctions pénales doivent ainsi être prévues et déterminées par la loi, dans leur nature et dans leur durée². Si cette exigence doit valoir pour toutes les sanctions pénales, les mesures de sûreté comprises, une attention particulière mérite d'être prêté au dispositif de la détention de sûreté, celle-ci ayant été qualifiée de « peine » au sens de l'article 7 de la Convention³. Il convient, à cet égard, d'examiner si les conditions d'application de la détention de sûreté permettent au justiciable de prévoir pour quels comportements il pourra être soumis à la mesure et en quoi celle-ci consiste.

La nature de la détention de sûreté ressort clairement des textes : il s'agit d'une privation de liberté. En revanche, elle est illimitée dans sa durée en Allemagne, et renouvelable sans limitation de durée en France, ce qui fait d'elle une sanction difficilement « prévisible » dans sa durée au sens de la jurisprudence européenne⁴. En ce sens, les juges Zagrebelsky et Tulkens, dans une opinion concordante jointe à l'arrêt *Stafford c. Royaume-Uni*⁵, avaient considéré « qu'une peine sans limitation de durée, qui est déterminée seulement au cours de son exécution sur la base [de] critères discrétionnaires [...], en référence notamment à des éléments d'évaluation qui ne se rapportent pas au moment de la commission de l'infraction mais qui sont postérieurs à celle-ci, pourrait difficilement être considérée comme prévue par la loi au sens de l'article 7 § 1 de la Convention ».

La Cour constitutionnelle fédérale a, elle, souligné que l'exigence de précision des sanctions augmentait avec l'intensité de l'atteinte aux libertés⁶. Or, pour les juges allemands, les lois réglant la *Sicherungsverwahrung* sont suffisamment précises, ce qui n'est pas le point de vue de la doctrine majoritaire qui critique l'illisibilité et l'inflation des textes, le manque de clarté des conditions matérielles et l'indétermination temporelle de la mesure. En ce qui concerne l'internement de sûreté dont la limitation de durée a été rétroactivement abrogée, la Cour européenne « doute sérieusement que le requérant ait pu à l'époque des faits prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause que les infractions qu'il avait commises lui vaudraient de subir un internement de sûreté d'une durée illimitée »⁷. La

¹ CEDH, *Baskaya et Okçuoglu c. Turquie*, 8 juil. 1999, n° 23536/94 et 24408/94, § 36.

² V. D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 1840 s.

³ V. *supra*, n° 531.

⁴ V. CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avr. 1976, n° 6538/74.

⁵ CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n° 46295/99, *préc.*

⁶ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (180), *préc.*

⁷ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 104. La même remarque peut être formulée à l'égard de la rétention de sûreté française consécutive à la violation des obligations de la surveillance de sûreté qui est applicable à des personnes ayant commis les faits avant son adoption – n'ayant donc pas pu prévoir son existence.

critique de la Cour de Strasbourg ne tient toutefois pas au caractère indéterminé de la mesure en tant que tel – la Cour admettant par principe des sanctions d’une durée indéterminée¹ – mais seulement au fait qu’au moment des actes commis, la mesure ne revêtait pas encore une durée illimitée. Le problème tient donc ici en réalité à l’application rétroactive de la mesure². Qu’en est-il de la clarté des conditions d’application de la mesure ?

638. Notion de propension et de trouble de la personnalité. La loi ne fournit aucune définition du terme de propension (*Hang*). Il semble s’agir, pour le législateur, de plus qu’une simple habitude de récidiver³, sans pour autant que celui-ci prenne le soin de préciser comment une propension se manifeste objectivement⁴.

Le professeur Frommel propose de définir la propension comme un « trouble grave de la personnalité »⁵, définition qui nous renvoie au droit français, qui fait de ce trouble de la personnalité une condition matérielle de la rétention de sûreté. Cette notion est-elle plus claire et précise que celle de propension ? Au sens où le législateur l’entend, le trouble grave de la personnalité vise les psychopathies⁶, mais non la maladie mentale⁷. Il n’est pas toujours susceptible de faire l’objet d’un traitement médical et ne supprime pas le discernement de la personne puisque celle-ci reste accessible à la peine lors du jugement initial. En insistant sur les soins et les traitements qui doivent être proposés à la personne, le législateur contribue en réalité lui-même à créer une confusion entre le « trouble » et la maladie mentale⁸.

639. Notion de dangerosité. La condition d’une dangerosité criminologique qui résulte, selon les termes de la loi française, de ce trouble, ou, en droit allemand, de la propension, ne correspond pas davantage à un concept pénal. Une définition claire et précise est, là encore, absente du texte législatif, la notion étant d’autant plus difficile à saisir que son évaluation

¹ La Cour s’accommode en effet d’une indétermination relative de la sentence : CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, *préc.*, § 40.

² Sur le principe de non-rétroactivité *in pejus*, v. *infra*, n° 641 s.

³ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 371 s.

⁴ Pour la définition jurisprudentielle de la notion, v. *supra*, n° 300.

⁵ M. Frommel, « Nachträgliche polizeiliche Sicherungsverwahrung – Geschichte eines bemerkenswerten Tabubruchs », *Kritische Justiz*, 2004, n° 1, p. 81 s.

⁶ La psychopathie se caractérise essentiellement par trois types de défaillance : défaillance narcissique, défaut de maîtrise comportementale et défaillance du contrôle émotionnel (v. les propos du professeur J.-L. Senon lors de son audition in J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 9).

⁷ H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l’inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

⁸ Sur cette confusion, v. *infra*, n° 711 s.

porte sur des actes futurs éventuels¹. Le dispositif français prévoit uniquement que la dangerosité est caractérisée par une probabilité très élevée de récidive, sans préciser s'il s'agit d'une « récidive légale » uniquement, ou de la commission de toute nouvelle infraction. Le professeur Delmas-Marty souligne ainsi que « la légalité n'est qu'apparente car on voit mal comment établir et contester la preuve, s'agissant de la notion de dangerosité dite criminologique »².

640. Critères d'application flous. En définitive, il semble difficile, voire impossible, d'établir une distinction nette entre la « propension » ou le « trouble », et la « dangerosité criminologique » de la personne³. Non seulement, cela revient à dire que les différentes conditions n'ont, en réalité, pas d'existence autonome, mais cette confusion est d'autant plus inquiétante qu'aucune équivalence certaine n'est scientifiquement établie entre un trouble de la personnalité et la dangerosité criminelle. Comme le souligne une partie de la doctrine, « on ne sait plus si on soigne un sujet de droit, ou si l'on punit un malade »⁴.

En l'absence d'une définition rigoureuse de l'état dangereux et ainsi d'une délimitation claire du domaine d'application de la loi, le droit d'intervention de l'État n'est pas encadré par des limites strictement fixées. La dangerosité constituant le fondement de toutes les mesures de sûreté, cela soulève des doutes quant à la conformité des textes au principe de précision de la norme. La Cour de Strasbourg ne se montre cependant pas toujours exigeante quant au critère de précision, comme le montre l'affaire *Kafkaris*, dans laquelle elle a reproché au droit chypriote son imprécision sans pour autant constater une entorse au principe de légalité⁵. Ce dernier connaît un second corollaire.

¹ V. *infra*, n° 679.

² M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 45.

³ Les interrogations s'étendent également à la notion du « trouble psychique », condition exigée par la réglementation transitoire de l'internement de sûreté : v. *supra*, n° 100.

⁴ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 24 octobre 2009. URL : <http://champpenal.revues.org/7557>.

⁵ CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, GC, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *préc.* Notons également que la Cour a estimé que le dispositif de l'internement de sûreté sous réserve était suffisamment précis et prévisible pour satisfaire aux exigences de l'article 5 § 1, selon lequel la privation de liberté doit intervenir « *selon les voies légales* » : CEDH, *Müller c. Allemagne*, 10 févr. 2015, n° 264/13, *préc.*, § 62.

b. Le principe de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère

641. Non-rétroactivité *in pejus*. Une autre conséquence de la légalité des peines est la non-rétroactivité *in pejus*. Un acte pénalement répréhensible ne pouvant donner lieu qu'aux sanctions pénales prévues au moment où il a été perpétré, la loi pénale qui instaure ou aggrave une sanction pénale ne peut rétroagir. À l'aune de la jurisprudence européenne, qui adopte une conception moins formelle du principe de légalité que le droit français, la non-rétroactivité concerne plus largement le droit pénal plus sévère, jurisprudence comprise. Un revirement de jurisprudence défavorable au justiciable doit ainsi être prévisible¹.

Or il apparaît que les lois qui instaurent ou modifient les mesures de sûreté sont généralement d'application rétroactive². Si la rétroactivité des mesures applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables en vertu des articles 706-135 et 706-136 du Code de procédure pénale a reçu l'approbation de la Cour de Strasbourg dans son arrêt *Berland c. France* du 3 septembre 2015³, il n'en va pas de même des détentions de sûreté.

642. Non-rétroactivité partielle de la rétention de sûreté. Le gouvernement français souhaitait que la rétention de sûreté s'applique immédiatement, au nom de la protection des victimes potentielles. Mais le Conseil constitutionnel, tout en refusant de qualifier la rétention de sûreté de peine ou de sanction punitive, on l'a vu, a prohibé son application rétroactive⁴.

Or il existe une apparente contradiction à reconnaître qu'il ne s'agit pas d'une peine et que l'article 8 DDHC n'est donc pas applicable, tout en faisant ensuite comme si cette disposition s'appliquait⁵. Cependant, on peut considérer que « si la rétention de sûreté est bien une mesure de sûreté, son particularisme commande [...] de la soumettre au régime des

¹ CEDH, *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, n° 17862/91 : D., 1997, p. 202, obs. Henry; RSC, 1997, p. 462, obs. Koering-Joulin; *ibid.* p. 646, obs. Delmas Saint-Hilaire ; § 29. La Cour européenne juge ainsi que « l'article 7 § 1 de la Convention exige que les infractions soient "clairement définies par la loi" ; il en va ainsi lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité » : CEDH, *Radio France c. France*, 30 mars 2004, n° 53984/00 : AJDA, 2004, p. 534, chron. Flauss ; § 20. V. aussi CEDH, *Pessino c. France*, 10 oct. 2006, n° 40403/02 : D., 2007, p. 124, note Roets; JCP, 2007, p. 10092, note Zenouki-Cottin ; § 29 : « La notion de "droit" ("law") utilisée à l'article 7 correspond à celle de "loi" qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles de l'accessibilité et de la prévisibilité ».

² V. aussi *infra*, n° 848 s.

³ CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.* La solution retenue dans cet arrêt est motivée notamment par l'absence de condamnation pour une infraction et par la finalité préventive et curative des mesures en question qui sont dépourvues de caractère répressif.

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 10. V. *supra*, n° 219.

⁵ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1206, p. 1137.

peines »¹. Il s'agit donc avant tout d'une décision protectrice des libertés, laquelle n'est, cependant, pas dénuée de toute incohérence. Si elle permet sans doute à la mesure d'échapper à une éventuelle censure par la Cour européenne, ce contrôle de conventionnalité implicite pourrait être reproché au Conseil constitutionnel comme excédant ses compétences².

Au demeurant, même en l'absence de la censure constitutionnelle, la mesure, sous sa forme *ab initio*, n'aurait pas été applicable aux individus dangereux déjà condamnés, puisqu'elle est subordonnée, aux termes de la loi, à une mention expresse dans la décision de condamnation³. Rappelons également qu'il existe un moyen de contourner la prohibition : le dispositif créant la rétention de sûreté à titre subsidiaire, pour non-respect des obligations d'une surveillance de sûreté, permet à la mesure de s'appliquer dès à présent à des personnes condamnées avant la promulgation de la loi⁴. La censure constitutionnelle n'est donc que partielle et la rétention de sûreté a pu s'appliquer rétroactivement.

643. Rétroactivité de l'internement de sûreté allemand. Le dispositif allemand, lui, déroge ouvertement au principe de non-rétroactivité *in pejus* qui n'est pas applicable aux mesures de sûreté. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale a refusé d'y soumettre l'internement de sûreté en validant la loi de 1998 qui a supprimé, de façon rétroactive, la durée maximale de dix ans du premier placement⁵. Elle a insisté sur le fait que, malgré les similitudes entre les peines et les mesures de sûreté devant leur finalité préventive, les mesures de sûreté ne présentaient pas de caractère répressif, ce qui distingue nettement ces dernières des peines. Or, selon la Cour, « *le principe de non-rétroactivité ne s'applique qu'aux mesures qui constituent une réaction afflictive et infamante de l'État à un comportement illicite et coupable* »⁶. Dès lors que la *Sicherungsverwahrung* ne vise pas la culpabilité, mais la dangerosité de la personne, elle n'est donc pas soumise à l'article 103, alinéa 2, de la Loi fondamentale.

On remarque, à travers ces décisions, que le juge français est particulièrement attaché à la gravité de l'atteinte portée à la liberté individuelle alors que le juge allemand fait prévaloir la prise en compte du caractère essentiel de l'intérêt général protégé par le législateur⁷.

¹ G. Roujou de Boubée, « Les rétentions de sûreté », *art. cit.*, p. 464 s.

² V. *supra*, n° 219.

³ C. Lacroix, « Rétention de sûreté : le consensus des deux assemblées », *art. cit.*, p. 404 s.

⁴ V. *supra*, n° 131 et 219.

⁵ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, *préc. V. supra*, n° 157.

⁶ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, *préc.*

⁷ B. Mathieu, « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ? », *art. cit.*, p. 4 s.

644. Loi de fond ou de forme. S'agissant de la question de savoir si les lois relatives aux mesures de sûreté doivent être soumises au principe de non-rétroactivité, il convient de déterminer si elles constituent des lois de fond ou de forme. À cette fin, il faut rechercher si elles créent une simple mesure d'application des peines, puisque la CEDH, dans l'affaire *Kafkaris*, a énoncé qu'il fallait opérer une « distinction entre une mesure constituant en substance une peine et une mesure relative à l'exécution ou à l'application de la peine »¹. Si ce dernier domaine échappe en principe à l'application de l'article 7, il doit en être fait exception lorsque la loi nouvelle a une conséquence négative quant à la durée de la peine que pouvait escompter le requérant². La Cour a, en outre, reconnu que cette distinction n'était « peut-être pas toujours nette en pratique »³. Cette affirmation peut correspondre à sa volonté d'étendre le champ d'application de l'article 7 § 1 de la Convention⁴.

En ce qui concerne la rétention de sûreté, il était exclu, pour les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel, qu'elle « puisse être considérée comme une modalité de l'exécution de la première peine »⁵. La loi française en question a, en effet, instauré la rétention de sûreté dans son principe. La loi allemande de 1998, en revanche, est seulement venue allonger la durée potentielle de la *Sicherungsverwahrung*⁶. Il semble, dès lors, légitime de soutenir qu'elle constitue simplement une loi relative au régime d'application de la mesure, c'est-à-dire une loi de forme, laquelle pourrait rétroagir. La décision constitutionnelle précitée du 5 février 2004, quant à elle, s'est essentiellement fondée sur la distinction entre peine et mesure de sûreté, en soutenant que cette dernière ne faisait pas l'objet d'une « vraie » rétroactivité⁷.

Si la solution allemande est juridiquement cohérente, puisque le but préventif ou curatif des mesures de sûreté requiert une application immédiate, voire rétroactive de celles-ci, la Cour strasbourgeoise veille avant tout à protéger les justiciables contre une trop grande rigueur étatique. La décision constitutionnelle française, bien que surprenante, correspond ainsi davantage à la conception matérielle, européenne, du principe de non-rétroactivité, respectueuse de la sécurité juridique.

¹ CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, GC, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *préc.*, § 142. V. aussi *supra*, n° 528.

² M. Herzog-Evans, « Conflit de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? », *art. cit.*, p. 124 s.

³ CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, GC, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *préc.*, § 142. V. aussi CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, GC, 21 oct. 2013, n° 42750/09, *préc.*, § 85.

⁴ D. Roets et J.-P. Marguénaud, « Droits de l'homme. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2008, p. 692.

⁵ Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 705 s.

⁶ Il est à noter que la loi du 13 avril 2007 qui est venue modifier la *Sicherungsverwahrung a posteriori* était, elle aussi, ouvertement rétroactive.

⁷ V. *supra*, n° 157.

645. Condamnation de la rétroactivité de l'internement de sûreté pour violation de l'article 7 CESDH. La Cour européenne a tranché la question dans son arrêt *M c. Allemagne* du 17 décembre 2009, condamnant l'application rétroactive de l'internement de sûreté : étant considérée comme une peine au regard de ses critères autonomes de qualification, la mesure devait être soumise à l'article 7 § 1¹.

La conséquence principale de cette jurisprudence est l'impossibilité pour toute disposition défavorable au condamné intervenant en matière de détention de sûreté de faire l'objet d'une application rétroactive, sous peine d'être contraire à l'article 7 de la Convention. La mesure est donc, de toute évidence, contraire à ce texte lorsqu'un durcissement de son régime est applicable de manière rétroactive² ou lorsqu'elle intervient *a posteriori*³. Le professeur Möllers fait remarquer, à ce titre, que le principe de légalité n'est pas interprété de la même manière par les juridictions allemandes qui, en considérant l'internement de sûreté comme une mesure purement préventive, font prévaloir la protection des victimes potentielles (« *Opferschutz* ») et par la Cour de Strasbourg qui fait prévaloir la protection de l'auteur contre toute intervention arbitraire de l'État (« *Täterschutz* »)⁴.

Les décisions européennes semblent pouvoir être transposées à la rétention de sûreté française intervenant de manière rétroactive en raison d'une méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté, mesure qui semble, de ce fait, contraire à l'article 7 § 1 de la Convention. Dans cette hypothèse, les intéressés sont certes avertis du risque d'être internés en cas de non-respect de la surveillance de sûreté, le lien avec la condamnation initiale étant absent – ce qui semble soustraire la mesure au champ d'application de l'article 7. Rappelons, toutefois, que la Cour de Strasbourg ne se fonde pas uniquement sur le lien avec une infraction pour qualifier une sanction de « peine » et qu'il ressort clairement de sa jurisprudence que la détention de sûreté doit être considérée comme telle. La mesure est, par conséquent, soumise au respect du principe de non-rétroactivité.

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.* V. *supra*, n° 533.

² CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.* - CEDH, trois arrêts du 13 janv. 2011: *Kallweit c. Allemagne*, n° 17792/07, *Mautès c. Allemagne*, n° 20008/07, et *Schummer c. Allemagne*, n° 27360/04 et 42225/07, *préc.* - CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.* - CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *préc.*, § 103 s.

³ CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04, *préc.* - CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, *préc.*, § 82 s. - CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*, § 73 s.

⁴ M. H. W. Möllers, « Die "Einkesselung" des EGMR durch BVerfG und BGH bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung – "Präventionshaft" als Instrument grenzenloser Sicherheit? », *art. cit.*, p. 153 s.

647. Conflit entre plusieurs normes. L'on peut dès lors se demander si la protection d'une autre garantie conventionnelle – on songe notamment au droit à la vie inscrit à l'article 2 de la Convention – serait de nature à justifier une limite apportée au respect du principe de non-rétroactivité. Or, en ce qui concerne l'obligation positive de l'État de protéger la vie et l'intégrité physique des victimes potentielles, la Cour a rappelé qu'aucune raison ne saurait justifier une atteinte aux droits garantis par l'article 7, pas même un danger public menaçant la vie de la nation, en vertu de l'article 15, alinéa 1 et 2 de la Convention¹. L'importance particulière accordée au principe de légalité par la Cour n'autorise donc aucune exception.

648. Réaction nuancée par le législateur allemand. La réforme allemande de la mesure, on l'a vu, a remédié à ces critiques en ordonnant la libération des personnes dont la détention était inconstitutionnelle². Le législateur n'est, en revanche, pas allé au bout du processus, en laissant en vigueur, de manière transitoire, l'ancien dispositif d'application rétroactive, pour les faits commis avant l'entrée en vigueur de la réforme. Aussi, la loi permet-elle dorénavant d'enfermer les personnes concernées sur un autre fondement, celui de l'internement thérapeutique, instauré pour prendre le relais en matière de sécurité publique³.

S'agissant de l'internement *a posteriori* applicable à la suite de la libération d'un hôpital psychiatrique, la mesure demeure d'application rétroactive. La Cour constitutionnelle fédérale a justifié cette rétroactivité par le fait que la mesure fait suite à une autre mesure privative de liberté, ne constituant donc pas une nouvelle atteinte au droit à la liberté⁴. La Cour européenne n'a cependant pas validé cette analyse en estimant que les deux mesures étaient distinctes et que l'internement de sûreté constituait donc une peine supplémentaire, violant l'article 7 § 1 de la Convention⁵.

Il est, en définitive, regrettable de constater que le droit déclaré contraire à la Convention continue d'être appliqué de manière rétroactive, alors que le législateur aurait pu saisir l'occasion pour rendre le dispositif conforme aux exigences européennes.

Si une conformité avec les normes européennes n'implique pas nécessairement d'adopter la qualification formelle de « peine » retenue par la Cour européenne à l'égard de la détention

¹ CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*, § 48. - CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *préc.*, § 107. - CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, *préc.*, § 88. - CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*, § 79.

² V. *supra*, n° 99.

³ V. *supra*, n° 102 s.

⁴ BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, BVerfGK 16, 98.

⁵ CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*, § 76 s. Plus précisément, la mesure ne saurait trouver son fondement dans la décision judiciaire ayant opté pour l'internement en hôpital psychiatrique et refusé de prononcer un internement de sûreté primaire.

de sûreté¹, il conviendrait néanmoins d'aménager le régime de la mesure, de manière à la soumettre strictement au principe de la non-rétroactivité *in pejus*.

Il reste alors à s'interroger sur le respect du principe de nécessité et de proportionnalité qui découle, pour partie, du principe de légalité.

B. Le principe de nécessité et de proportionnalité

649. Application du principe aux mesures de sûreté. En dépit des exigences européennes, on vient de constater que le droit interne relatif aux mesures de sûreté se montrait parfois peu scrupuleux dans le respect du principe de légalité. De la même manière, on a pu constater que ces mesures échappaient au principe de culpabilité qui constitue le cadre des peines². La fonction protectrice de certains droits fondamentaux semble ainsi restreinte à l'égard des délinquants jugés dangereux. La liberté de ces derniers est alors protégée par le critère plus flexible – et donc potentiellement moins protecteur des libertés – de la proportionnalité³, visant à trouver un équilibre entre l'impératif collectif de sécurité et le droit à la liberté individuelle. Ce principe prend, dès lors, toute son importance en matière de mesures de sûreté, car il est susceptible de conférer à celles-ci un cadre à ne pas dépasser, à défaut d'être cantonnées par la gravité de la faute pénale. Notons d'emblée que l'exigence de proportionnalité devrait augmenter avec la gravité et la durée de la mesure. Néanmoins, cette protection se révèle, en pratique, assez limitée, compte tenu des problèmes posés par le pronostic de dangerosité⁴ lequel constitue la base de la mise en balance des intérêts antagoniques. En d'autres termes, les incertitudes liées à l'évaluation de la dangerosité se répercutent inéluctablement sur la vérification du principe de proportionnalité qui demeure, de ce fait, une garantie incertaine.

650. Fondements du principe. Le principe de proportionnalité n'est pas directement inscrit dans la Constitution française ou la Loi fondamentale allemande, mais il peut trouver son fondement dans plusieurs autres principes. La question de la proportionnalité se pose, par exemple, lorsqu'une sanction étatique est susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle

¹ V. plus en détail, *supra*, n° 536 s.

² V. *supra*, n° 604 et 605.

³ Certains auteurs estiment que le principe de culpabilité représente une protection plus élevée des individus que le principe de proportionnalité, pour d'autres ces deux principes ont une valeur équivalente : v. sur ce point, W. Frisch, « Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz », *NStZ*, 2013, p. 249.

⁴ V. sur ce point, *infra*, n° 727 s.

ou à la dignité humaine ou lorsque l'on se demande si les principes d'égalité ou d'équité sont respectés.

Aussi le principe peut-il se déduire du principe de légalité posé à l'article 8 de la DDHC, en vertu duquel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* », ou encore de l'article 9 de la même Déclaration qui prohibe toute rigueur qui ne soit nécessaire. Nécessité et proportionnalité sont donc étroitement liées. L'apparition du principe de proportionnalité des peines dans la jurisprudence constitutionnelle date d'une décision du 3 septembre 1986¹, le Conseil constitutionnel vérifiant depuis lors, sur le fondement de l'article 8 de la DDHC, qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue². Le professeur Malabat fait même remarquer que ce dernier « se contente en réalité de vérifier la nécessité des peines à travers le contrôle de leur seule proportionnalité »³. Appliqué à la peine, le principe de nécessité implique ainsi que le législateur fixe des peines indispensables à la répression des actes incriminés et que la sévérité de la peine encourue se trouve dans une juste proportion avec la gravité de l'infraction. Mais concrètement, la peine prononcée ne saurait évidemment être proportionnée à l'infraction commise qu'à la condition que le juge l'individualise, en tenant compte des circonstances particulières de l'espèce et de la personnalité de l'auteur⁴.

Le droit français n'ayant pas expressément consacré les mesures de sûreté, il est fort logique que l'article 8 de la DDHC n'y fasse pas référence. Néanmoins, le principe de nécessité et de proportionnalité doit être transposé aux mesures de sûreté, signifiant alors que

¹ Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, *préc.* Puis, il a été réaffirmé dans la décision n° 87-237 DC du 30 déc. 1987, *préc.*

² Se cantonnant à un contrôle minimal, la marge de manœuvre du législateur pour fixer les sanctions applicables est relativement grande : v. not. Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC, *préc.*, cons. 13 ; Cons. const., 25 juil. 1984, déc. n° 84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, J.O. du 28 juil. 1984, p. 2492, cons. 10 ; Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, *préc.*, cons. 7 ; Cons. const., 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, J.O. du 19 juin 1999, p. 9018, cons. 15 ; Cons. const., 9 août 2007, déc. n° 2007-554 DC, *préc.*, cons. 8 ; Cons. const., 25 févr. 2010, déc. n° 2010-604 DC, *préc.*, cons. 14 ; Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-66 QPC, J.O. du 27 nov. 2010 ; *JCP G*, 2011, p. 15, note J.-H. Robert ; cons. 4.

³ V. Malabat, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *art. cit.*

⁴ V. *supra*, n° 549 s. Notons, toutefois, que la chambre criminelle n'est « guère sensible aux sirènes de la proportionnalité » (É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 308, p. 145), en estimant que le principe ne s'adresse qu'au législateur, les juges pouvant se borner à respecter la loi. Toutefois, le Conseil constitutionnel étend son contrôle à la peine infligée, en faisant référence à la nécessité concrète des peines, le juge devant, de ce fait, tenir compte des circonstances propres à l'espèce : v. Cons. const., 25 févr. 1992, déc. n° 92-307 DC, *préc.*, cons. 16 ; Cons. const., 15 mars 1999, déc. n° 99-410 DC, *préc.*, cons. 41 s. Ce faisant, le Conseil prive le législateur d'une partie de sa liberté de choix, en prohibant par exemple les peines automatiques : v. V. Peltier, « L'individualisation des peines dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. pén.*, 2011, étude 4.

celles-ci doivent être justes et modérées, non pas par rapport à l'infraction commise, mais par rapport au risque émanant du délinquant pour la société. Le législateur doit donc veiller à ne prévoir que des mesures de sûreté strictement nécessaires à la protection de cette dernière. Aussi est-il indispensable d'instaurer des mécanismes permettant de vérifier régulièrement leur proportionnalité concrète à la dangerosité de l'individu, d'autant plus qu'elles sont, en principe, illimitées dans le temps. Rappelons que la Cour de cassation a eu l'occasion d'exclure une mesure de sûreté de l'exigence de proportionnalité à l'infraction commise¹. Cette décision s'explique, semble-t-il, non pas tant par la volonté de conférer un régime juridique distinct à la peine et à la mesure de sûreté² que par le simple fait que la proportionnalité de la mesure de mesure ne s'apprécie pas à l'aune des actes commis mais à celle de la dangerosité de leur auteur.

Le droit allemand, lui, prévoit expressément, au § 62 du code pénal, le principe de la proportionnalité des mesures de sûreté, supposant qu'elles soient fixées en fonction de la gravité des infractions commises et de celles que l'on redoute à l'avenir, ainsi que du danger émanant du délinquant. Le maintien de la mesure n'est plus justifié lorsque les intérêts collectifs cessent de l'emporter sur le droit individuel à la liberté – la mesure devant alors prendre fin³.

En somme, les mesures de sûreté ne sauraient s'affranchir de la stricte nécessité de la sanction pénale, l'atteinte qu'elles portent à la liberté individuelle devant être proportionnée à l'importance de la dangerosité de la personne. Or, étant donné l'indétermination de ces mesures, l'incertitude du risque de récidive et l'impossibilité de vérifier le véritable impact sur le but poursuivi (la protection effective de la société par la prévention de la récidive), l'examen de leur proportionnalité n'est pas aisé.

651. Examen de proportionnalité par la Cour constitutionnelle fédérale. La proportionnalité de l'internement de sûreté est examinée par la Cour constitutionnelle en trois étapes. Chaque mesure étatique doit, selon sa jurisprudence constante, être adéquate, nécessaire, et proportionnée au sens strict.

S'agissant, en premier lieu, de l'adéquation de la mesure (*Geeignetheit*), il faut qu'elle soit susceptible d'atteindre l'objectif poursuivi⁴. Le but de l'internement de sûreté est de

¹ Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *préc.* V. *supra*, n° 200.

² Pour une telle affirmation, v. toutefois É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 311, p. 146.

³ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 (377), *préc.*

⁴ BVerfG, 16 mars 1971, 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, BVerfGE 30, 292 (316).

protéger la population des délinquants dangereux en évitant leur remise en liberté après la peine.

En ce qui concerne, en deuxième lieu, la nécessité (*Erforderlichkeit*), parmi tous les moyens adéquats, doit être choisi celui qui limite le moins la liberté ou le droit concerné. Il s'agit donc de vérifier s'il existe une mesure plus douce (telle que la surveillance de conduite, le bracelet électronique ou les diverses thérapies) qui permettrait d'atteindre le même but. Toutefois, la Cour insiste sur le fait qu'aucune de ces mesures n'offre autant de sécurité que l'internement, car le délinquant en liberté ne peut pas réellement être empêché de commettre d'autres infractions¹.

En troisième et dernier lieu, il s'agit de savoir si la gravité de la mesure est proportionnée au sens strict (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) à la préservation des intérêts collectifs². En d'autres termes, il faut trouver un équilibre entre la protection de la société et le droit à la liberté de la personne internée. Le poids des deux éléments en conflit doit être pondéré de manière raisonnable : plus l'atteinte est grave, plus l'objectif qui la justifie doit être important³. Dans sa décision remarquée du 5 février 2004, la Cour de Karlsruhe a ainsi souligné que plus la durée de l'internement est longue, plus il devait être prêté attention au principe de proportionnalité⁴. Il ressort de la jurisprudence qu'une mesure fondée sur un pronostic de dangerosité répond à l'exigence de proportionnalité dès lors qu'elle repose sur une expertise fiable⁵.

La loi a, par conséquent, été jugée conforme au principe, dans la mesure où elle prévoit des conditions plus strictes pour la prolongation de l'internement au-delà de dix ans que pour le placement initial. La nécessité du maintien en internement doit de plus être contrôlée régulièrement.

652. Critère de proportionnalité renforcé pour pallier l'inconventionnalité de l'internement de sûreté. Depuis que la CEDH a condamné la rétroactivité de l'internement de sûreté⁶, la Cour constitutionnelle fédérale a eu recours au critère de la proportionnalité pour rendre le droit allemand conforme à la jurisprudence européenne. Après avoir déclaré le dispositif inconstitutionnel, la Cour a jugé, on l'a vu, que les « cas anciens » (les individus

¹ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

² BVerfG, 12 mai 1987, 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, BVerfGE 76, 1 (51).

³ V. R. Bousta, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *LPA*, 17 juin 2008, n° 121, p. 7.

⁴ BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

⁵ Not. BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, BVerfGE 109, 190 (240), *préc.*

⁶ V. *supra*, n° 533 et 645.

enfermés sur la base de l'ancien dispositif) devaient faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité strict (*strikte Verhältnismässigkeitsprüfung*) pour pouvoir être maintenus en détention¹. Ce contrôle devait notamment mettre en évidence l'existence d'un danger élevé d'infractions sexuelles ou violentes graves émanant de la personne, laquelle devait, en sus, présenter un trouble psychique. Les critères tenant à la proportionnalité de la mesure ont été repris par la réforme législative laquelle a conduit à resserrer ses conditions d'application et à subordonner sa mise à exécution à une prise en charge suffisante pendant l'incarcération qui la précède².

653. Examen de proportionnalité par le Conseil constitutionnel. Si le Conseil constitutionnel ne soumet pas expressément les mesures non punitives aux textes régissant les peines³, il vérifie néanmoins leur proportionnalité. Il affirme ainsi « *qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* »⁴. Les mesures de sûreté doivent, en outre, être justifiées par des « *menaces graves pour la sécurité publique* »⁵ et des « *circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public* »⁶.

Dans sa décision relative à la rétention de sûreté, le Conseil s'est inspiré de la définition tripartite du principe de proportionnalité élaborée par la Cour constitutionnelle fédérale, en utilisant les trois composantes dégagées par elle⁷. Par une formule proche de celle utilisée fréquemment par les juges allemands, il a, dans un premier temps, exigé une conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Il a, ensuite, énoncé que « *les atteintes portées à l'exercice de ces libertés [devaient] être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention*

¹ V. *supra*, n° 176.

² V. plus en détail, *supra*, n° 99.

³ Encore que, dans une décision relative à la période de sûreté, il a qualifié celle-ci de « *mesure de sûreté* » à laquelle devaient s'étendre les garanties découlant de l'article 8 de la DDHC : Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*, cons. 9 et 10. Un tel raisonnement, qui peut surprendre, est au demeurant resté isolé. V. *supra*, n° 214.

⁴ Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*, cons. 8 ; Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 4.

⁵ Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*, cons. 97.

⁶ Cons. const., 5 août 1993, déc. n° 93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* : J.O. 7 août 1993, p. 11193 ; *Rec.*, p. 213 ; *AJDA*, 1993, p. 815, note P. Wachsmann, cons. 9.

⁷ R. Bousta, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *art. cit.*, p. 7.

poursuivi »¹. Il convient, par conséquent, d'étudier ces éléments à l'aune de la jurisprudence constitutionnelle.

654. La nécessité. Le premier corollaire de la proportionnalité est la nécessité, signifiant que l'atteinte aux droits ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire² et permettant au Conseil de vérifier si le législateur avait la possibilité de prendre d'autres mesures pour atteindre l'objectif qu'il poursuivait³. L'article 8 de la DDHC, bien que ne visant expressément que la nécessité des peines, devrait concerner également les mesures de sûreté, notamment lorsqu'elles sont privatives de liberté. Pourtant, le Conseil exclut formellement leur soumission à ce texte⁴. C'est davantage sur le terrain de l'article 9 que le Conseil porte le débat en matière de proportionnalité des mesures de sûreté, lesquelles ne doivent pas constituer une rigueur qui ne soit nécessaire. C'est ce qu'a affirmé le Conseil à propos du PSEM ordonné au titre de la surveillance judiciaire⁵, de l'inscription au FIJAISV⁶, puis de la rétention de sûreté⁷, pour conclure à leur conformité respective à cette disposition. Or plusieurs auteurs posent, au sujet de la rétention de sûreté, la question de savoir « comment une peine peut-elle être évidemment nécessaire quand elle est assise sur la seule probabilité »⁸.

Le Conseil a validé la rétention de sûreté au regard de ce principe en ce qu'elle ne peut être prononcée qu'à titre exceptionnel, c'est-à-dire seulement dans les cas où d'autres mesures déjà connues et moins attentatoires à la liberté individuelle se révèlent insuffisantes. C'est dire

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562, *préc.*, cons. 13.

² V. Cons. const., 29 août 2002, déc. n° 2002-461 DC, *préc.*, cons. 85 ; Cons. const., 20 nov. 2003, déc. n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* : J.O. 27 nov. 2003, p. 20154 ; LPA, 20 et 21 janv. 2004, note Schoettl ; LPA, 27 déc. 2004, note Mathieu et Janicot ; RFDC, 2004, p. 96, note Domingo ; RDP, 2004, p. 275, note Ferran ; D., 2004, p. 1278, note Domingo ; AJDA, 2004, p. 599, note Lecucq ; JCP, 2003. II. 2169, note Guimezanes ; JCP, 2003. II. 2249, obs. Zarka ; cons. 62 à 71 ; Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 74 ; Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 16 à 21.

³ Cons. const., 18 déc. 1998, déc. n° 98-404 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, J.O. 27 déc. 1998, p. 19663 ; AJDA, 1999, p. 22, chron. J.-É. Schoettl ; RFDA, 1999, p. 89, note B. Mathieu ; RFDC, 1999, p. 123, obs. F. Mélin-Soucramanien ; RFFP, 1999, n° 65, p. 191, chron. Prétot ; cons. 7. V. Commentaire de la décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *préc.*

⁴ Il en va ainsi notamment de l'inscription au FIJAISV (Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 74), de la surveillance judiciaire (Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 14 et 15) et de la rétention et surveillance de sûreté (Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562, *préc.*, cons. 9).

⁵ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 16-21.

⁶ Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*, cons. 74.

⁷ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 13.

⁸ Lettre ouverte adressée, mercredi 20 février 2008, au Conseil constitutionnel par des personnalités du monde judiciaire pour dénoncer la loi Dati sur la rétention de sûreté (signataires : T. Clay, G. Giudicelli-Delage, J.-P. Jean, Ch. Lazerges, M. Massé, R. Ottenhof, P. Poncela, M. Debacq, J.-P. Dintilhac, R. Finielz, R. Kessous, P. Lyon-Caen, Ph. Texier, H. Leclerc, D. Liger, P. Maisonneuve, J.-P. Mignard, A. Molla, F. Natali), *préc.*

que la rétention de sûreté constitue l'*ultima ratio* parmi toutes les mesures existantes, étant l'unique moyen de prévenir la commission d'autres infractions portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes.

Par une réserve interprétative, la Haute instance a ajouté que l'exigence de nécessité était remplie dès lors que la juridiction régionale de la rétention de sûreté vérifiait que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre¹ – mais que ceux-ci n'ont pas produit de résultats satisfaisants, soit en raison de l'état de l'intéressé, soit parce qu'il a refusé ces soins². Il s'agit là d'un traitement destiné à éviter la rétention de sûreté, ce qui est sans doute la meilleure garantie d'une nécessité concrètement établie³. On remarque que le Conseil a fait preuve d'une particulière précision, se rapprochant ainsi de la Cour fédérale qui se livre généralement à une analyse très factuelle.

Une partie de la doctrine constate que c'est peut-être le principe de nécessité qui a amené le Conseil constitutionnel à condamner la rétroactivité de la rétention de sûreté, car les juridictions ayant statué avant la réforme n'ont pas pu prendre en compte l'existence de la mesure lors de l'individualisation de la peine⁴. Ainsi, compléter les peines prononcées par une mesure privative de liberté non envisageable au moment du jugement de condamnation aurait, sans doute, porté atteinte au principe de nécessité. Aussi, un auteur affirme-t-il de manière catégorique que la rétention de sûreté est en contradiction avec l'exigence de nécessité car fondée sur un « acte criminel putatif », si bien que « la nécessité des peines est sacrifiée à l'aune de la recherche accrue de sécurité contre les criminels récidivistes »⁵.

655. L'adéquation. Le deuxième corollaire de la proportionnalité est l'adéquation. Pour être adéquat, le contenu matériel du moyen employé doit contribuer de manière effective à la réalisation, au moins partielle, de l'objectif poursuivi. En d'autres termes, le contrôle

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 21. Cette réserve d'interprétation a été, on l'a vu, intégré au dispositif légal (art. 706-53-14 et 706-53-15, al. 3 CPP, modifiés par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010) : v. *supra*, n° 291.

² Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 19.

³ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s. Or, notons à ce titre que la pratique en Allemagne montre que le prononcé d'un internement de sûreté a, au contraire, pour conséquence que les personnes concernées ne bénéficient souvent d'aucune prise en charge thérapeutique durant l'exécution de leur peine, parce que le personnel pénitentiaire sait qu'elles suivront des thérapies par la suite (T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 317). Cela devrait toutefois changer avec le nouveau dispositif mettant l'accent sur le traitement de l'individu.

⁴ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1206, p. 1137.

⁵ A. Darsonville, « Les sanctions pénales », *art. cit.*, p. 102.

confronte le moyen à sa fin. Si la Cour constitutionnelle fédérale a validé l'internement de sûreté parce que la privation totale de liberté est pertinente pour protéger la collectivité contre la commission d'infractions, le Conseil constitutionnel, lui, confronte le champ d'application de la mesure à la condition de l'existence d'une particulière dangerosité et d'un trouble grave de la personnalité¹. Pour ce dernier, c'est en raison des garanties qui accompagnent la mesure que celle-ci apparaît en adéquation avec sa finalité. Il est satisfait à cette exigence en raison de l'extrême gravité des infractions commises ainsi que de l'évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité. Cela étant, il n'est pas certain que l'évaluation de la dangerosité présente réellement une garantie permettant de limiter l'application de la rétention aux seules personnes effectivement dangereuses et à risque élevé de récidive².

656. La proportionnalité au sens strict. S'agissant, en dernier lieu, de la proportionnalité au sens strict, le Conseil se livre à un contrôle « pour vérifier si les effets bénéfiques de la mesure décidée par le législateur l'emportent sur ses effets préjudiciables et que les garanties encadrant sa mise en œuvre sont proportionnées à l'atteinte à la liberté en cause »³. En ce qui concerne la rétention de sûreté, il s'est livré à un contrôle plus abstrait que la Cour constitutionnelle en insistant sur les conditions formelles du dispositif, alors que cette dernière a davantage examiné la gravité concrète de la mesure par rapport à l'importance du but poursuivi⁴. Selon le Conseil, les garanties procédurales sont propres à assurer une conciliation entre l'atteinte à la liberté individuelle et l'objectif de prévention de la récidive poursuivi⁵. La décision de la rétention de sûreté doit, en effet, être prise sur la base d'une évaluation concrète de la situation personnelle et de la dangerosité du condamné. Le Conseil a également rappelé que la protection de la liberté individuelle incombe à l'autorité judiciaire, laquelle a la maîtrise de la décision et présente une protection du justiciable contre l'arbitraire. Enfin, la durée illimitée de la mesure a été jugée proportionnée à sa finalité en raison du fait qu'il est tenu compte de l'évolution de la personne. Le fait que chaque renouvellement soit soumis à une nouvelle évaluation pluridisciplinaire de la situation de l'intéressé pour la

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 14.

² V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 512.57, p. 673.

³ Commentaire de la décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *préc.*

⁴ V. l'analyse de R. Boust, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? », *art. cit.*, p. 7.

⁵ Parmi ces garanties figurent l'avis favorable donné par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, la décision prise par une juridiction composée de trois magistrats de la Cour d'appel (la JRRS), le débat contradictoire (et, si le condamné le demande, public), l'assistance par un avocat, ainsi que la possibilité pour la personne placée en rétention de sûreté de demander, au bout de trois mois, une mise en liberté. De plus, les décisions de la JRRS sont susceptibles de voies de recours et cette juridiction ordonne d'office qu'il soit immédiatement mis fin à la mesure dès lors que ses conditions ne sont plus réunies.

réétention de sùreté, et à une nouvelle expertise médicale pour la surveillance de sùreté, permet ainsi de s'assurer régulièrement de sa nécessité persistante.

Finalement, le Conseil ne se livre pas à un contrôle matériel du contenu de la mesure, contrairement à son homologue allemand. Si ces deux instances concluent à une proportionnalité de la mesure en invoquant un certain nombre d'arguments convaincants, cela n'enlève rien à l'incertitude de son fondement même qui est la dangerosité présumée de la personne. Sur la base d'un critère aussi flou¹, la proportionnalité d'une mesure privative de liberté n'est-elle pas, par principe, douteuse² ?

657. Bilan. Pour finir, notons qu'une grande partie de la doctrine allemande préconisait depuis longtemps, en se fondant sur le principe de proportionnalité, une limitation du domaine de l'internement de sùreté aux individus présentant un risque de commettre des infractions violentes ou à caractère sexuel³. Le législateur a fini par répondre à ce souhait par la réforme de décembre 2010, qui a supprimé du champ d'application de l'internement les infractions contre les biens⁴. Il serait judicieux d'adopter la même démarche à propos de l'internement en hôpital psychiatrique qui est, elle aussi, une mesure fortement attentatoire aux libertés individuelles.

En ce sens, un projet de réforme récent vise à renforcer le respect du principe de proportionnalité par le dispositif régissant cette mesure⁵. Compte tenu du nombre très important de personnes internées actuellement, le domaine de celle-ci devrait être restreint aux hypothèses les plus graves quant à la nature des infractions commises et redoutées. La fréquence des contrôles périodiques de la nécessité du maintien de la mesure pourrait également être augmentée, tout en faisant intervenir des experts externes, dans un souci d'impartialité. Les conditions de sa prolongation seraient renforcées lorsque la mesure dépasse une certaine durée, comme cela est déjà le cas en matière d'internement de sùreté. La

¹ V. *infra*, n° 683 s.

² En ce sens, v. Y. Mayaud, « La rétention de sùreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s. D'autres auteurs estiment, au contraire, que le principe de proportionnalité de la mesure au regard du but recherché est respecté : v., p. ex., H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sùreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

³ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 315.

⁴ V. *supra*, n° 97.

⁵ *Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch*, Diskussionsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 20 janv. 2015, *préc.*

Cour constitutionnelle fédérale a récemment eu l'occasion de rappeler l'importance du principe de proportionnalité en matière d'internement en hôpital psychiatrique¹.

Il serait intéressant de s'inspirer de la réforme projetée pour renforcer les garanties entourant le dispositif français applicable aux délinquants malades mentaux, notamment en encadrant la possibilité du prononcé de la mesure par des conditions plus précises.

658. Conclusion de la Section 1. La confrontation des mesures de sûreté aux garanties substantielles du droit pénal permet, globalement, de conclure à leur conformité, bien que certains aspects particuliers puissent soulever des doutes. Il en va ainsi, notamment, de la détention de sûreté *a posteriori* face à la non-rétroactivité *in pejus* ou la protection contre toute détention arbitraire. Cela étant, la spécificité des mesures de sûreté suppose une application nuancée des principes étudiés.

S'il est évident qu'il ne saurait être dérogé au principe de légalité *stricto sensu* (chaque mesure devant impérativement être prévue par une norme légale), la durée indéterminée de la mesure de sûreté (calquée sur l'évolution de la dangerosité de l'individu) requiert une application plus souple d'un des corollaires de ce principe : la précision de la norme. En revanche, si la finalité exclusivement préventive des mesures de sûreté voudrait qu'elles soient toutes d'application rétroactive, en prenant en considération la seule dangerosité telle qu'elle apparaît au jour du jugement, il ne saurait être admis que le principe de la non-rétroactivité *in pejus* soit écarté purement et simplement. Les mesures les plus attentatoires à la liberté individuelle – celles qui sont privatives de celle-ci – doivent en effet être soumises à la non-rétroactivité, alors qu'une dérogation au principe serait envisageable pour les autres mesures.

S'agissant du principe de proportionnalité, il prend toute son importance en matière de mesures de sûreté qui ne sont pas cantonnées à la gravité de la faute commise et échappent ainsi au principe de culpabilité. Elles doivent, de ce fait, obéir strictement à une mise en balance entre les intérêts en présence, afin d'assurer la proportionnalité entre la contrainte qu'elles entraînent et la dangerosité de celui qui les subit. De la même manière, l'exigence de proportionnalité augmente avec la gravité de la mesure, ce qui implique une intensification

¹ BVerfG, 17 févr. 2014, 2 BvR 1795/12, 2 BvR 1852/13. La Cour a notamment précisé que les juges du fond devaient vérifier, de manière concrète, la gravité des infractions redoutées de la part de la personne internée, ainsi que le degré de probabilité de leur réalisation. De plus, il doit être vérifié qu'aucune autre mesure moins attentatoire (telle que la surveillance de conduite) ne serait suffisante pour empêcher la personne de passer à l'acte. Les exigences augmentent avec la durée de la mesure. V. déjà BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, 2 BvR 1504/82, BVerfGE 70, 297, *préc.* Plus récemment, BVerfG, 11 juin 2014, 2 BvR 2848/12.

progressive des contrôles périodiques de la nécessité de son maintien. Enfin, il doit y avoir une subsidiarité entre les mesures existantes, afin d'éviter qu'une rigueur qui ne soit pas strictement nécessaire ne soit imposée à l'individu si une mesure de moindre gravité permettrait d'atteindre le but poursuivi.

Encore faut-il que les mesures de sûreté respectent certaines garanties procédurales.

Section 2 :

Les mesures de sûreté et les garanties procédurales

659. Parmi les nombreuses garanties procédurales entourant le prononcé et l'application des sanctions pénales, il ne s'agira de s'intéresser qu'à celles qui posent les plus grands problèmes au regard des mesures de sûreté.

À titre liminaire, il convient de souligner que certaines mesures de sûreté échappent aux règles du débat contradictoire prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme a pu le décider la Cour de cassation à propos d'une fermeture d'établissement en matière de stupéfiants¹. Il ne saurait toutefois en aller ainsi de toutes les mesures de sûreté : le prononcé de la rétention de sûreté, notamment, est entouré de nombreuses garanties liées au droit à un procès équitable. Il est vrai que ce droit est réservé par l'article 6 de la CESDH aux personnes faisant l'objet d'une accusation en matière pénale, ce qui n'est pas, à proprement parler, le cas lors de l'intervention des mesures de sûreté. Or comme nous l'avons vu, si la rétention de sûreté n'est pas fondée sur la commission d'une infraction dont pourrait être accusée la personne, elle relève néanmoins des critères dégagés par la Cour de Strasbourg pour caractériser le « champ pénal » au sens large². Partant, il s'agit de vérifier si les personnes soumises à cette mesure bénéficient des garanties découlant du droit au procès équitable.

Il apparaît que la décision sur l'application de la rétention de sûreté est prise par un tribunal indépendant et impartial (à savoir la cour d'assises – ou, plus exactement, après un deuxième examen de la question à l'issue de l'exécution de la peine, par une autre juridiction, elle aussi indépendante et impartiale, la juridiction régionale de la rétention de sûreté). Il s'agit là de juges du siège, garants, en tant que tels, de la liberté individuelle³. Les droits de la défense de la personne « jugée » dangereuse sont également garantis par le caractère contradictoire et, le cas échéant, public du débat⁴, ainsi que par la présence obligatoire d'un

¹ V. Cass. crim., 5 déc. 1990, *Dr. pén.*, 1991, n° 86, obs. J.-H. Robert.

² V. *supra*, n° 515 s. et 531.

³ Sur ce point, v. A. Cerf, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », *art. cit.*, p. 133. En outre, le décret du 4 novembre 2008 a précisé que « *Ne peut être désigné comme président de la juridiction régionale le président de la chambre de l'application des peines ou le président de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté* » (art. R. 53-8-40 CPP), afin d'assurer l'impartialité objective de la juridiction. L'auteur précité regrette, à cet égard, qu'une telle incompatibilité ne soit pas prévue pour les autres membres de la JRRS qui auront nécessairement un *a priori* sur la dangerosité de l'intéressé s'ils ont participé au jugement de la cour d'assises prévoyant la possibilité d'une rétention de sûreté (p. 148).

⁴ Un auteur souligne toutefois que les questions posées à la cour d'assises en vertu des articles 349 et suivants CPP ne sont relatives qu'à la culpabilité de l'intéressé et non à son éventuelle dangerosité qui constitue,

avocat¹ – bien qu’il puisse paraître étrange de parler de droits de la « défense » alors que la personne n’est pas « accusée »². De même, les délais encadrant le prononcé de la rétention de sûreté sont à même d’assurer le respect de l’exigence d’un délai raisonnable de la procédure³. Enfin, le double degré de juridiction est assuré par la possibilité pour l’intéressé d’intenter un recours devant la juridiction nationale de la rétention de sûreté⁴.

Dans l’hypothèse où d’autres mesures de sûreté venaient à être qualifiées par la Cour européenne comme relevant du « champ pénal », elles devraient également être soumises à ces diverses exigences. D’ailleurs, la plupart des garanties procédurales sont aussi protégées par les normes internes, à l’instar de l’article 66 de la Constitution qui prévoit que l’autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle. On peut souligner, à ce titre, que les mesures de sûreté sont le plus souvent prononcées par l’autorité judiciaire, à l’issue d’un débat contradictoire et en présence de l’avocat de personne⁵.

Si le droit à un procès équitable semble donc, de prime abord, garanti par les dispositions régissant les mesures de sûreté, il convient toutefois de se pencher plus longuement sur deux des composantes essentielles de ce droit, lesquelles semblent remises en question par l’existence de ces mesures. Il s’agit d’une part de la présomption d’innocence (§ 1) et d’autre part du principe *ne bis in idem* (§ 2).

§ 1 : La présomption d’innocence

660. La présomption d’innocence oblige à considérer toute personne poursuivie pour la commission d’une infraction comme innocente tant que sa culpabilité n’est pas établie avec certitude et de façon définitive. La personne présumée innocente est donc, en principe, protégée contre toute privation ou restriction de sa liberté et de ses droits, à l’exception de certaines mesures pré-sentencielles que justifient les nécessités de la procédure et qui sont strictement encadrées par le droit.

pourtant, le fondement du prononcé de la mesure : v. A. Cerf, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », *art. cit.*, p. 144.

¹ Art. 706-53-15, al. 2 et R. 53-8-40 CPP.

² En ce sens, v. A. Cerf, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », *art. cit.*, p. 135.

³ V. les art. R. 53-8-53, 706-53-14, al. 1 et 706-53-15, al. 2 CPP.

⁴ Art. R. 53-8-41 CPP. On ajoutera que les décisions de ces différentes juridictions doivent être motivées : art. 706-53-15, al. 4 et 7 CPP.

⁵ V. aussi *infra*, n° 829 s.

Or en matière de mesures de sûreté, le problème se pose sous un autre angle puisqu'il ne s'agit pas d'établir la culpabilité mais la dangerosité de la personne. Le principe de la présomption d'innocence (A) et ses corollaires (B) sont-ils dès lors applicables aux mesures de sûreté et, dans l'affirmative, sont-ils respectés ?

A. Le principe de la présomption d'innocence

661. Valeur du principe en droit interne. Le principe de la présomption d'innocence ne figure pas expressément dans la Loi fondamentale allemande mais la Cour constitutionnelle fédérale le considère comme une manifestation du principe de l'État de droit¹ et une partie de la doctrine le déduit du principe de culpabilité².

En droit français, ce principe fait partie du bloc de constitutionnalité puisque l'article 9 de la DDHC proclame que tout homme est « *présumé innocent jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable* ». On le trouve encore inscrit à l'article préliminaire³ du Code de procédure pénale qui énonce, en son paragraphe III, que « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie* », ainsi qu'à l'article 304 du même code, imposant aux jurés de jurer de se « *rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter* ».

Les députés qui ont saisi le Conseil constitutionnel de la loi sur la rétention de sûreté avaient invoqué la violation de ce principe mais le Conseil a rejeté leur grief en précisant qu'il ne s'agissait pas d'une mesure répressive et que la présomption n'avait donc pas lieu de s'appliquer⁴. Ce dernier semble donc soustraire les mesures de sûreté au principe de la présomption d'innocence. On ne saurait pour autant ignorer les normes supranationales susceptibles de s'appliquer en la matière.

662. Protection conventionnelle du principe. L'article 6 § 2 de la CESDH énonce que « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

¹ BVerfG, 26 mars 1987, 2 BvR 589/79, 2 BvR 750/81, 2 BvR 284/85, BVerfGE 74, 358 (370). V. not. K. Kühl, « Rückschlag für die Unschuldsvermutung aus Straßburg », *NJW*, 1988, p. 3233 s.; Ch. Krehl, « Die Einstellung des Privatklageverfahrens wegen geringer Schuld (§ 383 II StPO) », *NJW*, 1988, p. 3254 s.

² O. Milde, *Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004*, *op. cit.*, p. 173.

³ Introduit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*.

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 12.

Pour la Cour de Strasbourg, « le droit pour une personne poursuivie au pénal d'être présumée innocente et d'obliger l'accusation à supporter la charge de prouver les allégations dirigées contre elle relève de la notion générale de procès équitable au sens de l'article 6 § 1 »¹. Il s'agit, avant tout, d'une règle procédurale, qui fait peser la charge de la preuve de la culpabilité sur la partie poursuivante. Ce principe suppose donc également que la personne poursuivie puisse se défendre et prouver son innocence. Il se trouve méconnu, selon la Cour, « si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Il peut en aller ainsi même en l'absence de constat formel ; il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable »².

663. Application du principe aux mesures de sûreté. En matière de mesures de sûreté, la personne n'est pas accusée d'une infraction mais supposée dangereuse. Il est vrai qu'une décision définitive sur sa culpabilité intervient en principe préalablement à la question de savoir si on lui applique une mesure de sûreté (après sa peine ou à la place de celle-ci). Dans l'hypothèse où elle aura purgé sa peine avant d'être éventuellement placée en détention de sûreté, on peut cependant, à nouveau, partir du postulat qu'elle doit être traitée comme une personne innocente. À ce titre, le professeur Lazerges rappelle que cette mesure s'applique « à des personnes innocentes, totalement innocentes, pas même suspectées »³. Cela vaut *a fortiori* pour les mesures applicables aux personnes déclarées irresponsables pénalement, comme l'internement en hôpital psychiatrique.

Il est ainsi permis de se demander ce « que devient la présomption d'innocence, quand on est le présumé coupable potentiel d'un crime virtuel »⁴. Certains auteurs évoquent la « présomption de dangerosité » dont serait l'objet la personne soumise aux mesures de sûreté, qui viendrait se substituer à la présomption d'innocence⁵. Mais est-il légitime de fonder une mesure privative de liberté sur le constat qu'un criminel serait prédisposé à récidiver ou réitérer ?

¹ CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, 5 juil. 2001, n° 41087/98, § 40.

² CEDH, *Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983, n° 8660/79, § 37.

³ Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 705 s.

⁴ R. Badinter, extrait de *Le monde*, 24 février 2008.

⁵ V. A. Cerf, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », *art. cit.*, p. 133.

Pour pouvoir, en particulier, enfermer une personne à titre de mesure de sûreté, il faut prouver que certaines conditions matérielles sont satisfaites, à savoir sa dangerosité résultant d'un trouble de sa personnalité ou de sa propension à commettre des infractions. L'individu concerné dispose-t-il d'une réelle possibilité de prouver le contraire ? Certes, des voies de recours sont à sa disposition, et selon l'article 706-53-15 CPP « *la contre-expertise sollicitée par le condamné est de droit* ». Mais il ne pourra prouver sa « non-dangerosité » par aucun moyen. Un auteur va même jusqu'à conclure à la violation de l'article 6 § 2, en partant du constat que la détention de sûreté est qualifiée de peine par la Cour européenne, ce qui implique d'établir la preuve de la culpabilité de la personne concernée, non celle de sa dangerosité (tandis que la rétention de sûreté est rattachée à une infraction future, hypothétique)¹.

664. La « présomption de dangerosité » confrontée à la jurisprudence européenne. Si la CEDH admet l'existence de présomptions de culpabilité, c'est à la condition qu'elles prennent en compte la gravité de l'enjeu et qu'elles laissent entiers les droits de la défense. Autrement dit, elles ne doivent pas être irréfragables². Appliquée aux mesures de sûreté, cette jurisprudence signifierait donc qu'une « présomption de dangerosité » devrait, à tout le moins, laisser la possibilité à la personne de se défendre de manière raisonnable. Mais comment se défendre contre un pronostic de dangerosité, tourné vers l'avenir ? Un justiciable qui s'est, par le passé, déjà rendu coupable d'une infraction grave, dispose-t-il de réelles chances de remettre en cause la parole de l'expert³ ?

Indépendamment de cela, il n'est pas certain que la Cour européenne prohiberait les mesures de sûreté au nom de la présomption d'innocence car, fondées sur la dangerosité définie comme la probabilité d'un passage à l'acte, elles n'ont pas pour fondement la culpabilité, que celle-ci soit déclarée ou présumée. Puisqu'il ne s'agit pas d'une présomption de culpabilité mais tout au plus d'une « présomption » de dangerosité, ne peut-on considérer que les mesures de sûreté échappent au champ d'application de l'article 6 § 2⁴ ?

La Cour européenne a eu l'occasion de se prononcer sur une procédure visant à apprécier la dangerosité d'une personne détenue en vertu d'une condamnation à perpétuité, afin de

¹ R. Parizot, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 115.

² CEDH, *Salabiaku c. France*, 7 oct. 1988, n° 10519/83: *RSC*, 1989, p. 167, obs. Pettiti et Teitgen; *JDI*, 1989, p. 829, obs. Rolland et Tavernier ; § 28.

³ Sur les expertises de dangerosité, v. *infra*, n° 722 s.

⁴ Sur les rapports entre dangerosité et culpabilité, v. *infra*, n° 716 s.

vérifier si celle-ci remplissait les conditions pour bénéficier d'une libération conditionnelle. Elle a estimé que la présomption d'innocence ne se trouvait pas violée du fait de la prise en compte, pour établir le pronostic de dangerosité, d'évènements n'ayant pas donné lieu à une déclaration de culpabilité – voire ayant fait l'objet d'une décision déclarant l'intéressé innocent¹. En application de cette jurisprudence, le tribunal régional supérieur de Brunswick a décidé que la décision sur la prolongation d'un internement en hôpital psychiatrique qui se fondait sur la dangerosité persistante de l'intéressé en raison, entre autres, de faits n'ayant pas encore donné lieu à une décision définitive sur leur qualification pénale, n'était pas contraire à la présomption d'innocence².

Par conséquent, l'examen périodique de la dangerosité visant à vérifier si une mesure de sûreté doit être prolongée ou, au contraire, faire l'objet d'un sursis ou d'une cessation complète (parce que son maintien serait disproportionné), peut s'appuyer sur des faits commis par l'intéressé à condition de ne pas se prononcer sur leur qualification pénale ou laisser entendre que l'intéressé serait coupable³. Il y aurait en effet violation de la présomption d'innocence à qualifier d'infraction des faits qui n'ont pas encore été définitivement jugés⁴. Il importe donc, en matière de mesures de sûreté, de veiller à ce que l'évaluation de la dangerosité ne remette pas en cause l'innocence de la personne en laissant sous-entendre une prétendue culpabilité pour des actes futurs éventuels. Mais le respect de la présomption d'innocence implique encore de vérifier que ses corollaires ne soient pas bafoués par l'existence des mesures de sûreté.

B. Les corollaires du principe de la présomption d'innocence

665. En droit procédural, la présomption d'innocence se traduit par le principe selon lequel le doute doit profiter à l'accusé (*in dubio pro reo*) et par le droit pour la personne de ne pas contribuer à sa propre incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

¹ CEDH, *Müller c. Allemagne*, 27 mars 2014, n° 54963/08, *préc.* V. J. Peglau, « Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 EGMRK », *JR*, 2014, p. 537 s.

² OLG Brunswick, 17 juil. 2014, 1 Ws 211/14; note Peglau, *jurisPR-StrafR*, 20/2014, Anm. 2.

³ CEDH, *Müller c. Allemagne*, 27 mars 2014, n° 54963/08, *préc.*, § 52; v. aussi OLG Hamm, 13 déc. 2004, 3 Ws 314/04, *NStZ-RR*, 2005, p. 154.

⁴ CEDH, *Böhmer c. Allemagne*, 3 oct. 2002, n° 37568/97; BVerfG, 9 déc. 2004, 2 BvR 2314/04, *NStZ*, 2005, p. 204. Une condamnation pénale pour les faits en question ne serait requise que si la décision sur la mesure suppose la commission d'une « infraction », comme par exemple en matière de révocation d'un sursis.

666. In dubio pro reo et mesures de sûreté. La majorité de la doctrine allemande s'accorde à appliquer ces principes aux mesures de sûreté¹, la jurisprudence indiquant en ce sens que le doute sur la propension doit profiter à l'accusé². Il serait, en effet, incohérent d'accorder ces garanties procédurales à une personne poursuivie pour une contravention (encourant donc une simple peine d'amende) et de les refuser à une personne susceptible de se voir priver de sa liberté. La Cour fédérale de justice a ainsi censuré un internement de sûreté qui avait été prononcé en méconnaissance du principe *in dubio pro reo* dès lors qu'il existait un doute sur la dangerosité de l'intéressé³.

Ce qui pose cependant problème, en matière de mesures de sûreté, est le fait que le pouvoir de décision du juge est atténué face à l'expertise de dangerosité⁴. On se situe sur le terrain de la dangerosité criminologique ou psychiatrique⁵ dont la reconnaissance est l'affaire de spécialistes. Le constat de la dangerosité demeurant loin de l'évidence, le juge est souvent étranger au débat. Il ne peut donc pas se convaincre lui-même de l'opportunité de la décision qu'il va prendre⁶.

Pour tenter d'éviter au maximum les erreurs judiciaires, le législateur multiplie les conditions formelles et objectives, augmentant ainsi la base du pronostic. Mais il reste quasiment impossible d'évincer tout doute quant à la dangerosité et à la propension de la personne à commettre des infractions. Il n'est, dès lors, pas certain que les mesures de sûreté respectent, dans les faits, le principe *in dubio pro reo*. Qui plus est, la part de doute qui subsiste inévitablement ne profite, vraisemblablement, pas à la personne « présumée dangereuse », mais plutôt à la société. C'est seulement si le juge extériorise son doute que le prononcé de la mesure n'est pas possible. Mais en matière de mesures de sûreté, le doute semble profiter, avant tout, à la sécurité⁷.

¹ T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 389 ; O. Milde, *Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004*, op. cit., p. 174.

² BGH, 12 déc. 1979, 3 StR 436/79, NJW, 1980, p. 1055.

³ BGH, 18 févr. 1954, 3 StR 824/53, NJW, 1954, p. 846. Il est à préciser qu'à l'époque de cette décision, l'internement de sûreté réservé, permettant de reporter la vérification de la dangerosité à l'issue de l'exécution de la peine qui précède l'internement de sûreté, n'existait pas encore.

⁴ V. *infra*, n° 729.

⁵ V. *infra*, n° 691.

⁶ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », art. cit., p. 1359 s.

⁷ V. J. Herrmann, « Le doute profite à la sécurité – Dangerosité et droit pénal en Allemagne », art. cit., p. 143 s. V. aussi S. Braum, « Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate? - Wegsperrren ohne tragfähige Legitimation », art. cit., p. 105 s.

667. *Nemo tenetur se ipsum accusare* et mesures de sûreté. Le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* vaut également tout au long du procès pénal et devrait s'appliquer jusqu'au prononcé définitif de la mesure de sûreté, puisque celle-ci constitue une réponse pénale à la dangerosité révélée par l'infraction qui est à l'origine des poursuites. Si ce droit ne figure pas expressément dans la Convention, il a été développé par la Cour européenne¹, un aspect important étant le droit de garder le silence.

Le problème du respect du droit de ne pas s' « auto-incriminer » se pose avec une acuité particulière en matière de détention de sûreté. Entre sa condamnation et le prononcé définitif d'une détention de sûreté, l'intéressé exécute sa peine en prison où il fait l'objet d'une surveillance accrue. Il pourrait donc dire ou faire des choses qui joueraient en sa défaveur au moment de la décision définitive sur le placement.

La Cour constitutionnelle fédérale a jugé que le principe *nemo tenetur* était méconnu si l'individu incarcéré faisait l'objet d'une surveillance complète². Le simple fait de tirer des conclusions du comportement de la personne ne semble en revanche pas être contraire à la jurisprudence européenne, qui censure uniquement les conclusions défavorables tirées de l'exercice par un suspect de son droit de garder le silence³. La Cour européenne interdit notamment l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, ce qui circonscrit de manière importante le droit de ne pas s' « auto-incriminer ». Le fait de déduire la dangerosité de l'ensemble des éléments à la disposition des juges ne semble pas contraire au droit de garder le silence, d'autant plus que la mesure de sûreté ne repose pas sur une infraction de laquelle l'intéressé pourrait s'accuser.

Si la présomption d'innocence semble parfois absente du dispositif régissant les mesures de sûreté, il convient de rappeler que celles-ci ne visent nullement à mettre en cause l'innocence de la personne. Le principe ne peut donc être appliqué tel quel mais doit être adapté aux particularités des mesures de sûreté.

Voyons si le même constat s'impose pour le principe « *ne bis in idem* ».

¹ CEDH, *Funke c. France*, 25 févr. 1993, n° 10828/84, D., 1993, p. 457, note Pannier ; D., 1993, Somm. 387, obs. Renucci ; RSC, 1994, p. 362, obs. Koering-Joulin ; RSC, 1993, p. 581, obs. Pettiti ; RUDH, 1993, p. 217, obs. Sudre. – CEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 févr. 1996, n° 18731/91, RSC, 1997, p. 476, obs. Koering-Joulin ; AJDA, 1996, p. 1005, chron. Flauss.

² BVerfG, 9 oct. 2001, 2 BvR 1523/01, NJW, 2002, p. 283.

³ CEDH, *Heaney et McGuinness c. Irlande*, n° 34720/97, et *Quinn c. Irlande*, n° 36887/97, 21 déc. 2000.

§ 2 : Le principe « *Ne bis in idem* »

668. Fondements du principe. Le principe *ne bis in idem* (appelé également *non bis in idem*) a pour but de prohiber un cumul de poursuites ou de sanctions pour les mêmes faits. En droit français, l'article 368 CPP déclare qu' « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ». Aussi, l'article 6 du même code fait-il de la chose jugée une cause d'extinction de l'action publique. Contrairement au droit français, ce principe a valeur constitutionnelle en Allemagne, puisqu'il est consacré à l'article 103, alinéa 3 de la Loi fondamentale.

Au niveau européen, c'est l'article 4 § 1 du Protocole additionnel n° 7 qui dispose : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». Ce principe constitue, selon la Cour de Strasbourg, une composante du droit à un procès équitable¹. On peut encore citer l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux termes duquel « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi »². Si ces deux articles sont rédigés en des termes plus larges que le droit procédural français en ce qu'ils incluent aussi bien les condamnations que les acquittements, le second, contrairement au premier, revêt une dimension internationale.

La règle *ne bis in idem* peut être rattachée au principe de l'autorité négative de la chose jugée au pénal sur le pénal, qui constitue un obstacle aux poursuites. Ce principe est fondé sur la « nécessité de préserver la confiance des citoyens dans la justice pénale (fondement social) », mais également sur celle « d'assurer à la personne ayant fait l'objet d'une décision pénale définitive pour un comportement donné que son sort ne sera pas remis en question (fondement individualiste) »³.

669. Application du principe aux mesures de sûreté. Rappelons brièvement que la Cour européenne protège le justiciable contre plusieurs poursuites sous la même qualification pénale mais aussi contre plusieurs poursuites sous une qualification différente, dès lors qu'il

¹ CEDH, *Nikitine c. Russie*, 20 juil. 2004, n° 50178/99, CEDH 2004-VIII, § 54.

² Sur ce texte, v. S. Stein, « Le principe *ne bis in idem* dans l'Union européenne », *AJ pénal*, 2011, p. 443 (traduction de l'allemand en français par J. Herrmann).

³ D. Roets et J.-P. Marguénaud, « Droits de l'homme. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 692 s.

s'agit, en réalité, des « *mêmes éléments essentiels* » d'une infraction¹. Cependant, le terme d' « infraction » ne fait pas l'objet d'une interprétation autonome par la CEDH, ce qui est source d'incertitude quant à l'étendue du principe. La question se pose alors de savoir si le principe *ne bis in idem* inclut également les mesures de sûreté et, plus précisément, la détention de sûreté.

Le terme « *puni* » figurant à l'article 4 § 1 du Protocole additionnel n° 7 laisse penser, de prime abord, que la Cour européenne prohiberait l'application de deux réponses pénales pour la commission d'une infraction en raison de sa conception autonome de la notion de *peine*. Encore faut-il que l'on puisse rattacher la détention de sûreté à l'infraction à l'origine des poursuites. Si l'on estime que cette infraction sert uniquement de facteur révélateur de la dangerosité² qui fonde la détention de sûreté, on ne peut considérer que la mesure constitue une seconde « punition » de la même infraction. Certains auteurs affirment qu'il est impossible de rattacher la détention de sûreté à une infraction passée, dans la mesure où elle s'applique en prévision d'une hypothétique infraction future³. Il ne s'agirait alors pas d'une deuxième peine pour les mêmes faits, et la question de la conformité au principe *ne bis in idem* deviendrait superfétatoire.

Inversement, on peut considérer que la détention de sûreté procède directement de l'infraction, puisque tant ses conditions objectives que subjectives y font référence. Certes, la mesure de sûreté n'est pas prononcée en raison de l'infraction, son fondement essentiel étant la dangerosité de la personne. Néanmoins, elle ne saurait se passer de la commission préalable d'une infraction, qui est une condition *sine qua non* d'application de la mesure.

Rappelons que la Cour européenne des droits de l'homme a tranché, au sujet de la détention de sûreté, en faveur de sa nature de peine, soumise au principe de non-rétroactivité⁴. Elle a également admis que cette sanction puisse découler du jugement de condamnation initialement prononcé, à condition d'entretenir un lien assez étroit avec la déclaration de culpabilité⁵. D'un point de vue procédural, il est vrai que la mesure peut être rattachée, de manière plus ou moins superficielle, à la première condamnation, ce qui a d'ailleurs permis sa validation au regard de l'article 5 § 1, a) de la Convention. Il semblerait donc que le principe *ne bis in idem* soit méconnu. Toutefois, les juges strasbourgeois ne se sont pas attardés sur la

¹ CEDH, *Oliveira c. Suisse*, 30 juil. 1998, n° 25711/94 : *AJDA*, 1998, p. 984, chron. Flauss ; *RSC*, 1999, p. 384, obs. Koering-Joulin ; *Rec.* 1998 ; § 22. - CEDH, *Franz Fischer c. Autriche*, 29 mai 2001, n° 37950/97, § 25. - CEDH, *Garretta c. France*, 4 mars 2008, n° 2529/04 : *RSC*, 2008, p. 708, obs. D. Roets ; § 76 s.

² V. *infra*, n° 767 s.

³ V. D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 1840 s.

⁴ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, *préc.*, n° 19359/04. V. *supra*, n° 531.

⁵ V. *supra*, n° 613.

question de savoir si sa nature de peine et son lien avec le jugement initial posait un problème au regard de l'article 4 § 1. La mesure de sûreté repose, en réalité, sur la dangerosité de l'individu et non sur l'infraction qu'il a commise.

670. Position de la jurisprudence allemande. La Cour constitutionnelle fédérale, sans se prononcer explicitement sur l'applicabilité du principe aux mesures de sûreté, a eu l'occasion de constater que le prononcé d'une mesure de sûreté à côté d'une peine privative de liberté ne violait pas le principe *ne bis in idem*¹. À propos de la mesure de surveillance de conduite, la Cour a décidé que celle-ci ne constituait pas une nouvelle « répression », mais seulement une conséquence du premier jugement, c'est-à-dire une sanction rattachable à la condamnation initiale. Suivant cette logique, la prohibition de la pluralité de poursuites ne ferait pas obstacle à l'application de plusieurs sanctions pour un même fait.

Il n'est pas certain que la solution soit transposable à la détention de sûreté, car celle-ci est prononcée définitivement lors d'une instance distincte de la première condamnation. Elle s'apparente donc davantage à une seconde poursuite. On pourrait ajouter que le cumul entre deux sanctions de nature différente apparaît moins problématique que celui entre deux sanctions de même nature, comme cela est le cas en présence d'une peine et d'une mesure toutes deux privatives de liberté. La Cour fédérale de justice a toutefois jugé que l'article 103, alinéa 3 de la Loi fondamentale (posant le principe *ne bis in idem*) n'était pas applicable aux mesures purement préventives dont la *Sicherungsverwahrung* fait partie².

Il n'en demeure pas moins que le principe *ne bis in idem*, en tant que garantie procédurale visant à protéger l'individu contre une réaction étatique excessive, devrait recevoir une application plus étendue. La finalité du principe plaide en faveur de son application à la détention de sûreté, afin d'assurer une protection effective des justiciables ; cela d'autant plus que sa qualification juridique en tant que mesure de sûreté soulève des polémiques³ et que les peines et les mesures de sûreté présentent de plus en plus de caractéristiques communes⁴. On pourrait notamment soutenir que la détention de sûreté n'est pas purement préventive, ce qui aurait pour conséquence de la soustraire aux effets attachés à la décision précitée de la Cour fédérale de justice.

¹ BVerfG, 15 août 1980, 2 BvR 495/80, BVerfGE 55, 28 (30), NStZ, 1981, p. 21.

² BGH, 25 nov. 2005, 2 StR 272/05, StV, 2006, p. 67 (70).

³ V. *supra*, n° 140 s. et 281 s.

⁴ V. *supra*, n° 540 s.

671. Nouvelles poursuites et autorité de la chose jugée. Pour savoir si la détention de sûreté méconnaît le principe *ne bis in idem*, il convient de se demander si son prononcé est constitutif de nouvelles poursuites pour les mêmes faits.

La mesure est ordonnée lors d'une instance distincte du jugement de condamnation qui est passé en force de chose jugée. En France, c'est une juridiction spécialisée, la juridiction régionale de la rétention de sûreté, qui est compétente pour prononcer la rétention de sûreté, alors qu'en Allemagne cette tâche incombe à la juridiction pénale de jugement qui rend, le plus souvent, un jugement séparé sur ce point à l'issue de l'exécution de la peine. Ce nouveau jugement repose, au moins pour partie, sur les mêmes faits. En effet l'appréciation de la dangerosité de l'individu se fonde sur une multitude d'indices parmi lesquels les infractions commises et ayant donné lieu à condamnation jouent un rôle important. Qui plus est, en droit allemand, la mesure est applicable rétroactivement aux personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi. L'autorité de la chose jugée de la première condamnation semble donc, de prime abord, remise en cause, une nouvelle sanction étant appliquée, certes pour empêcher une éventuelle récidive, mais aussi à la suite des mêmes faits.

On pourrait faire valoir la divergence des fonctions entre la règle *ne bis in idem* et le principe de l'autorité de la chose jugée. Alors que la règle *ne bis in idem* tend à assurer la sécurité juridique de l'individu qui a répondu de ses actes devant la justice répressive, l'autorité de la chose jugée s'efforce d'assurer l'incontestabilité des décisions de justice, dans le but d'entretenir la cohérence de l'institution judiciaire¹. Or, avec la détention de sûreté, la parole du premier juge ne risque pas d'être contredite puisqu'il ne s'agit pas de remettre en cause sa décision sur la culpabilité ou la peine prononcée mais uniquement d'appliquer une nouvelle sanction qui viendrait compléter la première – et ce, dans un but différent : la prévention de nouvelles infractions.

La décision relative à la détention de sûreté ne semble, en réalité, pas correspondre à une nouvelle poursuite puisqu'elle s'inscrit dans la continuité de la procédure initiale. Le principe de la détention de sûreté est prévu par le premier jugement et seul son prononcé effectif est ajourné. La personne concernée est donc informée de l'éventualité de son application ultérieure, l'autorité de la chose jugée étant, de ce fait, préservée. Une forme particulière de la mesure soulève néanmoins des questions spécifiques.

¹ J. Lelieur-Fischer, « La règle *ne bis in idem* : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive », *Droit et Justice*, 2007, n° 26, p. 13.

672. Incompatibilité de l'internement de sûreté *a posteriori* avec le principe *ne bis in idem*. L'internement de sûreté *a posteriori* dans sa forme abrogée, supposait l'apparition de « faits nouveaux » révélateurs de la dangerosité, tout en puisant sa légitimité dans l'infraction pour laquelle une peine a déjà été purgée. Cela s'apparentait à une reprise des poursuites en défaveur du condamné, contraire à l'autorité négative de la chose jugée interdisant, en principe, la prise en compte de circonstances postérieures au jugement définitif.

Les difficultés subsistent actuellement lorsque la mesure intervient à la suite de la libération de l'hôpital psychiatrique – seule variante encore en vigueur¹. Artificiellement rattachée à l'infraction jugée de laquelle elle tire sa légitimité, elle est fondée, essentiellement, sur l'évolution de la personne postérieurement au jugement initial. Elle vient donc contredire celui-ci, lequel avait refusé d'ordonner l'internement de sûreté et opté, expressément, pour l'internement psychiatrique². Se cumulant ainsi avec l'internement en hôpital psychiatrique, il s'agit de toute évidence d'une deuxième sanction contraire à l'article 4 § 1 du Protocole additionnel n° 7. Toutefois, l'Allemagne n'a pas ratifié ce protocole qui ne peut donc lui être opposé.

Les mêmes craintes peuvent être exprimées au sujet de la rétention de sûreté consécutive à une violation de la surveillance de sûreté qui s'applique indépendamment du premier jugement. N'étant pas érigée en infraction pénale, cette violation ne saurait être considérée comme l'unique fondement de la rétention de sûreté, à défaut de quoi celle-ci serait contraire à l'article 5 § 1 de la Convention³. Et quand bien même la violation des obligations de la surveillance de sûreté serait-elle considérée comme un fait pénal nouveau, une privation de liberté serait alors, pour le moins, disproportionnée⁴.

673. Double sanction pénale des mêmes faits. En tout état de cause, la détention de sûreté, même lorsqu'elle est prononcée *ab initio* lors du jugement de condamnation, ou *réservée* par celui-ci pour être confirmée ultérieurement, constitue une seconde sanction pénale intervenant sur la base des mêmes faits. En dépit de sa qualification interne de mesure de sûreté, elle semble soumise au principe *ne bis in idem*, en raison de la conception matérielle de la notion de peine adoptée par la Cour européenne. Ainsi, même si l'autorité de la chose jugée n'est pas nécessairement remise en cause par l'application de la mesure, la personne est soumise cumulativement à deux sanctions privatives de liberté. Le respect du

¹ V. *supra*, n° 97.

² V. CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*, § 76 s.

³ Sur cet article, v. *supra*, n° 612.

⁴ Sur le principe de proportionnalité, v. *supra*, n° 649 s.

principe *ne bis in idem* peut être mis en doute, si bien qu'une meilleure articulation entre la peine et la détention de sûreté doit être envisagée¹.

Notons en revanche que la technique du cumul de deux sanctions de nature différente pour une même infraction est déjà fréquemment utilisée par le législateur (lorsqu'il prévoit, par exemple, que l'auteur encourt à la fois une peine d'emprisonnement et une peine d'amende), ce qui ne semble pas poser de problème au regard du principe *ne bis in idem*. Le cumul entre une peine et une mesure de sûreté de nature différente n'apparaît, par conséquent, pas contraire au principe.

674. Conclusion de la Section 2. Globalement, les mesures de sûreté semblent conformes à l'essentiel des garanties procédurales, la confrontation détaillée révélant uniquement certaines incompatibilités à la marge des dispositifs. Cela signifie que l'institution des mesures de sûreté ne suscite, en elle-même, pas de craintes substantielles. Il s'agit seulement de veiller à la conformité des dispositifs actuels aux principes fondamentaux, en adaptant, au besoin, leur régime. Plusieurs observations doivent être formulées à ce propos.

D'une part, certains principes ne sont pas adéquats aux mesures de sûreté et ne peuvent donc pas faire l'objet d'une transposition pure et simple. Il en va ainsi de la présomption d'innocence, les mesures de sûreté ne mettant pas en cause la culpabilité mais la dangerosité du délinquant. D'autre part, la soumission aux principes étudiés semble devoir varier avec l'intensité de chaque mesure considérée, si bien que c'est notamment lorsque la mesure revêt une nature privative de liberté qu'elle s'avère problématique. Partant, la mesure qui requiert la plus grande adaptation aux libertés fondamentales est la détention de sûreté applicable *a posteriori*, tant en droit français qu'en droit allemand. Cette mesure s'apparente, il est vrai, moins à une peine que sa forme applicable *ab initio*, du fait de son éloignement avec l'infraction initiale. Elle n'en demeure pas moins difficilement conciliable avec le principe *ne bis in idem* en ce qu'elle constitue une seconde sanction pénale privative de liberté prononcée lors d'une nouvelle instance indépendante de la première.

¹ Sur la réforme envisageable, v. *infra*, n° 863.

Conclusion du Chapitre II

675. Le respect des garanties fondamentales est essentiel dans une matière qui, comme le droit pénal, est de nature à porter atteinte aux libertés individuelles. Ces garanties transcendent la distinction entre les peines et les mesures de sûreté pour s'appliquer, plus largement, à toutes les sanctions de nature pénale. Le fait de soumettre les mesures de sûreté à ces principes communs réduit en apparence leur autonomie en les rapprochant du régime des peines. En réalité, l'émancipation de ces mesures dans le respect des grands principes cadres permet d'asseoir leur légitimité au sein du système pénal. La confrontation des mesures de sûreté aux normes supralégislatives fait apparaître qu'il existe une gradation à l'intérieur de ces mesures en fonction de leur gravité. Plus l'atteinte aux libertés est grande, plus le risque d'une non-conformité aux droits fondamentaux est présent. Il convient en particulier de veiller à ce que les mesures privatives de liberté ne contreviennent à aucun des principes évoqués.

On observe, à cet égard, une évolution du droit positif dans le sens d'un plus grand respect des garanties fondamentales. Cette évolution permet l'élaboration d'une conception moderne des mesures de sûreté, en les inscrivant dans le cadre des droits de l'homme. Il est des aspects des mesures de sûreté qui se révèlent cependant problématiques, auxquels il convient donc de remédier. De même, certains principes, plus particulièrement adaptés aux peines, paraissent difficilement transposables aux mesures de sûreté qui obéissent à une logique différente, à moins de remettre en cause leur essence même. Il est donc indispensable de prendre en considération les spécificités de ces mesures dans la construction de leur régime, et de faire en sorte que l'application assouplie de certains principes (tels les corollaires du principe de légalité) se trouve compensée par une plus grande importance accordée au principe de proportionnalité. D'autres principes, éloignés des mesures de sûreté (tels le principe de culpabilité ou la présomption d'innocence) paraissent devoir être écartés, les mesures de sûreté ne reposant pas sur la culpabilité de l'individu mais sur sa dangerosité.

Conclusion du Titre I

676. Certains facteurs limitent l'autonomie des mesures de sûreté et permettent aux tenants d'un système unitaire de sanctions pénales de soutenir qu'elles se confondent avec les peines.

Une première limite tient au caractère flou du concept de mesure de sûreté. La difficulté de distinguer précisément ces mesures des peines rend la notion de mesure de sûreté incertaine et leurs contours imprécis. On ne peut nier qu'il existe des traits communs entre les deux types de sanctions. L'exigence de personnalisation et la finalité préventive (notamment l'objectif de resocialisation), qui valent pour toutes les sanctions pénales du droit positif, en font partie. Mais l'autonomie des mesures de sûreté est surtout fragilisée par la manière dont elles sont actuellement appréhendées par le législateur français et, par voie de conséquence, la jurisprudence. Leur place ne faisant pas l'objet d'un consensus, leur reconnaissance en tant qu'entité autonome est inaboutie. Les catégories juridiques établies sont relatives, cette relativité étant renforcée par la manière dont la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme appréhende les notions de *peine* et de *matière pénale* inscrites dans la Convention.

Une seconde limite à l'autonomie des mesures de sûreté réside dans le fait qu'elles sont, comme les peines, soumises aux principes fondamentaux qui gouvernent le droit pénal. Cette soumission s'opère essentiellement en fonction de la gravité des différentes mesures, les plus liberticides nécessitant un régime plus contraignant pour être acceptables. Se dessine alors un régime différencié et progressif, qui permet de prendre en compte la grande hétérogénéité des mesures de sûreté et d'augmenter les garanties proportionnellement à l'atteinte qu'elles portent à la liberté individuelle.

Ces facteurs de rapprochement entre les peines et les mesures de sûreté ne cachent toutefois que difficilement les différences indéniables existant entre ces deux types de sanctions pénales. L'encadrement des mesures de sûreté par les principes fondamentaux du droit pénal, qui permet d'asseoir leur légitimité au sein du système de sanctions pénales, nécessite de ce fait une adaptation aux spécificités qui leur sont inhérentes. L'émancipation de ces mesures, incomplète à l'heure actuelle, doit être confortée sur la base des facteurs d'autonomie existants.

TITRE II :

UNE AUTONOMIE À CONFORTER

677. La recherche d'une autonomie. Les mesures de sûreté présentent certaines caractéristiques qui font incontestablement leur originalité et s'opposent à leur (con)fusion avec les peines. L'émergence des mesures de sûreté que l'on a pu observer correspond à la première étape de l'affirmation de leur autonomie. L'étude des mesures existantes et de leurs sources a en effet permis de mettre au jour l'existence des points communs à toutes les mesures de sûreté qui permettent de les distinguer des peines. Les mesures de sûreté sont donc au moins partiellement indépendantes de ces dernières et affichent une certaine autonomie. L'avènement des mesures de sûreté nécessite cependant que l'on dépasse les limites à leur autonomie qui existent actuellement et qui empêchent ces mesures de bénéficier d'un statut juridique adéquat. Les mesures de sûreté forment, au sein des sanctions pénales au sens large, une entité qui a vocation à s'épanouir¹ davantage. En dépit des recoupements avec les peines, leurs spécificités répondent à leurs fins et reflètent leur logique propre. C'est donc à partir de leurs caractéristiques propres qu'une autonomie aboutie pourra être recherchée. Celle-ci leur permettra éventuellement d'accéder à une reconnaissance en tant que seconde voie des sanctions pénales jouissant d'un statut juridique satisfaisant.

L'autonomie indéniable des mesures de sûreté (Chapitre I) mériterait donc d'être confortée par la construction d'une autonomie véritable (Chapitre II). Le modèle allemand, dans lequel l'autonomie des sûretés est réelle, pourrait servir de référence à cette entreprise.

¹ L. Rabinowicz évoquait en ce sens « l'épanouissement des mesures de sûreté » : L. Rabinowicz, *Mesures de sûreté, Étude de politique criminelle*, op. cit., p. 147.

Chapitre I :

L'autonomie existante des mesures de sûreté

678. Les critères distinctifs des mesures de sûreté. L'étude qui précède des différentes mesures de sûreté existant en droit positif met en exergue leurs critères distinctifs, communs à toutes les mesures, permettant d'affirmer qu'elles ont une existence intrinsèquement autonome. Contrairement aux peines qui reposent sur une faute commise et sont cantonnées par la culpabilité de l'auteur, le fondement des mesures de sûreté est la dangerosité. Elles visent le délinquant ancré dans la délinquance, dont les actes traduisent un penchant criminel donc une dangerosité élevée. Les mesures de sûreté tendent à neutraliser cette dangerosité afin d'empêcher la réalisation d'autres infractions. Or, le concept d'état dangereux étant avant tout subjectif, les mesures de sûreté ne peuvent se passer de certaines conditions d'application objectives qui leur confèrent un cadre formel, indispensable à toute réponse pénale. Ces conditions contrebalancent l'incertitude inhérente à la notion de dangerosité et permettent d'asseoir la légitimité des mesures de sûreté au regard de certains principes fondamentaux du droit pénal. Il convient donc de distinguer la condition centrale et subjective qu'est la dangerosité (Section 1) des conditions secondaires et objectives liées à l'extériorisation de celle-ci (Section 2).

Section 1 :

La condition subjective des mesures de sûreté : la dangerosité

679. Le critère central des mesures de sûreté. L'instauration des mesures de sûreté résulte de la volonté de localiser, de contrôler, voire de neutraliser certains délinquants qui demeurent dangereux après avoir purgé leur peine car ils paraissent susceptibles de commettre d'autres actes délictueux. Les soins proposés pendant l'incarcération peuvent s'avérer insuffisants ou inefficaces pour resocialiser le délinquant et un suivi post-carcéral ou, dans les cas les plus extrêmes, un enfermement prenant le relais de la prison peut sembler nécessaire. Pour les personnes pénalement irresponsables, inaccessibles à la peine, les mesures de sûreté constituent même la seule réponse possible à leur dangerosité.

Quoique très variées dans les formes qu'elles peuvent revêtir, les mesures de sûreté ont toutes une raison d'être commune, à savoir la dangerosité de certains délinquants. Contrairement aux peines, elles ne reposent pas sur l'infraction commise, mais sur l'état dangereux présent et futur du délinquant, auquel elles entendent remédier. C'est avant tout cette dangerosité en tant que fondement spécifique des mesures de sûreté (§ 1) qui leur confère une véritable autonomie et qui permet d'affirmer qu'elles se distinguent fondamentalement des peines. Ce fondement entraîne d'ailleurs une autre différence avec les peines, résidant dans la finalité exclusivement préventive des mesures de sûreté, tournées vers cette dangerosité qu'il s'agit de neutraliser. Or, c'est précisément en raison de son orientation vers l'avenir que la dangerosité s'avère d'une évaluation difficile (§ 2), pleine de « chemins hasardeux »¹.

§ 1 : La notion de dangerosité comme fondement spécifique des mesures de sûreté

680. La difficile appréhension du concept de dangerosité. La condition de la dangerosité sur laquelle reposent toutes les mesures de sûreté et qui fait leur spécificité peut poser des difficultés à plusieurs égards. Sa délimitation (A) suscite des interrogations, le législateur s'étant abstenu de lui donner un cadre légal précis. L'absence de définition législative peut s'expliquer par la complexité du concept d'état dangereux qui est bien plus qu'un simple risque de récidive, auquel il est pourtant souvent assimilé. De ce fait, la dangerosité doit être mise en relation avec d'autres concepts du droit pénal (B) afin de mieux dessiner ses contours et en apprécier la portée. Ces difficultés dans l'usage de la notion de dangerosité conduisent inéluctablement à s'interroger sur la légitimité des mesures de sûreté.

A. La délimitation de la notion de dangerosité

681. La complexité de la prise en compte de la dangerosité par le droit pénal est d'une telle ampleur que certains travaux sont entièrement consacrés à cette problématique². Il

¹ P. Poncela, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in : P. Mbanzoulou *et al.* (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 93 s.

² V., entre autres, Ph. Ongagna, *L'état dangereux délictuel et post-délictuel des majeurs délinquants en droit pénal français*, Thèse, Grenoble, 2003 ; A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.* ; S. Harir, *Les effets de la dangerosité sur la décision pénale*, Thèse, Paris, 2012 ; G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.*

s'agira ici, plus particulièrement, d'aborder la notion de dangerosité sous l'angle de son rapport avec les mesures de sûreté dont elle constitue le socle commun. Si sa définition reste pour le moment incertaine (1), on observe une extension du droit pénal sous son influence (2).

1. La définition incertaine de la notion de dangerosité

682. Les mesures de sûreté ne mettent pas en cause la « culpabilité du criminel », mais la « dangerosité du déviant »¹, une notion criminologique incertaine, « séculaire et mutante »², dont l'appréhension ne constitue pas une entreprise aisée. Si les fondements techniques peuvent varier d'une mesure à l'autre, il est vrai que « la dangerosité, de manière explicite ou non, constitue bien toujours le cœur »³ de ces mesures. Or il ne s'agit pas véritablement d'une notion juridique, mais d'une notion floue et protéiforme (a). Il convient dès lors de tenter d'en donner une définition (b).

a. La dangerosité, une notion floue et protéiforme

683. **Origines de la prise en compte du concept de dangerosité.** La préoccupation autour du concept d'état dangereux est relativement ancienne et a fait couler beaucoup d'encre, que ce soit de la part des juristes, des criminologues ou des psychiatres et psychologues⁴. Déjà bien avant d'être théorisée par les positivistes, la notion de dangerosité a joué historiquement un rôle essentiel : celui de « justifier la transposition – sous des formes partiellement nouvelles (éducatives, correctrices ou thérapeutiques) – de certaines pratiques répressives de l'Ancien Régime qu'il paraissait impossible de justifier sur le registre de la culpabilité, fondement du nouveau droit pénal »⁵. Elle concernait donc avant tout les personnes inaccessibles à la peine, et c'est ainsi que la loi de 1838 sur l'internement des

¹ Distinction opérée par M. Delmas Marty, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *art. cit.*, p. 461 s.

² J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*

³ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

⁴ Le concept se trouvait au cœur des théories développées par les positivistes italiens Garofalo, Ferri et Lombroso, préconisant la création des mesures de sûreté, ou, plus exactement, mesures de défense sociale ; puis, il a été repris, entre autres, dans les ouvrages suivants : J. Pinatel, *Le Problème de l'état dangereux: conférences publiées*, II^e Cours international de criminologie, Impr. administrative, 1953 ; P.-H. Davost, *Aspects de l'état dangereux : actes publiés*, II^e Congrès français de criminologie, Rennes, Impr. réunies, 1961. Le professeur Pinatel fait même remonter la notion à J.-J. Rousseau : v. J. Pinatel, « La pensée criminologique aux XVII^e et XVIII^e siècle », *RSC*, 1978, p. 407 s.

⁵ M. van de Kerchove, « Culpabilité et dangerosité - Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *art. cit.*, p. 299.

aliénés « dangereux pour soi-même ou pour autrui » a créé la notion d'*état dangereux psychiatrique*¹. Puis, l'idée de dangerosité est également apparue à travers la loi de 1885 sur la relégation des récidivistes, sous l'aspect d'une *dangerosité criminologique* cette fois². De manière plus générale, le concept de dangerosité est entré dans la sphère pénale à la fin du XIX^e siècle et émanerait notamment des discussions tenues au Congrès de l'Union Internationale du Droit Pénal de 1890, à Saint-Petersbourg, sur « l'introduction dans la pénalité moderne de mesures spéciales d'emprisonnement pour les individus jugés dangereux ou à risque »³.

Il est communément admis que ce sont avant tout les positivistes qui sont à l'origine du concept contemporain de dangerosité qui a été repris, peu après, par la première école de Défense Sociale⁴. Il s'agit en effet du « concept de base de la criminologie clinique »⁵. Pour Garofalo, le concept d'état dangereux englobe ainsi les termes synonymes de « témébilité, périculosité, redoutabilité, dangerosité », correspondant à la « capacité criminelle » d'un individu – le mal qu'on peut redouter de sa part – conjuguée à son « adaptabilité » – son aptitude à s'adapter au milieu⁶. Malgré son caractère aléatoire, arbitraire et sa scientificité douteuse, la dangerosité est devenue un instrument légitimant de nouvelles modalités d'intervention visant à anticiper et empêcher l'émergence d'un événement indésirable⁷. Avec les théories sur la dangerosité a ainsi émergé le concept de prévention de la délinquance. Les lois fondées sur la dangerosité ont cependant reçu une application nuancée dans la majorité des pays, malgré les inquiétudes qui avaient contribué à leur émergence⁸.

684. Réapparition contemporaine du concept de dangerosité. Après une période de sommeil au cours de la seconde moitié du XX^e siècle⁹, on observe un regain d'intérêt plus

¹ V. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, n° 886, p. 782.

² Plus tard, la notion a été consacrée expressément par la loi du 15 avril 1954 sur les alcooliques dangereux pour autrui.

³ J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *Criminologie*, vol. 34, n° 1, 2001, p. 101 s.

⁴ R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, n° 886, p. 782.

⁵ *Ibid.*, n° 885, p. 781 s.

⁶ V. pour plus de précisions, R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, n° 888, p. 782.

⁷ M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

⁸ J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *art. cit.*, p. 104. L'auteur fait uniquement référence aux pays anglophones. Il ajoute que dans l'ensemble de la société occidentale, il semble que les trois seules juridictions à avoir exercé un usage significatif du pouvoir de condamner à la détention indéfinie pour raison de danger pour la société aient été la Russie soviétique, l'Italie fasciste et l'Allemagne nazie.

⁹ Le professeur Danet parle même d'une éclipse de la dangerosité au plan du droit positif, tout en soulignant que la notion a continué d'avancer par les pratiques des expertises psychiatriques et psychologiques devant les cours d'assises. V. J. Danet, « Comment a évolué récemment le droit et quelles sont les préoccupations du

prononcé pour la notion de dangerosité depuis la fin des années 1990¹ – déclenché par un sentiment d’insécurité croissant dans la population² – qui s’accompagne de l’essor des mesures de sûreté et d’une volonté marquée de prévenir la récidive. L’usage de la notion même de dangerosité est ainsi relativement récent³, comme en témoigne son apparition tardive dans les dictionnaires⁴. Elle a été introduite « subrepticement »⁵ en droit positif français par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales⁶ et a mené, notamment, à l’adoption de la loi du 25 février 2008 instaurant la rétention de sûreté⁷. Mais sa première apparition expresse dans le Code de procédure pénale remonte à la loi du 1^{er} février 1994 relative à la période de sûreté incompressible⁸. Avec « le retour de l’homme dangereux »⁹ sur le devant de la scène pénale, on peut ainsi affirmer qu’« entre 2005 et 2011, une nouvelle architecture judiciaire a été édiflée dont la pierre angulaire est la notion de dangerosité »¹⁰. On pourrait même dire qu’on assiste à un véritable renouveau du concept de dangerosité¹¹, associé au sentiment d’insécurité de la société et,

législateur quand il évoque la "dangerosité des malades mentaux" ? », *art. cit.*, p. 27 s. V. également J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*, n° 90 s.

¹ V., entre autres, J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport préc.; Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport préc.; et J.-P. Garraud, *Réponses à la dangerosité*, Rapport préc.

² Sur le développement du sentiment d’insécurité, v. J.-L. Senon, « Troubles de la personnalité et psychiatrie face au courant d’insécurité de la société : de la nécessité de penser le champ du soin face aux peurs collectives », *L’Information psychiatrique*, 2008, vol. 84, n° 3, p. 241 s.

³ F. Fiechter-Boulevard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *Archives de politique criminelle*, 2009/1, n° 31, p. 263 s., spéc. p. 271.

⁴ Ce néologisme reste même absent d’un certain nombre de grands dictionnaires, comme par exemple le *Littré*, ou le *Trésor de la langue française*. Il figure en revanche dans le *Larousse*.

⁵ Ch. Lazerges, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *art. cit.*, p. 274 s.

⁶ En tant que condition du placement sous surveillance judiciaire et sous surveillance électronique mobile (art. 723-31 et 763-10 CPP).

⁷ Art. 706-53-13 s. CPP.

⁸ L’article 720-4 CPP prévoit en effet qu’à l’issue d’une période de trente ans suivant la condamnation, la mesure peut prendre fin de manière anticipée après qu’un collège de trois experts médicaux s’est prononcé sur l’état de dangerosité du condamné.

⁹ V. M. Kaluszynski, « Le retour de l’homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

¹⁰ Ministère de la justice, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, groupe Bibliographie du Comité d’organisation, Fiche 3 : *La restructuration du droit pénal autour de la notion de dangerosité*, p. 108 s.

¹¹ J.-B. Perrier, *Du positivisme au droit positif – Le renouveau du concept de dangerosité dans la lutte contre la récidive des infractions pénales*, sous la dir. de S. Cimamonti, Mémoire, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006. De manière comparable, un autre auteur évoque la « résurgence de la dangerosité » : F. Rousseau, « Dangerosité et sanctions pénales », *art. cit.*, p. 267. Un auteur parle enfin de « renaissance » de la dangerosité : J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *art. cit.*, p. 104. Ce dernier explique cette renaissance par le fait que « diverses formes de prises de conscience ont contribué à intensifier la sensibilité contre ces crimes au point de rendre *intolérables* (par opposition à simplement criminels) le danger et la menace qu’ils posent contre la vie humaine » (p. 110). L’auteur explique qu’avec la valorisation du « droit à la vie » par les sociétés occidentales modernes, on a attribué corrélativement plus d’importance aux dangers

corrélativement, une augmentation du poids accordé aux victimes¹. Ce phénomène se manifeste au travers du développement d'une politique pénale sécuritaire, caractérisée par la croissance et l'intensification de la législation sur la dangerosité au cours des deux dernières décennies.

685. Une notion imprécise. Entretenant un lien étroit avec le phénomène criminel et la politique pénale, la notion de dangerosité est une émanation des constructions sociales et culturelles, sa définition étant, par conséquent, imprécise et évolutive. Si la place de la notion de dangerosité en droit pénal est aujourd'hui grandissante, son appréhension reste complexe et sa pertinence juridique douteuse. Il s'agit en effet d'une notion floue, entourée d'une incertitude inhérente à sa définition et à sa prédiction². Suggérant un état plutôt qu'un acte, il s'agit d'un concept qui ne connaît pas de caractérisation unanime et indiscutable, ni de remède décisif³. La Cour fédérale de justice concède à cet égard que « *la notion de danger se soustrait à toute description scientifique exacte. Elle n'est pas définissable de manière générale et sa nature relève d'une question de fait et non de droit* »⁴. De la même manière, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a observé qu'il s'agissait d'une « *notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique* »⁵. On peut encore citer la Recommandation du Conseil de l'Europe relative aux délinquants dangereux⁶ qui « reconnaît que la "dangerosité" n'est pas une notion claire du point de vue juridique. Elle est également vague du point de vue scientifique, dans la mesure où l'évaluation de la dangerosité

contre la vie : « le droit à la vie est accompagné de l'imminence d'une menace personnelle ». Aussi, ajoute-t-il, comme nos sources d'information sur le crime mettent en lumière l'existence de « criminels dangereux », ces derniers nous apparaissent comme une menace potentielle pour chacun de nous.

¹ J. L. Senon, « Troubles de la personnalité et psychiatrie face au courant d'insécurité de la société : de la nécessité de penser le champ du soin face aux peurs collectives », *art. cit.*, p. 241 s. V. aussi D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005.

² Déjà au début du XX^e siècle, von Birkmeyer (tenant de l'École classique) soulignait que la notion de dangerosité n'était pas élucidée scientifiquement et qu'elle était difficilement vérifiable en pratique : v. K. von Birkmeyer, *Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung*, Leipzig, 1914, p. 190.

³ V. T. Ferri, *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hypersurveillance*, Paris, coll. Questions contemporaines, l'Harmattan, 2012, p. 229.

⁴ BGH, 15 févr. 1963, 4 StR 404/62, NJW, 1963, p. 1069 s.

⁵ CNCDDH, Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, 7 févr. 2008 ; V. aussi Avis sur la prévention de la récidive, Ass. plén., 21 févr. 2013.

⁶ *Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux*, adoptée par le Comité des Ministres le 19 février 2014 lors de la 1192^e réunion des Délégués des Ministres.

criminologique et du risque de récidive de l'individu à long terme ne s'appuie pas sur des éléments probants suffisants pour être précise »¹.

Pour autant, la dangerosité est aujourd'hui à la base d'une politique criminelle préventive et sécuritaire, critiquée par une partie de la doctrine qui pose la question du rempart face aux excès étatiques. À l'origine ignorée de la science juridique pour ressortir davantage à d'autres disciplines comme la psychiatrie, puis la criminologie, elle se situe aujourd'hui au cœur de la politique pénale et en constitue l'un des enjeux principaux. Une notion difficilement saisissable, le droit pénal tente tout de même de la saisir². On peut même dire qu'elle domine la matière régissant les mesures de sûreté. Et pourtant, le législateur ne prend pas le soin de la définir. N'est-il pas problématique de fonder des sanctions pénales sur un concept dont les contours sont aussi mal déterminés ?

Une définition légale de la dangerosité serait indispensable afin de constituer un fondement solide et légitime des mesures de sûreté. D'autres législations qui comportent des mesures de sûreté fournissent, à cet égard, une définition de la notion, ce qui paraît plus respectueux du principe de légalité. Il en va ainsi du code pénal italien, qui, en son article 203, dispose qu' « *est socialement dangereuse la personne laquelle, même si elle n'est pas imputable ou punissable, a commis l'un des faits [qualifiés d'infraction par la loi pénale], s'il est probable qu'elle commette de nouveaux faits qualifiés d'infraction par la loi* »³. À l'inverse, ni le législateur français, ni même le législateur allemand qui consacre pourtant expressément les mesures de sûreté fondées sur la dangerosité, ne définissent cette notion.

686. Une notion protéiforme : les figures de la dangerosité. C'est certainement son caractère imprécis et subjectif qui fait de la notion de dangerosité une notion protéiforme, susceptible d'être rattachée à une multitude d'hypothèses hétérogènes. Il est évident que, selon les époques, les contextes sociaux, politiques et culturels et les auteurs, la notion de dangerosité recouvre des acceptions diverses et se révèle, de ce fait, relative, évolutive et flottante⁴. On peut toutefois recenser un certain nombre de figures de la dangerosité¹, c'est-à-

¹ V. CM(2014)14 add1, 21 janv. 2014, *Projet de recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux délinquants dangereux*, *Projet de commentaire*, n° 7.

² V. G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.* ; S. Jacopin, « La dangerosité saisie par le droit pénal », *art. cit.*, p. 225 s.

³ Traduction par nous. Le texte original est rédigé comme suit : « *Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati* ».

⁴ On peut dire que « l'état dangereux est un concept normatif et relatif qui dépend de la législation de chaque pays aux divers moments de son histoire » : R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, *op. cit.*, n° 899, p. 788.

dire de personnes qui ont pu être ou qui sont considérées comme dangereuses, tout en insistant sur le fait que ces figures varient dans le temps et dans l'espace. Au préalable, rappelons qu'il est communément admis que la personne dangereuse est « celle qui, par ses agissements, contrevient à l'ordre social et le met en péril »². Toutefois, il doit être précisé que le champ de la présente étude se limite aux délinquants dangereux au sens du droit pénal. Or, tous les délinquants ne sont pas nécessairement des délinquants dangereux – et on doit notamment en exclure les délinquants d'occasion – car la commission d'une infraction, même grave, n'implique pas automatiquement la dangerosité de son auteur³.

Qui sont, dès lors, les délinquants que l'on peut tenir pour dangereux, autrement dit, les figures de la dangerosité ? On y trouvait à une époque les marginaux, les vagabonds, les mendiants⁴, les gens du voyage, ainsi que les étrangers. Si certaines catégories de personnes considérées jadis comme « déviantes » – comme les prostituées, les homosexuels ou les « fous » – ne le sont plus aujourd'hui, d'autres, au contraire, relèvent depuis longtemps d'une certaine constance en ce qui concerne leur statut dangereux. Les figures récurrentes et toujours d'actualité sont ainsi, avant tout, le criminel récidiviste ou multirécidiviste – considéré autrefois comme « incorrigible » – ainsi que le délinquant sexuel ou violent, mais aussi les alcooliques et toxicomanes⁵. Le malade mental agressif, notamment lorsqu'il ne trouve sa place ni en prison, ni en milieu psychiatrique ordinaire⁶, est, lui aussi, considéré comme dangereux, ainsi que, de manière plus récente, le terroriste.

Parmi les figures dangereuses, on trouve donc tantôt le criminel responsable, tantôt le malade irresponsable, le législateur désignant expressément les personnes dangereuses par rapport à certaines catégories d'infractions prédéterminées. Ces dernières étant stigmatisées par la société, l'état dangereux est donc davantage déduit de la nature de l'infraction commise que de la personnalité de son auteur. Les deux figures criminelles « hantant désormais notre

¹ Au début du XX^e siècle, le procureur général de Lyon, William Loubat, approuvait la notion de dangerosité pour les individus « dont la présence dans la société constitue une menace permanente pour leurs semblables : récidivistes, incorrigibles, vagabonds et mendiants de profession, apatrides, souteneurs et antisociaux de toutes sortes », Lettre au directeur du *Temps* sur les demi-fous, 1913, p. 940. V. M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

² E. Burgaud, « La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^e siècle », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, *op. cit.*, p. 207 s., spéc. p. 208.

³ V. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 39, p. 55 s.

⁴ V., plus en détail, B. Valérie, « La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique », *Connexions*, 2/2003, n° 80, p. 137 s.

⁵ V. M. Bénézech, « Introduction à l'étude de la dangerosité », in : Ch. de Beaurepaire, M. Bénézech, Ch. Kottler (dir.), *Les dangerosités : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, John Libbey, 2004, p. 7, cit. p. 12.

⁶ *Ibid.*

actualité » sont le délinquant sexuel et plus particulièrement le « pédophile », ainsi que, « dans une moindre mesure quoique significativement, le "fou criminel" »¹.

Notons que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe définit le délinquant dangereux comme « une personne ayant été condamnée pour un crime sexuel ou avec violence d'une extrême gravité contre une ou plusieurs personnes et présentant une probabilité très élevée de récidiver en commettant d'autres crimes sexuels ou violents d'une extrême gravité contre des personnes »². Une telle définition, qui livre des éléments précieux, paraît néanmoins trop restrictive dans le cadre d'une étude complète des mesures de sûreté, et ce pour au moins deux raisons. En premier lieu, elle ne permet de prendre en compte qu'une catégorie restreinte d'infractions ; en deuxième lieu, elle ne s'intéresse pas aux personnes irresponsables atteintes de troubles mentaux.

687. Une notion dangereuse ? La notion de dangerosité n'est elle-même pas dénuée de tout danger³ eu égard aux libertés individuelles, en raison du risque d'instrumentalisation des catégories de personnes considérées comme dangereuses et soumises aux mesures de sûreté. Le professeur Debuyst soulignait ainsi que « la notion de dangerosité n'[était] pas une notion "neutre". Elle implique d'emblée un point de vue qui aboutit à ne voir un individu qu'à travers les critères à partir desquels sa dangerosité pourrait être établie »⁴. Le risque d'abus inhérent à la notion s'est manifesté, dans le passé, à travers les régimes totalitaires et semble aujourd'hui endigué par la présence d'instances supralégislatives et supranationales assurant la protection des droits de l'homme. N'y a-t-il pas, à fonder des sanctions pénales sur le critère de la dangerosité de la personne, un certain risque de « déshumanisation » de celle-ci, faisant écho à la « dépersonnalisation » décrite par le professeur Jakobs⁵, mais poussée à son paroxysme⁶ ? Un auteur a ainsi affirmé que « réduire un être humain à sa seule dangerosité, reviendrait, en

¹ S. Lézé, « Les Politiques de l'expertise psychiatrique. Enjeux, démarches et terrains », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Séminaire du GERN. Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité, Version française, mis en ligne le 06 novembre 2008. URL : <http://champpenal.revues.org/6733>.

² *Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux délinquants dangereux, préc.*

³ Un auteur a même pu affirmer que « la notion de dangerosité a toujours été une notion idéologique plus ou moins déguisée sous des théories scientifiques ; et elle est en règle générale utilisée à l'encontre des classes inférieures dans les pays capitalistes et contre les déviants ou les déviés dans les pays marxistes-léninistes ou maoïstes » : M. Lopez-Rey, « Quelques réflexions sur le danger de la notion de dangerosité », *art. cit.*, p. 328. V. aussi X. Lemeyre, « Les dangers de la notion de dangerosité », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, *op. cit.*, p. 311 s.

⁴ Ch. Debuyst, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, vol. 17, n° 2, 1984, p. 7 s., spéc. p. 22.

⁵ G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 7 s.

⁶ V. *supra*, n° 47.

effet, à lui refuser toutes autres caractéristiques que l'on accepterait de reconnaître dans les "autres" membres de la communauté humaine – les "non-dangereux" – et, par ce mouvement réducteur, à refuser d'admettre son *égale dignité* »¹. Cette déshumanisation peut aussi consister « à prédire la dangerosité d'une personne, soit en raison de son appartenance à un groupe, une minorité, soit en fonction de données statistiques, c'est-à-dire en niant l'irréductible singularité de chaque être humain »².

Il convient, à cet égard, de relever que les promoteurs de la rétention de sûreté n'ont pas dissimulé les difficultés liées à la détermination de la dangerosité et à la prédiction de la récidive mais ont, au contraire, fondé la durée illimitée de la mesure sur le caractère par nature imprévisible de l'évolution de la dangerosité de la personne³. Certes, la conception actuelle de la dangerosité n'est plus « celle du positivisme du XIX^e siècle au sens où elle n'est plus pensée comme un état définitif appelant une réaction sociale de neutralisation définitive »⁴. Les réponses pénales à la dangerosité sont, en effet, orientées davantage vers la réinsertion du sujet, dans le respect de ses droits fondamentaux. Il n'en demeure pas moins que les mesures de sûreté constituent, en dernier recours, un moyen d'exclusion sociale plus ou moins longue de la personne présumée dangereuse.

Il apparaît de ce fait nécessaire de définir la notion même de dangerosité.

b. Tentative de définition de la notion de dangerosité

688. Dangerosité et état dangereux. Bien qu'il s'agisse d'une notion très vague, on peut tenter d'esquisser une définition de la dangerosité telle qu'elle est entendue actuellement par notre droit pénal. Comme le soulignait le rapport Lecerf rendu en 2008⁵, « définir la dangerosité reste [...] une entreprise malaisée tant les approches de cette question sont multiples et parfois contradictoires ». De nombreuses définitions, notamment criminologiques, ont ainsi été proposées pour appréhender la notion de dangerosité ou de son ancêtre, l'état dangereux⁶, les deux étant généralement considérées comme des synonymes¹.

¹ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

² G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

³ J.-P. Garraud, *Réponses à la dangerosité*, Rapport préc., Annexes, XXXIX.

⁴ Ministère de la justice, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, groupe Bibliographie du Comité d'organisation, Fiche 3 : *La restructuration du droit pénal autour de la notion de dangerosité*, p. 108 s., cit. p. 116.

⁵ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 11.

⁶ Pour une analyse historique du concept d'état dangereux et ses relations avec le concept de dangerosité, v. F. Fiechter-Boulvard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *art. cit.*, p. 280.

Quand bien même certains auteurs s'opposeraient à cette assimilation² pour ne retenir que le terme « dangerosité »³, les deux expressions seront employées indistinctement dans le cadre de la présente étude. Il semble, en effet, exister une continuité entre le terme relativement récent de « dangerosité » et celui plus ancien d' « état dangereux » introduit notamment par les positivistes italiens. C'est en ce sens que l'on peut parler d'une *résurgence*⁴ de la notion de dangerosité et non de la *naissance* d'un concept nouveau. Si l'appréhension de ce concept a connu de profondes évolutions depuis son apparition, ces dernières ne nous semblent pas liées à la différence sémantique pouvant exister entre les mots « état dangereux » et « dangerosité ». Partant, bien qu'un auteur ait pu affirmer que « l'état dangereux renvoie à ce qui est avéré alors que la dangerosité renvoie à ce qui est susceptible de se réaliser »⁵, il nous semble qu'en réalité, les deux notions font référence, dans le cadre du droit pénal, à un état subjectif, évoquant la potentialité qu'un évènement redouté (la commission d'une infraction) se réalise. Cette probabilité renvoie à l'état de ce qui ne peut être prédit avec exactitude : « l'état dangereux de l'individu est donc un risque apprécié dans sa personnalité »⁶.

¹ À cet égard, le professeur Lazerges souligne que la 5^e édition du manuel de criminologie de Raymond Gassin (R. Gassin, *Criminologie*, 5^e éd., Dalloz, 2003) n'offre pas d'entrée *dangerosité* dans son index alphabétique et préfère *état dangereux* : Ch. Lazerges, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 79 s. Or, le constat n'est plus le même concernant la dernière édition de l'ouvrage qui comporte bien une entrée *dangerosité*, renvoyant le lecteur à *état dangereux* (R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*). Il semble donc y avoir assimilation entre les deux termes. V. aussi, pour une confusion sémantique : G. Lopez s. Tzitzis (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, 2004, v. « dangerosité criminologique » et « état dangereux » ; A. Beziz-Ayache, *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, 5^e éd., coll. Dictionnaires de droit, Ellipses, 2011, v. « dangerosité » (p. 87), renvoyant à « état dangereux » (p. 118).

² À titre d'exemple, le professeur Lazerges estime que le mot dangerosité est « plus dynamique et inquiétant que l'expression état dangereux » (Ch. Lazerges, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *art. cit.*, p. 80). Pour une séparation entre ces termes, v. également L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion, op. cit.*, n° 120, p. 145.

³ Ce terme est pourtant omis par nombre de dictionnaires juridiques qui ne contiennent que celui d'état dangereux : v. p. ex. G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 418 ; R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, 6^e éd., LexisNexis, 2014, p. 229 (notons que la définition livrée par ce dernier fait référence aux « caractères de dangerosité », induisant une confusion entre les deux termes).

Il en va de même de nombreux ouvrages généraux : v. J. Pinatel, *Le phénomène criminel*, coll. Le monde de, éd. MA, 1987 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, op. cit.* ; P. Conte et P. Maistre du Chambon, *op. cit.* ; J. Languier, *Criminologie et science pénitentiaire, op. cit.* ; B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.* ; E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.* ; J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.* D'autres au contraire contiennent les deux termes dans l'index alphabétique : v. p. ex. É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.* Enfin, certains ouvrages ne contiennent que le terme « dangerosité » et non celui d' « état dangereux » : v. p. ex. R. Bernardini, *Droit criminel, Volume 1 : Éléments préliminaires*, Bruxelles, Larcier, 2012.

⁴ En ce sens, v. *supra*, n° 684.

⁵ F. Fiechter-Boulvard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *art. cit.*, p. 280.

⁶ S. Jacopin, « La dangerosité saisie par le droit pénal », *art. cit.*, p. 227.

689. Éléments de définition. La dangerosité de l'individu peut ainsi, de prime abord, être définie comme la « probabilité de passage à l'acte délictueux ou criminel »¹. Mais cette définition qui est très large semble devoir être affinée par plusieurs critères. Dans un premier temps, il convient de restreindre la définition de la dangerosité à une forte probabilité qu'une infraction se produise, un simple risque ou une possibilité devant, de ce fait, être exclu. En ce sens, la dangerosité peut être comprise comme la « très grande probabilité qu'un individu commette un délit »². De la même manière, la Recommandation du Conseil de l'Europe précise que le risque est défini « comme la probabilité élevée de commettre un nouveau crime [...] »³. Or, la dangerosité peut être entendue de manière encore plus restrictive, de façon à prendre en compte la gravité des actes redoutés, en visant la « propension à commettre des actes d'une certaine gravité, dommageables pour autrui ou pour soi, fondés sur l'usage de la violence »⁴. La Recommandation du Conseil de l'Europe fait référence, à cet égard, aux crimes « sexuel[s] ou avec violence d'une extrême gravité contre une ou plusieurs personnes ».

En outre, il est souhaitable d'inclure l'idée de répétition des agissements délictueux, en d'autres termes le risque de récidive ou de réitération, afin d'exprimer qu'un acte a déjà été commis au préalable et qu'il s'agit donc d'un « délinquant » et non d'une personne quelconque. En effet, l'état dangereux pré-délictuel, avant toute manifestation au travers d'une infraction, n'est actuellement pas – ou très peu – pris en compte par le droit des sanctions pénales, contrairement à ce que préconisait l'École positiviste⁵ à la fin du XIX^e siècle. L'infraction est donc le symptôme de la dangerosité et, en tant que telle, indispensable à l'application d'une réponse pénale⁶. La mesure de sûreté repose ainsi sur la crainte d'une reproduction des faits criminels ou délictuels⁷.

¹ Dictionnaire *Larousse*.

² R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, n° 887, p. 783.

³ *Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux délinquants dangereux, préc.*

⁴ P. Mbanzoulou, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 171 s.

⁵ À l'exception de Ferri pour qui seuls ceux ayant commis un acte sanctionné par la loi pénale sauraient être soumis aux mesures de sûreté prévues par le code pénal.

⁶ V. *infra*, n° 764.

⁷ C'est en ce sens que le professeur Debuyst définissait la dangerosité comme « la probabilité que présente un individu de commettre une infraction [...] contre les personnes et contre les biens », en d'autres termes, la « probabilité d'un comportement délinquant ou d'une récidive » : Ch. Debuyst, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *art. cit.*, p. 8. Le professeur Thélin, quant à lui, définissait au début du XX^e siècle l'état dangereux comme « la présomption fondée sur des bases juridiques, sociologiques et médicales, qu'un individu délinquera ou récidivera, mû par certains appétits, certaines impulsions que les mesures de sûreté ont précisément pour but de faire disparaître ou de neutraliser » : M.-H. Thélin, *Nature et régime juridique des mesures de sûreté, op. cit.*, p. 85.

La dangerosité, sans être expressément définie par le législateur français, semble être entendue par le Code de procédure pénale comme le risque de commission d'une nouvelle infraction¹ – ce qui est insatisfaisant, car beaucoup trop large – ou une « *probabilité très élevée de récidive* »² – ce qui est trop restrictif, car limité à la récidive légale. En ce sens, on peut relever que le rapport du gouvernement annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 *de programmation relative à l'exécution des peines* définit, de manière plus satisfaisante, la dangerosité criminologique comme celle « ayant trait à la forte probabilité que présente un individu de commettre une nouvelle infraction empreinte d'une certaine gravité »³. Cette dernière définition se rapproche de celle qui sera retenue.

En dernier lieu, il convient de préciser que cette probabilité devra englober aussi bien le délinquant au sens strict du terme, à savoir celui ayant déjà commis un acte pour lequel il a été déclaré coupable, que les personnes pénalement irresponsables ayant matériellement commis des faits prohibés par la loi pénale. Dans tous les cas, la définition devra être respectueuse du principe de légalité, ce qui implique que la dangerosité se soit manifestée à travers la commission d'un acte antérieur. Enfin, il ne faut pas omettre que la dangerosité n'est pas un état figé.

690. Définition retenue. La notion de dangerosité devrait donc être comprise, selon nous, comme *la forte probabilité, révélée par la perpétration d'un ou plusieurs actes prohibés par la loi pénale par une personne responsable ou non, de la commission d'une nouvelle infraction d'une certaine gravité. Elle correspond à un état présent susceptible d'évoluer dans le temps.*

691. Dangerosité « criminologique » et dangerosité « psychiatrique ». On distingue en général la dangerosité criminologique de la dangerosité psychiatrique⁴. Le rapport de la

¹ V. p. ex. l'art. 763-10 CPP.

² Art. 706-53-13 CPP. Pour un auteur, il apparaît dès lors qu'elle « s'affiche désormais comme la mesure d'une probabilité de récidive » : J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*

³ *Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines*, annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, II, A, 3.

⁴ Mais il existe également d'autres typologies, comme celle distinguant deux formes d'état dangereux dans le temps. La première serait « l'état dangereux chronique ou permanent » défini comme « une modalité psychologique et morale dont le caractère est d'être antisocial » ; la seconde « l'état dangereux de crise » signifiant que « le sujet passe par une crise avant de perpétrer l'acte criminel » : R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, n° 889-1, p. 784. On pourrait encore ajouter la dangerosité pénitentiaire : v. J.-Ph. Duroché, « Les dangerosités pénitentiaires », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, *op. cit.*, p. 281 s.

commission Santé-Justice¹ a présenté la dangerosité, dans son acception criminologique, comme « un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens », définition empruntée au professeur Debuyst et issue du II^{ème} cours international de criminologie de Paris en 1953². Selon ce rapport, l'évaluation de l'état dangereux se confond avec le pronostic de la réitération et de la récidive. S'agissant de la dangerosité psychiatrique, elle a été définie 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 ». Il a également été souligné par les experts de l'Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale³ qu'il était primordial de dissocier la dangerosité psychiatrique – entendue comme « manifestation symptomatique liée à l'expression directe de la maladie mentale » et des aléas thérapeutiques de son évolution, notamment les ruptures de soins⁴ – de la dangerosité criminologique – comprise comme « prenant en compte l'ensemble des facteurs environnementaux et situationnels susceptibles de favoriser l'émergence du passage à l'acte ».

La dangerosité psychiatrique se situerait donc dans le champ médical, avec pour fondement la maladie mentale susceptible de donner lieu à des soins, alors que la dangerosité criminologique relèverait du champ pénal, sa cause étant principalement sociale et environnementale, se manifestant par une propension à la récidive⁵. Les deux formes de dangerosité ont cependant pour point commun le risque d'un passage à l'acte et la réponse qui peut y être apportée à travers les mesures de sûreté, adaptées en fonction du type de dangerosité et de la personnalité de chaque sujet. Or, avec la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental créée par la loi du 25 février 2008 et relevant de la compétence des juridictions pénales, permettant à ces dernières de prononcer à l'encontre des personnes intéressées des mesures de sûreté, la dangerosité psychiatrique entre dans la sphère pénale⁶, semant la confusion avec la dangerosité criminologique. La frontière entre ces deux concepts peut d'ailleurs paraître ténue, en ce sens que « la personnalité du délinquant, non

¹ J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport préc., p. 10. V. aussi Haute autorité de santé (HAS), *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou des troubles de l'humeur*, op. cit.

² P. Clément et G. Léonard, *Rapport d'information préc.*, p. 45.

³ J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, Montrouge, John Libbey, 2008, p. 38.

⁴ J. L. Senon, « Troubles de la personnalité et psychiatrie face au courant d'insécurité de la société : de la nécessité de penser le champ du soin face aux peurs collectives », *art. cit.*, p. 246.

⁵ Sur les rapports entre dangerosité et trouble mental, v. *infra*, n° 708 s.

⁶ V. *infra*, n° 694 s.

pathologique, peut aussi décompenser, pendant l’incarcération, sur un mode pathologique. La perspective de la dangerosité sera alors principalement psychiatrique »¹.

Il n’en demeure pas moins que la distinction opérée, malgré sa fragilité, revêt une importance sur le terrain de l’article 5 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme, puisque c’est elle qui détermine l’applicabilité respectivement des alinéas a) et e) de ce texte². En outre, elle est censée faire le départ, en droit interne, entre la privation de liberté au titre de la rétention de sûreté et la privation de liberté dans le cadre de l’hospitalisation psychiatrique. C’est pour cette raison que, *de lege ferenda*, devrait être ajoutée à la définition légale générale de la dangerosité, retenue plus haut, la précision de cette distinction.

Elle pourrait être formulée comme suit : *Lorsque cette dangerosité est principalement liée à un trouble mental, appelée dangerosité psychiatrique, la personne est susceptible de faire l’objet des mesures de sûreté spécialement prévues pour les personnes pénalement irresponsables ou semi-responsables ; lorsqu’elle résulte d’une propension criminelle, appelée dangerosité criminologique, la personne pourra faire l’objet des mesures de sûreté spécialement prévues à cet effet*³.

692. Détermination législative ou judiciaire de la dangerosité⁴ et risque d’arbitraire du juge. Une fois cette définition légale posée, il reviendra au juge, au cours de sa mission d’individualisation de la réponse pénale, de se livrer à une détermination de la dangerosité de l’auteur. Or, le législateur a réduit cette liberté en mettant en place des présomptions de dangerosité à travers l’applicabilité de plein droit ou obligatoire de certaines sanctions, telles les interdictions professionnelles⁵, ou de certaines mesures de rigueur, telle la période de

¹ P. Mbanzoulou, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 171 s.

² V. D. Roets, « De l’obligation positive incombant à l’État de contrôler périodiquement la persistance de la dangerosité ayant justifié la prise de certaines mesures de sûreté restrictives de la liberté de circulation », *art. cit.*, p. 705 s.

³ Un renvoi sera opéré aux dispositions légales prévoyant les mesures en question.

⁴ V., plus en détail, A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*

⁵ Certains auteurs voient dans toutes les peines accessoires ou complémentaires obligatoires des présomptions légales d’état dangereux : en ce sens, v. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 117, p. 105. D’autres limitent cette qualification aux peines complémentaires obligatoires qualifiées de mesures de sûreté par la loi ou la jurisprudence : A. Decocq, *Droit pénal général*, coll. U, Armand Colin, 1971, p. 267.

sûreté¹. De manière plus générale, on peut même affirmer que l'évaluation de la dangerosité aux fins d'application d'une mesure de sûreté conduit nécessairement à une présomption, puisque la preuve d'un état dangereux et d'un passage futur à l'acte ne saurait être établie avec certitude. Confronté aux mesures de sûreté nécessitant l'évaluation de la dangerosité, le rôle du juge du fond s'avère ainsi particulièrement ambigu. Si celui-ci apprécie traditionnellement des faits, susceptibles d'être prouvés, il se retrouve désormais à juger un état de la personne, pouvant, au mieux, être présumé. *A fortiori*, on peut s'interroger sur le rôle de la Cour de cassation qui doit contrôler l'exacte application du droit. Quel contrôle est possible face à la notion de « dangerosité » et quelle est ici la limite entre le droit et le fait ? Une notion aussi floue est indubitablement de nature à favoriser le risque d'arbitraire judiciaire. D'autant que sous l'influence de cette notion, le champ d'application du droit pénal a connu une extension.

2. L'extension du droit pénal sous l'influence de la dangerosité

693. Comme le soulignaient deux auteurs en 1981, « la notion de dangerosité semble avoir été progressivement "construite" en politique criminelle, pour donner un *appui légitime* à une *extension* de l'objet et des *méthodes* de la pratique pénale »². Ce constat se vérifie aujourd'hui particulièrement au regard de l'extension, en France, du champ d'application du droit pénal aux personnes irresponsables. La dangerosité psychiatrique de ces dernières (a), combinée à un sentiment d'insécurité croissant comme moteur de la politique pénale actuelle, a conduit à privilégier le recours aux juridictions pénales pour leur apporter une réponse efficace (b).

a. La dangerosité « psychiatrique » comme critère d'extension du droit pénal

694. La dangerosité « psychiatrique » du délinquant irresponsable ou semi-responsable, critère d'extension du droit pénal aux malades mentaux. Lorsqu'une personne est déclarée irresponsable pénalement ou que sa responsabilité est atténuée (en vertu de l'article 122-1 du Code pénal français et des § 20 et 21 du code pénal allemand), elle peut

¹ On peut y ajouter les interdictions législatives faites au juge d'accorder des mesures de faveur à certains types de délinquants, à l'instar du sursis simple qui est inapplicable aux récidivistes. V. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, p. 106 s.

² F. Tulkens et F. Digneffe, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », *art. cit.*, p. 201.

faire l'objet d'un certain nombre de mesures de sûreté à vocation curative, permettant de protéger la société contre son état dangereux. Ces mesures vont du simple soin à l'internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication, en passant par des mesures d'interdiction ordinaires¹. La dangerosité de cette personne résulte du fait qu'elle a perdu, de manière involontaire, le contrôle de ses actes (son libre arbitre), circonstance qui augmente le risque de commission d'infractions, surtout contre l'intégrité physique. Il doit y avoir un lien entre sa pathologie, consistant en une maladie mentale ou un trouble de la personnalité ou de l'adaptation, et le risque d'un passage à l'acte. On parle alors de dangerosité « psychiatrique »². Celle-ci est à « évaluer par le psychiatre en prenant en compte les facteurs évolutifs de la maladie mentale, l'adhésion aux soins, les connaissances actuelles sur la thérapeutique... »³. La dangerosité de la personne irresponsable a conduit à faire entrer la folie dans la sphère pénale, en ce qu'elle « permet de justifier le recours à l'enfermement des personnes insensées auxquelles on ne peut imputer aucune faute », car « si la culpabilité appelle la punition, la dangerosité implique la surveillance »⁴.

695. La distinction entre l'abolition et l'altération du discernement. Il convient toutefois d'opérer une distinction entre l'abolition et l'altération du discernement, la première résultant d'un trouble psychique ou neuropsychique, la seconde de causes diverses, telles que certains troubles psychiques ou pathologiques, les troubles de la personnalité, la toxicomanie ou l'alcoolisme. Il s'agit parfois d'une simple différence de degré dans la maladie mentale. Or, la difficile appréhension du concept de l'altération du discernement est liée au fait qu'il s'agit d'une catégorie intermédiaire entre l'irresponsabilité complète du malade mental et le libre arbitre de l'homme sain d'esprit, deux concepts en eux-mêmes parfois difficiles à cerner ou départager. Le législateur pénal n'érigait d'ailleurs, pendant longtemps, pas de régime particulier pour les personnes dont le discernement était atténué, sans doute en raison des difficultés qu'il y avait à mesurer en pratique le degré de l'« anomalie mentale » et de le proportionner à la peine ; d'autant plus que « le type de l'homme absolument sain d'esprit,

¹ Sur ces différentes mesures, v. en détail, *supra*, n° 234 s.

² V. *supra*, n° 691.

³ J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2008, p. 176 s., citant *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janv. 2007*, Fédération Française de Psychiatrie et Haute Autorité de Santé, John Libbey éd., 2007.

⁴ J. Danet et C. Saas, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC*, 2007, p. 779.

exempt de toute tare mentale, est irréal »¹. La loi n° 2014-896 du 15 août 2014 a toutefois modifié le dispositif en ajoutant une précision au second alinéa de l'article 122-1 du Code pénal. En cas d'irresponsabilité partielle, la peine privative de liberté encourue est désormais réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, ramenée à trente ans. La maladie mentale, même lorsqu'elle n'abolit pas le discernement de l'auteur, constitue donc désormais une cause légale de diminution de la peine.

En réalité, l'exigence d'adapter la sanction prononcée à l'état mental de l'intéressé existait déjà avant la réforme. En effet, si l'altération du discernement laissait intacte la responsabilité pénale de l'auteur, la juridiction devait, en vertu du second alinéa du texte, tenir compte de cette circonstance pour déterminer la sanction pénale applicable. Ainsi, bien que la jurisprudence ne vît en ces dispositions « *pas une cause légale de diminution de la peine* »², elles devaient en théorie être comprises, conformément à l'esprit du législateur³, comme fondant une atténuation de la responsabilité et, partant, de la sanction applicable⁴. Le texte légal n'était toutefois pas très clair, ce qui laissait aux juges une marge de manœuvre dans le sens d'une atténuation comme dans celui d'une aggravation de la peine.

En pratique, l'altération des facultés mentales était souvent perçue comme un indice de dangerosité supplémentaire constituant une menace pour la société et conduisant, de fait, à

¹ H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., p. 211.

² V. entre autres, Cass. crim., 5 sept. 1995, n° 94-85855, *Bull. crim.*, n° 270, p. 755 : *RSC*, 1996, p. 646, obs. Bouloc ; Cass. crim., 1^{er} oct. 1997, n° 96-85267, *Bull. crim.*, n° 322, p. 1065 ; Cass. crim., 28 janv. 1998, n° 97-81676, *Bull. crim.*, n° 34, p. 83 : *JCP*, 1998. I. 153, chron. Maron ; *Dr. pén.*, 1998, Comm. 57, obs. Maron ; Cass. crim., 31 mars 1999, n° 98-83586, *Bull. crim.*, n° 66, p. 168 : *D.*, 2000, p. 26, obs. Y. Mayaud ; Cass. crim., 20 oct. 1999, n° 99-80596, *Bull. crim.*, n° 228, p. 715 ; Cass. crim., 4 nov. 2003, n° 03-81256 ; Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-82789, *Bull. crim.*, n° 46, p. 188 : *Gaz. Pal.*, 2004, 2, p. 3235, note Monnet.

³ Ces dispositions trouvent, en effet, leur place dans un chapitre du Code pénal consacré aux causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité. En ce sens, le Conseil constitutionnel, saisi de la loi du 10 août 2007 relative aux peines planchers, a estimé que « *même lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récidive légale, [les dispositions spéciales du deuxième alinéa de l'article 122-1 du Code pénal] permett[ai]ent à la juridiction de prononcer, si elle l'estim[ait] nécessaire, une peine autre que l'emprisonnement ou une peine inférieure à la peine minimale* » (Cons. const., 9 août 2007, déc. n° 2007-554 DC, *préc.*, cons. 18). Les travaux préparatoires ne laissent d'ailleurs aucun doute quant à l'intention législative : v. M. Rudloff, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal portant réforme du code pénal*, Sénat, doc. n° 271, 1988-1989, p. 73 ; ainsi que les déclarations de M. Pierre Arpaillange devant le Sénat, séance du 9 mai 1989, *J.O.*, p. 555.

⁴ Le principe de l'atténuation de responsabilité a été posé par un arrêt de la Cour de cassation de 1885 (v. *Bull. des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, t. 90, année 1885, Paris, 1887, n° 170, p. 285). En 1905, la Circulaire Chaumié incitait à atténuer les peines des « demi-fous » en se fondant sur la notion de « responsabilité atténuée ».

une aggravation de la peine¹; et ce, aussi paradoxal qu'il puisse paraître « de constater que les individus dont le discernement a été diminué puissent être plus sévèrement sanctionnés que ceux dont on considère qu'ils étaient pleinement conscients de la portée de leurs actes »². Cela s'inscrivait dans une tendance à responsabiliser les malades mentaux, sans que la peine prononcée soit modulée par un recours aux dispositifs de soins, au besoin contraints. La responsabilisation thérapeutique du malade mental rencontrait d'ailleurs l'adhésion de la majorité des psychiatres dans les années 1990, « ce qui [pouvait] en partie [expliquer] la tendance de ces derniers à déclarer des personnes présentant des troubles psychiques graves comme relevant de l'*altération* et non de l'*abolition du discernement* »³. Un grand nombre de personnes atteintes de troubles mentaux sont, par conséquent, détenues dans des établissements pénitentiaires ordinaires⁴. La constatation de la « surpénalisation des justiciables au comportement altéré » laissait penser que « les juridictions prioris[ai]ent la défense sociale en pointant le trouble du comportement et en exprimant une défiance vis-à-vis des prises en charge psychiatriques »⁵. Une circonstance atténuante *de lege*, la maladie mentale, généralement assimilée à la dangerosité, constituait donc, *de facto*, une circonstance aggravante.

Quand bien même aurait-il été appliqué par la jurisprudence conformément à la *ratio legis*, l'ancien texte ne semblait pas apporter une solution satisfaisante. En effet, l'indulgence de laquelle les juges auraient dû faire preuve face aux personnes « semi-responsables » aurait pu se traduire par une adaptation de la sanction dans son contenu plutôt que par une simple abréviation de la durée de la peine. Ainsi aurait-il été préférable de leur appliquer des mesures de sûreté curatives plutôt qu'une peine inadaptée à leur situation. Ces mesures auraient permis de préserver l'intérêt social contre leur dangerosité tout en prenant réellement en compte la particularité de leur état mental et de leur personnalité⁶.

¹ J.-Ch. Pascal, « Comment définir la "dangerosité psychiatrique" dans le champ des dangersités ? », in : HAS, *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou des troubles de l'humeur*, op. cit., p. 19 s., cit. p. 24.

² J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangersités : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport préc., p. 49.

³ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », art cit.

⁴ Cela n'est pas sans poser problème au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme prohibant les traitements inhumains et dégradants et protégeant, par ce biais, contre toute atteinte à la dignité humaine. V. *infra*, n° 602.

⁵ J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, op. cit., p. 26.

⁶ Une telle idée a déjà été exprimée en 1943 par le professeur Donnedieu de Vabres : H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., p. 212. Aussi, lors de la réforme du Code pénal, le Sénat avait-il proposé, par un amendement qui n'a pas été retenu, de compléter l'article 122-

La récente réforme a fait le choix de l'atténuation de la peine doublée d'une meilleure prise en charge médicale pendant son exécution, en prévoyant que « *lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état* »¹. La loi a en outre instauré la possibilité pour le JAP de soumettre le condamné, à sa libération, si son état le justifie et après avis médical, à une obligation de soins. Celle-ci 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'emprisonnement². Il s'agit incontestablement d'une mesure de sûreté³.

On pourrait également envisager un système dans lequel la peine pourrait être combinée avec d'autres mesures de sûreté, notamment une hospitalisation psychiatrique⁴, voire remplacée par elle. Une telle mesure semble en effet plus en adéquation avec la situation des personnes souffrant de troubles mentaux que ne l'est le système pénitentiaire, en raison de sa finalité curative et de sa durée indéterminée, adaptable à l'état mental de l'intéressé. Le droit positif est donc toujours insuffisant, d'autant que la juridiction dispose de la faculté, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, de décider de ne pas appliquer la diminution de peine⁵. Les craintes d'une sévérité accrue à l'encontre des personnes malades jugées dangereuses, par l'application d'une peine inadaptée à leur état, persistent par conséquent.

Mais les personnes dont les facultés mentales sont altérées ne sont plus les seules à relever de la justice pénale. La dangerosité psychiatrique des personnes irresponsables a ouvert la voie à une judiciarisation de la réponse pénale apportée aux actes commis par elles.

1 par les dispositions suivantes : « Dans le cas prévu au deuxième alinéa (altération du discernement), la juridiction peut décider que la peine sera exécutée dans un établissement pénitentiaire spécialisé doté de services médicaux, psychologiques et psychiatriques permettant de procéder à tout examen, observation ou traitement nécessaire » (v. J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 20).

¹ Art. 122-1, al. 2, *in fine* CP.

² Art. 706-136-1 CPP, introduit par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014. Le législateur a d'ailleurs pris le soin de modifier l'intitulé du chapitre, autrefois uniquement relatif à l'irresponsabilité pour cause de trouble mental, englobant désormais les mesures de sûreté pouvant être ordonnées en cas de reconnaissance de l'altération du discernement.

³ V. M. Herzog-Evans, « Loi Taubira : derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu », *AJ pénal*, 2014, p. 456.

⁴ V. en ce sens, J.-P. Michel, *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur la proposition de loi (...) relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits*, Sénat, doc. n° 216, 12 janv. 2011.

⁵ Exception prévue par l'art. 122-1, al. 2 CP.

b. La judiciarisation de la réponse pénale apportée aux personnes irresponsables

696. Origines de la judiciarisation de la réponse apportée à l'acte commis par les personnes irresponsables jugées dangereuses. Les origines de la judiciarisation de la réponse apportée aux actes commis par les personnes pénalement irresponsables se trouvent dans la doctrine ancienne. Depuis la fin du XIX^e siècle déjà, certains auteurs préconisaient de faire tomber les criminels aliénés sous le coup de la loi pénale, en raison de leur état dangereux. Les positivistes, déniaient à la peine tout caractère de sanction morale et la présentant comme un acte utilitaire de défense sociale, voulaient traiter les « fous criminels » dans le cadre pénal et pénitentiaire¹. Ferri défendait ainsi un internement des criminels aliénés sur l'ordre du juge, permettant de les soumettre à un traitement approprié, plus curatif que répressif². Bien plus modéré que les tenants de la doctrine positiviste, Pierre Chambon, dans sa thèse sur les mesures de sûreté, estimait en 1925 que « l'autorité judiciaire devrait pouvoir, en acquittant un aliéné, en ordonner le placement dans un asile »³. Puis, dans la continuité, le professeur Donnedieu de Vabres s'intéressait, au milieu du XX^e siècle, à la question de l'internement administratif des aliénés criminels⁴, critiquant le fait que la personne irresponsable soit simplement acquittée, pour être assimilée à un aliéné « ordinaire » et internée dans le même asile que celui-ci sur décision de l'autorité administrative⁵. Il jugeait ainsi préférable que l'internement intervînt comme une conséquence obligatoire de l'acquiescement fondé sur l'aliénation mentale, car l'autorité judiciaire qui a connu du fait délictueux aurait été mieux qualifiée que l'administration pour apprécier le danger social que représente l'aliéné. Aussi, le public aurait-il, de cette manière, l'impression que le crime a été constaté et réprimé⁶. En outre, l'état de l'aliéné criminel nécessiterait, selon l'auteur, des précautions spéciales et celui-ci devrait donc être interné dans des établissements distincts, indépendants du cadre pénitentiaire, mais aussi de l'hôpital psychiatrique ordinaire.

¹ Sur la doctrine positiviste, v. plus en détail, *supra*, n° 28.

² V. H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, *op. cit.*, p. 52 s., p. 154 et 196. De la même manière, le professeur Garraud approuvait une proposition de loi de 1883 relative à la création d'asiles spéciaux destinés à recevoir les aliénés dits criminels : R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1885, n° 136 s.

³ P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, *op. cit.*, p. 143.

⁴ H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, *op. cit.*, p. 52 s., p. 209 s. En ce sens, également, P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 367, p. 335 : les auteurs préconisaient de substituer à la mesure administrative une mesure de sûreté judiciaire ; l'internement devant avoir lieu, non pas dans un asile d'aliénés ordinaire, mais dans un établissement spécial ; la fin de la mesure dépendant de l'autorité judiciaire, ce qui permettrait de protéger le public contre le danger des sorties prématurées.

⁵ Sur le fondement de l'article 18 de la loi du 30 juin 1838, *préc.*

⁶ Il s'est inspiré sur ce point de la loi belge du 9 avril 1930.

Successeur de l'école positiviste, le mouvement de la défense sociale du début du XX^e siècle réclamait, contre les aliénés, des mesures de sûreté à caractère curatif en même temps que l'enfermement¹.

Ces idées se sont retrouvées, par la suite, dans les législations autoritaires qui ont traduit cette « approche nouvelle de la folie par le droit pénal »², comme par exemple le droit national-socialiste qui soumettait les aliénés à des mesures de sûreté. L'avant-projet de révision du Code pénal français de 1934 prévoyait également de soumettre les délinquants aliénés, toxicomanes, alcooliques ou atteints d'une maladie mentale grave à des mesures de sûreté qui remplaceraient ou complèteraient la peine³. L'historien du droit et psychanalyste Pierre Legendre estimait, pour sa part, dans son ouvrage *Le crime du caporal Lortie*⁴, que ne pas juger les fous, c'était leur dénier leur humanité⁵.

697. Mouvement actuel de « responsabilisation » du malade mental. Le mouvement actuel de « responsabilisation » du malade mental, amorcé par l'évolution de la psychiatrie depuis le mouvement désaliéniste des années 1950, a été inauguré par des psychiatres⁶ qui ont critiqué la dimension désocialisante et excluante de la pratique psychiatrique de l'époque. Ils ont, de ce fait, œuvré « à la reconfiguration d'une psychiatrie ouverte sur la cité, instaurant les approches psychothérapeutiques comme principales techniques de traitement »⁷. Ce mouvement représentait une rupture avec l'objectif éthique des aliénistes du XIX^e siècle qui voulaient protéger le malade mental criminel, « redoutable et innocent à la fois », du traitement pénitentiaire, du bagne, voire de la peine de mort⁸.

Un pas décisif a été franchi par la loi précitée du 25 février 2008 instaurant la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, présentée parfois comme constituant une rupture avec le droit antérieur⁹. En effet, la personne irresponsable

¹ J. Danet et C. Saas, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *art. cit.*, p. 779.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ P. Legendre, *Le Crime du caporal Lortie: Traité sur le père*, Fayard, 1989.

⁵ A. Coignac, « Le discernement en droit pénal », *Dalloz actu.*, 20 mai 2014.

⁶ Il s'agissait de résistants ayant vécu la Seconde Guerre mondiale (Daumezon, Tosquelles, Bonnafé, Le Guillant, etc.).

⁷ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *art. cit.*

⁸ R. Castel, *L'ordre psychiatrique : l'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Éditions de Minuit, 1976, p. 48-49.

⁹ Le législateur avait pourtant tenté de répondre, par des lois antérieures déjà, aux critiques manifestées par la doctrine : v. not. l'article 349-1 CPP, résultant de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, qui a prévu que, devant la cour d'assises, l'imputabilité des faits et l'éventuelle irresponsabilité de l'accusé feraient l'objet de deux questions distinctes ; la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* a modifié l'article 177 CPP

sortait jadis de la sphère du droit pénal. Le dispositif actuel met ainsi un terme aux critiques opposées aux anciennes modalités qui « tendaient à mêler, dans une même catégorie procédurale, les personnes dont l'innocence était établie et celles qui, bien qu'ayant commis les faits constitutifs d'une infraction, devaient néanmoins être reconnues irresponsables pénalement en raison d'un trouble mental »¹. Il fait écho à une double préoccupation, réactualisée notamment à la suite de la médiatisation de l'affaire *Romain Dupuy*² : d'une part, celle du « droit à un procès »³ pour la victime par la reconnaissance solennelle et symbolique de la commission des faits, et, d'autre part, celle des « vertus thérapeutiques d'un procès qui permettrait qu'un "principe de réalité" soit rappelé au malade, et que ce dernier puisse extérioriser sa culpabilité vis-à-vis de son crime »⁴. La réforme de 2008 se situe aussi dans la droite ligne du rapport de la commission Santé-Justice, déposé en juillet 2005, qui préconisait la « création d'une juridiction *ad hoc* statuant sur l'imputabilité des faits reprochés à une personne déclarée pénalement irresponsable en application de l'article 122-1, alinéa 1, du code pénal, ainsi que sur les intérêts civils et d'éventuelles mesures de sûreté : placement sous surveillance électronique, sous suivi de protection sociale ou en Centre fermé de protection sociale »⁵.

698. La procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Si, en France, la personne jugée irresponsable pénalement quittait auparavant la sphère pénale par le biais d'un classement sans suite ou d'une ordonnance de non-lieu, la réponse à son acte antisocial relève aujourd'hui de la justice pénale. En effet, l'ancienne

afin de prévoir que la motivation d'une ordonnance ou d'un arrêt de non-lieu pour cause de trouble mental précise expressément s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés.

¹ G. Barbier, Ch. Demontès, J.-R. Lecerf et J.-P. Michel, *Prison et troubles mentaux : comment remédier aux dérives du système français ?*, Rapport préc.

² Relative au meurtre, en 2004, de deux infirmières de l'hôpital psychiatrique de Pau par Romain Dupuy qui a bénéficié en août 2007 d'un non-lieu pour raison psychiatrique.

³ Evoqué par l'ancien chef de l'État Nicolas Sarkozy lors de sa rencontre des proches des victimes : *Le Figaro*, « Double meurtre de Pau : Dupuy ne sera pas jugé », 14 déc. 2007.

⁴ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *art. cit.* V. également Ph. Rappard, « Folie et responsabilité juridique », *Information psychiatrique*, 1977, vol. 53, n° 2, p. 161-173.; M. Bénézech, « Réflexion sur le passage à l'acte et la responsabilité pénale du criminel: perte d'objet, démence juridique, à propos de l'affaire M. », *Annales médico-psychologiques*, 1978, vol. 136, n° 10, p. 1184-1191 ; M. Bénézech, « Des actuels mésusages de l'article 64 du Code pénal sur la démence au temps de l'action », *Annales médico-psychologiques*, 1989, vol. 147, n° 7, p. 738-741.

⁵ J.-F. Burgelin (dir.), *Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport préc., p. 84. V. également J.-P. Garraud, *Réponses à la dangerosité*, Rapport préc. La commission Santé-Justice s'était inspirée d'une note d'orientation de la Direction des affaires criminelles et des grâces de décembre 2003, ayant formulé des recommandations très similaires : v. J.-F. Burgelin, *préc.*, annexe n° 11, p. XCIV. V. aussi les propositions de Marcel Lemonde, « L'article 64 est-il incurable ? », *RSC*, 1992, p. 521.

ordonnance de non-lieu rendue par la juridiction d'instruction motivée par les dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 CP (l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹), a été remplacée par la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, instaurée par la loi du 25 février 2008 et règlementée aux articles 706-119 et suivants CPP.

Ainsi, lorsque le juge d'instruction estime, après avoir constaté qu'il existe contre la personne mise en examen des charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés, qu'il y a des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 CP², il peut ordonner, d'office ou sur demande du procureur de la République ou d'une partie, la saisine de la chambre de l'instruction³. Dans les autres cas, il rend une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui « *précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* »⁴, l'ordonnance étant susceptible d'appel.

Dès lors que la chambre de l'instruction est saisie, celle-ci rend, à l'issue d'une audience publique et contradictoire, un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, indiquant « *qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés* » et prononçant, le cas échéant, une ou plusieurs mesures de sûreté⁵. Cet arrêt est susceptible d'un pourvoi en cassation⁶. On peut se demander s'il n'y a pas là de confusion entre l'audience de jugement et l'instruction, alors que l'individu, durant l'instruction, demeure présumé innocent⁷. Certes, la personne est déclarée irresponsable ; mais la juridiction d'instruction préjuge tout de même de la réalité des faits commis. Monsieur Detraz estime que « la chambre de l'instruction est ainsi transformée en juridiction de jugement (de la dangerosité du sujet et des mesures à prendre pour prévenir la

¹ Anc. art. 199-1 CPP, abrogé par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 - art. 4. Notons que l'art. 177, al. 2 CPP, introduit par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, prévoyait déjà que « *Lorsque l'ordonnance de non-lieu est motivée par l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévue par le premier alinéa de l'article 122-1 [...], elle précise s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* ». Cet alinéa a été modifié par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 et ne concerne désormais plus l'article 122-1.

² Aux termes de l'art. 706-119 CPP, le juge d'instruction doit au préalable informer le procureur de la République d'une telle éventualité, ce dernier ainsi que les parties pouvant alors demander la saisine de la chambre de l'instruction, afin que celle-ci statue sur l'application du premier alinéa de l'article 122-1 CP, conformément aux articles 706-122 à 706-127 CPP.

³ Art. 706-120, al. 1 CPP.

⁴ Art. 706-120, al. 2 CPP.

⁵ Art. 706-125 CPP.

⁶ Art. 706-126, al. 2 CPP.

⁷ Note de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*, 10 janv. 2008.

"récidive") »¹. Il va encore plus loin en estimant qu'une telle procédure remet en cause l'irresponsabilité même de la personne atteinte de troubles mentaux, dans la mesure où la décision de la chambre de l'instruction est « *mutatis mutandis*, l'équivalent d'une déclaration de culpabilité, voire, lorsque des mesures de sûreté sont ordonnées, d'une condamnation pénale »². Cette position semble toutefois devoir être nuancée, car il ne s'agit aucunement de déclarer l'intéressé coupable ou de le punir. Il n'en demeure pas moins qu'une telle compétence est, en l'état, discutable³.

De la même manière, lorsque l'abolition du discernement apparaît au stade du jugement, la personne n'est plus relaxée ou acquittée, mais fait désormais l'objet d'un jugement ou d'un arrêt « *portant déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* » de la part, respectivement, du tribunal correctionnel⁴ ou de la cour d'assises⁵. Les juges déclarent ainsi que la personne qui est irresponsable pénalement a bien commis les faits qui lui sont reprochés⁶.

699. Appréciation critique. La personne déclarée irresponsable est, par conséquent, jugée, au cours d'un véritable procès, par des juridictions pénales, comparissant à l'audience publique si son état le permet. Selon le professeur Giudicelli, « une telle décision est l'affirmation d'une imputabilité matérielle, d'une forme de culpabilité objective, à défaut d'une culpabilité subjective quant à elle impossible »⁷. Un autre auteur estime que la nouvelle procédure « exclut désormais que la démence au moment des faits détermine l'innocence de l'agent : ce dernier n'est plus non coupable mais est "irresponsable pénalement", statut *sui generis* »⁸. Or, la clarification opérée par la loi ne nous semble pas inutile, dans la mesure où elle permet de distinguer l'innocence *stricto sensu* de la non-imputabilité pour cause de trouble mental. Auparavant, il était impossible d'établir l'innocence véritable d'une personne

¹ S. Detraz, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC*, 2008, p. 873.

² S. Detraz, « Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : application dans le temps », *art. cit.*, p. 10043 s.

³ V. *infra*, n° 820.

⁴ V. art. 706-133 s. et 470-2 CPP.

⁵ V. art. 706-129 s. et 361-1 CPP.

⁶ Sur les modalités techniques du dispositif applicable aux malades mentaux, v. plus en détail H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.* ; du même auteur, « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *art. cit.* ; É. Bonis-Garçon, « Troubles psychiques - Malades mentaux », *art. cit.*

⁷ A. Giudicelli, « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate », *art. cit.*, p. 136 s.

⁸ S. Detraz, « Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : application dans le temps », *art. cit.*, p. 10043 s.

jugée malade et bénéficiant d'un non-lieu psychiatrique, quand bien même n'aurait-elle pas matériellement commis les faits en cause, ce qui pouvait entraîner une certaine stigmatisation. En permettant, dorénavant, d'établir judiciairement la commission matérielle des faits, il est possible, à l'inverse, d'établir l'innocence d'une personne mise en cause à tort. La nouvelle procédure n'a, au demeurant, pas seulement un impact symbolique, mais aussi et avant tout pratique ; la personne pouvant se voir appliquer certaines mesures de sûreté directement par la juridiction pénale.

Elle permet d'éviter un dessaisissement de la justice afin d'assurer une continuité de la prise en charge de la personne déclarée irresponsable et, partant, un meilleur suivi judiciaire¹. En effet, la nouvelle procédure présente l'avantage de remédier à la difficile coordination entre les autorités judiciaire et administrative, pour que la personne condamnée puisse immédiatement recevoir les soins que seul l'hôpital psychiatrique habilité peut lui procurer². On évite, de ce fait, le transfert de compétence vers l'autorité préfectorale qui pouvait parfois s'accompagner de certains délais préjudiciables³ tant à l'intérêt de la personne concernée qu'à celui de la société⁴. Du point de vue de la protection des libertés individuelles des personnes irresponsables, il est, à n'en point douter, préférable de conférer la compétence de prononcer des mesures de sûreté à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle⁵.

Il est à noter qu'en Allemagne, le prononcé des mesures de sûreté applicables aux délinquants atteints de troubles mentaux présentant un danger pour la société relève, depuis longtemps déjà, de la juridiction pénale, en vertu du système dualiste. Il ne s'agit donc pas d'une solution inédite. Le législateur français s'est d'ailleurs inspiré du modèle allemand⁶ sur ce point.

700. La réponse pénale à un acte objectivement délictueux commis en l'absence d'élément moral. La déclaration d'irresponsabilité pénale ouvre la voie à une réponse pénale, puisque tant les juridictions de jugement que la chambre de l'instruction peuvent prononcer une ou plusieurs mesures de sûreté, parmi celles énumérées aux articles 706-135 et 706-136

¹ En ce sens, P. Clément et G. Léonard, *Rapport d'information préc.*, p. 66.

² V. J. Buisson, « La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008 », *art. cit.*, n° 14.

³ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 69.

⁴ H. Matsopoulou, « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *art. cit.*, n° 15.

⁵ En ce sens, H. Matsopoulou, « L'application des "peines", puis des "mesures de sûreté", aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », *art. cit.*

⁶ V. Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, *L'irresponsabilité pénale des malades mentaux*, févr. 2004, n° LC 132, p. 10.

CPP. Il s'agit, d'une part, de l'admission en soins psychiatriques sous la forme d'une hospitalisation complète¹, et, d'autre part, d'un certain nombre d'interdictions. Ces décisions sont susceptibles d'appel² et l'intéressé peut demander la modification ou la mainlevée des mesures au juge des libertés et de la détention³. Rappelons que le régime de l'hospitalisation ainsi ordonnée⁴ est, selon l'article 706-135 CPP, celui prévu pour les admissions en soins psychiatriques prononcées par le représentant de l'État (en application de l'article L. 3213-1 CSP), ce qui appelle un contrôle du JLD⁵.

Les interdictions et privations de droit pouvant être prononcées⁶ sont applicables pendant la durée de l'éventuelle hospitalisation et se poursuivent après la levée de cette mesure, pendant la durée fixée par la décision⁷. Elles ont donc vocation à s'appliquer à des personnes qui auront, le cas échéant, recouvré toutes leurs facultés mentales, dans le seul but d'empêcher la réitération des faits. L'hésitation de la Cour de cassation au sujet de leur qualification juridique – peines ou mesures de sûreté – pour retenir finalement la seconde⁸ n'a fait qu'ajouter à l'ambiguïté que génère le dispositif sur la représentation des malades mentaux dans la société.

En tout état de cause, au lieu de faire sortir les personnes irresponsables du champ pénal, le législateur a décidé d'étendre ce dernier⁹. Devant cette « logique du risque et de sa gestion totalement dégagées de celle de responsabilité », « les frontières entre responsabilité et irresponsabilité s'estompent »¹⁰. Il semblerait toutefois erroné d'affirmer que par cette

¹ Cette compétence est fortement critiquée : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1294, p. 920.

² En l'absence de dispositions légales contraires, c'est la jurisprudence qui a apporté cette précision : Cass. crim., 3 févr. 2010, n° 09-82472 : *JurisData* n° 2010-051636 ; *Bull. crim.*, 2010, n° 17 ; *D.*, 2010, p. 942, obs. M. Léna ; *D.*, 2010, note S. Detraz ; *D.*, 2010, Pan. 2732, obs. G. Roujou de Boubée ; *AJ pénal*, 2010, p. 244, obs. G. Royer ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 52, obs. A. Maron et M. Haas ; *Procédures*, 2010, comm. 151, obs. J. Buisson ; *RSC*, 2011, p. 149, obs. J. Danet.

³ Art. 706-137 CPP.

⁴ V. plus en détail, *supra*, n° 242 s.

⁵ M. Vialettes et M. Grosset, « L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement. - De quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1 janvier 2013 », *JCP G*, n° 6, 4 fév. 2013, doct. 157. V. aussi la loi n° 2011-803 du 5 juill. 2011, art. 18, IV qui aménage, à titre transitoire, les modalités du contrôle par le juge des libertés et de la détention des décisions judiciaires d'hospitalisation d'office.

⁶ V. plus en détail, *supra*, n° 471 s.

⁷ Art. 706-136, dernier alinéa, CPP.

⁸ V. *supra*, n° 196. Pour une qualification de peines : Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *préc.* Pour une qualification de mesures de sûreté : Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*

⁹ Il est à noter que le Conseil constitutionnel a limité l'inscription au bulletin n° 1 du casier judiciaire de la décision de déclaration d'irresponsabilité pénale aux seuls cas où ont été prononcées des interdictions prévues par l'article 706-136 CPP, et tant que les effets de ces interdictions n'ont pas cessé. Dans les autres cas, la personne sort du champ des sanctions pénales et une telle inscription porterait une atteinte non nécessaire à la protection de la vie privée qu'implique l'article 2 de la Déclaration de 1789 : v. Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 31.

¹⁰ J. Danet, « Comment a évolué récemment le droit et quelles sont les préoccupations du législateur quand il évoque la « dangerosité des malades mentaux » ? », *art. cit.*, p. 36.

extension de la sphère pénale, l'irresponsabilité de celui dont le discernement est aboli soit contournée, dans la mesure où, précisément, il ne s'agit pas de lui appliquer des peines, mais bien des mesures de sûreté. La réforme ne remet donc pas en cause les concepts fondamentaux du droit pénal, tels que le postulat du libre-arbitre ou l'exigence du discernement comme condition de la responsabilité pénale¹. « Le prononcé des mesures de sûreté est très raisonnable puisque, dénuées de toute coloration morale, elles visent à réduire la dangerosité qui découle elle-même ou peut découler du trouble mental qui a été reconnu »². Le dispositif n'est, toutefois, pas exempt de toute contradiction³, ce qui peut soulever des critiques.

701. Critiques du dispositif applicable aux malades mentaux. La Commission nationale consultative des droits de l'homme, opposée à ce nouveau dispositif, a rappelé que le fait que la maladie mentale puisse, dans certains cas, faire perdre son discernement au malade et l'entraîner à commettre des actes, même graves, ne transfère pas à l'autorité judiciaire une compétence pour le soigner⁴. Elle fait également remarquer que « le souvenir de l'intervention de la justice va s'attacher au malade, l'assimiler qu'on le veuille ou non à un criminel ».

En reprenant le titre d'un ouvrage, on peut donc légitimement se demander s'il faut « juger et punir les malades mentaux criminels »⁵. Selon ce dernier, on assisterait à une évolution sécuritaire faisant du « fou » non plus un sujet à soigner, mais un être asocial à punir et dont il faut se préserver des nuisances. En effet, l'instauration du dispositif soumettant les malades mentaux à la justice pénale ne fait que renforcer la tendance, déjà observée auparavant, de la raréfaction des non-lieux psychiatriques – ou, plus généralement, du nombre de décisions d'irresponsabilité pénale fondée sur le trouble mental à n'importe quel stade de la procédure – et, parallèlement, de l'augmentation de la population psychiatrique en milieu carcéral⁶. Le professeur Delmas-Marty estime d'ailleurs qu'il y a une

¹ Ph. Bonfils, « 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 », *art. cit.*, p. 392 s.

² J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *art. cit.*, p. 1000 s.

³ Sur ces contradictions, v. *supra*, n° 475.

⁴ Note de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*, *préc.*

⁵ T. Jean (dir.), *Faut-il juger et punir les malades mentaux criminels ?*, Coll. Les dossiers du JFP, Toulouse, Erès, 2009, Résumé d'éditeur.

⁶ V. Ph. Goujon et Ch. Gautier, *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport *préc.*; G. Barbier, Ch.

incohérence à distinguer la faute matérielle de la faute morale, aboutissant au résultat que le malade mental n'est « ni innocent (parce qu'il a commis les faits) ni coupable (car la faute morale ne lui est pas imputable) »¹. Or, il s'agit, en réalité, d'une dissociation de l'imputabilité morale et de l'imputation matérielle des faits. Car, comme le soulignait le professeur Mayaud avant la réforme déjà, « l'irresponsabilité pénale n'est pas en soi un obstacle à la reconnaissance de la matérialité des faits, la non-imputabilité personnelle une entrave à l'imputation objective »². Le fondement moral de la responsabilité n'est donc pas remis en cause, la non-imputabilité demeurant une cause d'irresponsabilité pénale des malades mentaux. Il s'agit plutôt d'un rattachement causal des faits à leur auteur, autrement dit, d'une imputation matérielle. On pourrait dire qu' « à l'imputabilité correspond un jugement de valeur, à l'imputation une simple restitution des événements »³.

Au demeurant, l'effectivité des mesures prévues par l'article 706-136 CPP à l'égard d'une personne irresponsable est douteuse, en ce sens que les interdictions prononcées impliquent un certain discernement pour pouvoir être correctement respectées⁴. Les mesures non privatives de liberté applicables devraient, sans doute, être axées davantage sur la surveillance et, plus encore, le traitement de la personne malade⁵.

702. Propos conclusifs. Si la définition de la notion de dangerosité présente les imperfections inhérentes à son caractère évolutif et fluctuant, celle-ci constitue un facteur indéniable d'extension du droit pénal. Les rapports étroits qu'elle entretient avec d'autres concepts du droit pénal permettent parfois d'apporter des éclairages mais contribuent aussi à brouiller ses contours.

Demontès, J.-R. Lecerf et J.-P. Michel, *Prison et troubles mentaux : comment remédier aux dérives du système français ?*, Rapport préc.

¹ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit., p. 50.

² Y. Mayaud, « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ pénal*, 2004, p. 303.

³ *Ibid.*

⁴ En ce sens, X. Pin, « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », art. cit., p. 97.

⁵ V. *infra*, n° 821.

B. La relation entre la dangerosité et d'autres concepts du droit pénal

703. Le texte relatif à la rétention de sûreté définit la dangerosité comme une « *probabilité très élevée de récidive* » associée à un « *trouble grave de la personnalité* »¹. Or le lien entre dangerosité, probabilité de récidive et trouble grave de la personnalité ne va pas de soi. Ainsi, « la dangerosité a toujours été le problème le plus embarrassant de la criminologie dont Christian Debuyst la considérait comme "la maladie infantile" »². La dangerosité du délinquant est, en général, définie par rapport à un risque de répétition d'infractions (1), mais elle est souvent confondue, à tort ou à raison, avec la maladie mentale (2). Elle entretient également un lien ambigu avec la faute pénale et, partant, la culpabilité de l'auteur de l'infraction avec laquelle elle coexiste la plupart du temps (3).

1. Dangerosité et répétition d'infractions

704. La dangerosité au cœur de la politique de prévention de la récidive. L'intérêt attaché à la dangerosité des délinquants a connu un renouveau à la suite d'une série d'affaires judiciaires qui ont provoqué un retentissement médiatique considérable dans les années 1990, conduisant les pouvoirs publics à réagir pour lutter contre la récidive, en particulier dans le domaine des infractions violentes et sexuelles. Souvent, ces crimes émanaient de personnes libérées de prison qui persistaient dans la délinquance. La prévention de la récidive se situe donc actuellement au cœur des préoccupations du législateur, le problème de la probabilité de récidive étant appréhendé à travers le concept de dangerosité. En effet, « depuis 1994, le lien entre les questions de réitération, récidive, dangerosité, peine et mesure de sûreté n'a plus cessé d'apparaître dans de multiples débats »³. On recherche de cette manière une certaine efficacité de la réponse pénale, l'objectif étant « la maîtrise des activités criminelles et la gestion des populations susceptibles de poser problème à l'ordre social »⁴. Or, le professeur Debuyst s'interrogeait sur l'équivalence ainsi établie entre la dangerosité et la probabilité d'un comportement délinquant ou d'une récidive⁵.

¹ Art. 706-53-13, al. 1^{er} CPP.

² J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 176 s.

³ J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*, n° 97.

⁴ Ch. Debuyst, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *art. cit.*, p. 9.

⁵ *Ibid.*, p. 8.

Pour tenter de répondre à cette question, rappelons que l'individu dangereux au sens du droit pénal est celui dont on peut redouter la perpétration d'une infraction. En ce sens, l'état dangereux a pu être défini comme la « situation faisant craindre qu'une personne commette une infraction avec une probabilité telle qu'elle peut justifier, *ante delictum*, une mesure de sûreté »¹. Cette définition, acceptable en théorie, ne saurait cependant faire l'objet d'une application telle quelle par le droit positif, car les mesures réellement pré-délictuelles sont, outre leur incompatibilité avec certains droits fondamentaux, inconcevables dans la pratique. Comment pourrait-on évaluer l'état dangereux d'individus qui n'auraient pas attiré l'attention par une infraction qui révélerait celui-ci ?

Ainsi, plus que la crainte abstraite d'un passage à l'acte, c'est en principe la récidive² ou la réitération³ d'une infraction que l'on redoute et qu'il s'agit d'empêcher par l'application d'une mesure de sûreté, la dangerosité s'étant déjà manifestée au travers de la commission d'une première infraction⁴. Parfois, la personne est même déjà bien ancrée dans la criminalité, les récidivistes ou multirécidivistes étant considérés comme particulièrement dangereux. La récidive a pu être présentée « comme la preuve de l'inaccessibilité de la personne à la rationalité de la sanction pénale »⁵, commandant de la soumettre à des mesures de sûreté. Dangerosité et récidive entretiennent donc un rapport étroit. Or la notion d'état dangereux est « une notion utile dans certaines disciplines spécifiques qui ne peut faire l'objet d'une évaluation rationnelle sur le plan juridique » ; et si « les dangerosités juridique, psychiatrique, victimologique, criminologique ou sociale peuvent faire l'objet de définitions relativement approfondies, [...] aucune d'entre elles ne permet d'évaluer avec certitude le risque de récidive d'un agent »⁶.

¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v. « État dangereux », p. 418.

² On observe en effet un empilement de lois visant expressément la récidive. V. Ch. Lazerges, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », art. cit., p. 274 s.

³ La réitération d'infractions est expressément prise en compte par l'article 132-16-7 du Code pénal, issu de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, qui dispose dans son alinéa 2 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* ». La réitération est définie par rapport à la récidive dans l'alinéa 1^{er} : « *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* ».

⁴ V. *infra*, n° 761 s.

⁵ Ministère de la justice, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, groupe Bibliographie du Comité d'organisation, Fiche 3 : *La restructuration du droit pénal autour de la notion de dangerosité*, p. 108 s.

⁶ B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, op. cit., p. 104.

Restructuré autour de la notion de dangerosité, le droit pénal s'éloigne ainsi de sa mission classique qui consiste à établir la preuve d'un acte positif, pour permettre de fonder des mesures fort coercitives sur « la prédiction aléatoire d'un comportement futur »¹.

705. La dangerosité définie comme probabilité élevée d'une répétition d'infractions.

La dangerosité est généralement comprise comme une probabilité considérable de réitération d'infractions d'une certaine gravité, une simple possibilité n'étant pas suffisante². Or, il convient de garder à l'esprit que même une probabilité forte n'est pas une certitude et l'on ne saurait donc prédire les risques de récidive effectifs que présente une personne. En outre, une telle approche probabiliste de la dangerosité est critiquable car « loin de contribuer à renforcer l'autonomie individuelle, à accroître la capacité de chacun à se prendre en charge, l'approche probabiliste, qui transforme la justice pénale en justice prédictive, risque d'aboutir à déresponsabiliser celui dont la récidive a été annoncée par avance »³.

En exigeant une dangerosité caractérisée par une probabilité élevée de récidive, à l'image du dispositif sur la rétention de sûreté, on évolue d'une prise en compte de la notion de dangerosité héritée du XIX^e siècle vers celle, beaucoup plus large, de risque. Le sociologue Robert Castel a ainsi pu affirmer que « la dangerosité est une notion assez mystérieuse, et profondément paradoxale, puisqu'elle implique à la fois l'affirmation de la présence d'une qualité immanente au sujet ("il est dangereux"), et une simple probabilité, une donnée aléatoire, puisque la preuve du danger ne sera donnée que dans l'après-coup, si le passage à l'acte a effectivement lieu »⁴. Il a ajouté que « même si l'on craint une récidive, il existe toujours un coefficient d'incertitude entre le diagnostic de dangerosité et la réalité du passage à l'acte ».

En fondant les mesures de sûreté sur une telle probabilité, on court le risque de commettre des abus. Il semble dès lors primordial de veiller à ce que la dangerosité pronostiquée soit concrète et présente, et se distingue d'une probabilité générale de récidive déduite des statistiques. Il convient par conséquent de se pencher sur le degré de gravité du risque émanant de la personne, sur la plausibilité de sa réalisation ainsi que la rapidité avec laquelle

¹ Note de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, préc.*

² Un auteur allemand met l'accent sur la différence entre simple possibilité de récidive et sa probabilité qui caractérise la dangerosité : H.-J. Bruns, « Richterliche Überzeugung bei "Prognose-Entscheidungen" über Sicherungsmaßnahmen : zugleich ein Beitrag zum Geltungsbereich des Grundsatzes "in dubio pro reo" », *JZ*, n° 13, 1958, p. 652.

³ M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *art. cit.*, p. 1096 s.

⁴ R. Castel, « De la dangerosité au risque », in : *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 47, juin 1983, p. 119 s., cit. p. 120.

le délinquant est susceptible de passer à nouveau à l'acte. Plus que d'un simple risque, il doit s'agir d'une probabilité importante.

706. Gradation du critère de dangerosité selon le degré de probabilité exigé. Lorsque l'on regarde de plus près le dispositif allemand sur l'internement de sûreté, on s'aperçoit qu'il existe, selon les différentes variantes, une gradation au niveau de la dangerosité exigée. Ainsi, si la dangerosité pour l'internement primaire doit être avérée, il suffit qu'elle soit probable pour réserver le prononcé de la mesure. S'agissant de l'internement de sûreté ordonné *a posteriori* – en grande partie abrogé – le constat de la dangerosité est même absent au moment du jugement de condamnation, la dangerosité n'apparaissant que postérieurement. Or, partant de la définition de la dangerosité qui consiste en une probabilité élevée d'infractions futures, il ne peut s'agir, en tout état de cause, que d'une différence de degré dans l'évaluation de cette probabilité. Il n'existe, en effet, jamais de certitude quant au comportement futur d'un délinquant. Partant, lorsque la réglementation de l'internement primaire fait référence à une dangerosité *avérée* et donc à un risque d'infractions futures, il peut s'agir, au mieux, d'une très grande probabilité. Lorsqu'il est indiqué, dans le dispositif relatif au prononcé réservé de l'internement, que la dangerosité ne peut être constatée avec *certitude* au moment du jugement, cela signifie donc que la probabilité est simplement de moindre importance. Dans tous les cas, la dangerosité relève d'un pronostic par définition hypothétique. On se situe donc nécessairement sur le terrain d'une simple probabilité, aussi forte soit-elle, même si les textes donnent l'impression qu'il peut y avoir une certitude en matière de risque. L'expression d'une « dangerosité probable » (en matière d'internement réservé) est finalement un pléonasme qui constitue un critère relativement flou pour fonder une privation de liberté.

Dans les textes français relatifs aux différentes mesures de sûreté, on constate également une gradation dans l'appréhension du critère de la dangerosité en fonction du risque de récidive existant. Ainsi, la surveillance judiciaire des personnes dangereuses, ouvertement qualifiée de mesure de sûreté, est applicable « *aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré* »¹. Si la mesure requiert donc la démonstration d'un risque plus ou moins certain, le placement sous surveillance électronique mobile, lui aussi qualifié de mesure de sûreté, intervient dès lors qu'il est « *indispensable pour prévenir la récidive* »², sans plus de précisions. La surveillance de sûreté, quant à elle, peut être prononcée si la personne

¹ Art. 723-29 CPP.

² Art. 131-36-10 CP.

« présente des risques de commettre » certaines infractions¹. Enfin, la rétention de sûreté est subordonnée au constat d'une « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive »². Existe-t-il dès lors une différence entre le risque avéré et la probabilité très élevée ? On peut rejoindre, sur ce point, deux auteurs lorsqu'ils affirment que « le degré de réalisation de ce risque, qui doit théoriquement délimiter la frontière des domaines d'application respectifs des [différentes] mesures, semble impossible à évaluer, même s'il repose, là comme ailleurs, sur une expertise médicale chargée de constater la dangerosité du condamné »³.

En ce qui concerne le critère de la dangerosité même, les textes exigent parfois une simple « dangerosité », comme pour la surveillance judiciaire ou le PSEM, parfois une « particulière dangerosité », comme pour la rétention de sûreté. En outre, la dangerosité est conçue comme une notion évolutive, justifiant des passages d'une mesure à une autre, à l'instar de la navette prévue entre rétention et surveillance de sûreté⁴, et supposant que le degré de la dangerosité fasse l'objet d'évaluations régulières. À supposer que ces divergences terminologiques correspondent à une réelle différence dans le degré de la dangerosité de l'individu, celle-ci semble, pour le moins, difficile à déterminer avec exactitude au moyen d'une expertise.

Enfin, si la dangerosité semble généralement être assimilée au risque de répétition d'infractions, il est des textes qui sèment le doute en détachant les deux concepts⁵. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit toujours que de pronostics incertains sur l'avenir, la dangerosité revêtant par essence un caractère imprévisible et aléatoire⁶.

707. L'illusion d'une prévention de la récidive par la multiplication des dispositifs fondés sur la dangerosité. Dans le cadre de la lutte contre le phénomène de la récidive, il semblerait que le législateur multiplie les dispositifs fondés sur la dangerosité pour donner l'impression de pouvoir efficacement contrôler les délinquants et traiter les causes de leur criminalité. Or il convient de rappeler qu' « aucune certitude n'est acquise quant au lien

¹ Art. 706-53-19 CPP.

² Art. 706-53-13 CPP.

³ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 1467, p. 633.

⁴ V. l'art. 706-53-19 CPP.

⁵ V. l'art. D. 49-24 CPP qui définit la mission des expertises psychiatrique ou psychologique.

⁶ En ce sens, F. Fiechter-Boulvard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *art. cit.*, p. 276.

"expertise de dangerosité – prévention de la récidive" »¹. Aussi la recherche d'un risque zéro est-elle non seulement un leurre, mais elle « conduirait inexorablement à une société Orwelienne où l'objectif de maîtrise se substituerait à celui d'équité et qui pour contrôler une fraction de la société serait liberticide pour le plus grand nombre »². On peut conclure en citant le professeur Debuyst qui constatait avec pertinence qu'appréhender le problème de la récidive sous l'angle du critère de la dangerosité « amène à ne prendre en considération que les informations utiles permettant de poser ce diagnostic » en sélectionnant certaines données et les indices qu'elles révèlent, permettant « de croire à la dangerosité du sujet, ou à sa récidive »³. Il semble, il est vrai, difficile de poser un diagnostic de dangerosité plus nuancé.

Le lien entre dangerosité et trouble mental n'est guère plus évident.

2. Dangerosité et maladie mentale

708. La dangerosité, si elle ne résulte pas d'une maladie mentale constituant une cause d'irresponsabilité pénale, devient, de fait, une cause d'aggravation de la réponse pénale, la peine pouvant s'accompagner d'une mesure de sûreté. Lorsqu'au contraire, la dangerosité est attachée à un trouble mental, elle conduit à une transformation de la réponse pénale, la mesure de sûreté se substituant à la peine. Il convient, dès lors, de s'en tenir à la distinction, évoquée plus haut, entre dangerosité psychiatrique et dangerosité criminologique : si la première peut pertinemment être corrélée avec la maladie mentale (a), il importe, en revanche, d'éviter la confusion regrettable entre dangerosité criminologique et maladie mentale⁴ (b).

a. La corrélation pertinente entre maladie mentale et dangerosité « psychiatrique »

709. La dangerosité comme conséquence d'une maladie mentale. La dangerosité résulte dans certains cas de figure directement de la maladie mentale, ou, plus exactement, d'un état particulier dans le cours d'une maladie, la corrélation entre les deux étant alors sensée. Il serait toutefois erroné d'affirmer qu'il existe, de manière générale, une équivalence entre dangerosité et maladie mentale, certaines études n'observant pas de dangerosité

¹ J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, *op. cit.*, p. 21.

² J.-Ch. Pascal, « Comment définir la "dangerosité psychiatrique" dans le champ des dangerosités ? », *art. cit.*, p. 21.

³ Ch. Debuyst, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *art. cit.*, p. 11.

⁴ Comme le rappellent les experts de l'Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale : J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, *op. cit.*, p. 38.

particulière des malades mentaux par rapport à la population générale¹. Une telle confusion reviendrait « à concevoir que la maladie mentale sévère serait en elle-même un facteur de dangerosité alors que les données de la littérature montrent l'origine multifactorielle des passages à l'acte dus à des troubles psychiatriques sévères »². Aussi, lorsque le malade adhère aux soins qui s'avèrent nécessaires et suit les prescriptions de façon régulière, sa dangerosité n'est en principe pas supérieure à celle qui se rencontre chez les autres membres de la population³. C'est dire que « tout malade mental n'est donc pas *ipso facto* une personne dangereuse, de même que toute personne dangereuse n'est pas atteinte de troubles mentaux »⁴. Un lien entre dangerosité et maladie mentale est par conséquent possible, mais pas systématique⁵.

Précisons donc qu'il ne sera question ici que de la dangerosité psychiatrique des personnes ayant commis un acte pénalement répréhensible en l'absence d'imputabilité morale, au sens d'un risque d'un nouveau passage à l'acte en raison de troubles mentaux⁶. La dangerosité psychiatrique résulte de la maladie mentale et lui est donc corrélée. Il est précisé, à l'article 706-135 CPP, que les troubles mentaux peuvent justifier un internement psychiatrique lorsqu'ils « *nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ».

710. La dangerosité comme conséquence d'une addiction. Parfois, également, la dangerosité résulte d'un trouble pathologique comme les dépendances aux substances toxiques ou à l'alcool. En effet, les conduites addictives apparaissent comme un facteur majeur de dangerosité, tant chez les sujets indemnes d'affection psychiatrique en raison des complications comportementales qu'elles entraînent, que chez les personnes souffrant d'un

¹ C. Gheoghiev, P. Raffray, F. de Montleau, « Dangerosité et maladie mentale », *L'Information Psychiatrique*, vol. 84, 2008, n° 10, p. 941 s. V. aussi P. Lievens, « L'apport de la psychiatrie à l'utilisation du concept de personnalité dangereuse », in : Ch. Debuyst et F. Tulkens (dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, *op. cit.*, p. 35 s., spéc. p. 53.

² J.-Ch. Pascal, « Comment définir la "dangerosité psychiatrique" dans le champ des dangerosités ? », *art. cit.*, p. 21.

³ Ph. Jusseaume, « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... », *AJ pénal*, 2012, p. 70.

⁴ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 12.

⁵ Les liens entre le concept médico-légal de la dangerosité et la psychiatrie remontent à la loi du 12 février 1810 fondant l'ancien Code pénal à travers son article 64 et à la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés (v. C. Gheoghiev, P. Raffray, F. de Montleau, « Dangerosité et maladie mentale », *art. cit.*, p. 941 s.). Celle-ci aurait, selon Michel Foucault, transformé les psychiatres en « fonctionnaires de l'hygiène publique [...] chargés de contrôler tout ce qui est désordre, ce qui est danger » (M. Voyer, J.-L. Senon, C. Paillard, N. Jaafari, « Dangerosité psychiatrique et prédictivité », *L'Information Psychiatrique*, vol. 85, 2009, n° 8, p. 745 s.).

⁶ V. *supra*, n° 691.

trouble psychique, car elles facilitent le passage à l'acte agressif¹. La dangerosité psychiatrique semble ainsi pouvoir être étendue aux dépendances qui, sans abolir totalement le discernement de la personne, conduisent souvent à une altération de celui-ci. Toutefois, la consommation excessive d'alcool ou de stupéfiants peut également être indépendante de tout trouble mental et sera alors plutôt facteur d'une dangerosité criminologique. Il est, à ce titre, intéressant de relever qu'il est question, dans le Code de la santé publique, de « *lutte contre les maladies et dépendances* »², rappelant l'expression fréquemment employée de « lutte contre la récidive », quoiqu'il eût semblé plus adéquat de parler de « traitement » des maladies et dépendances – la lutte suggérant l'idée d'une guerre qui serait menée. L'objectif de sécurité publique est en tout cas omniprésent.

Comme à l'égard des personnes qui nécessitent un traitement psychiatrique, le soin est l'essence même des mesures de sûreté visant les personnes souffrant de troubles liés à l'abus de substances tels que l'alcoolisme ou la toxicomanie³.

Si l'assimilation entre dangerosité et maladie, ou, par extension, entre dangerosité et soin médical, semble ici justifiée, il en va autrement, en revanche, de l'hypothèse du délinquant pleinement responsable de ses actes.

b. La confusion regrettable entre maladie mentale et dangerosité « criminologique »

711. Confusion entre dangerosité et maladie mentale. Le critère de la dangerosité en tant que fondement des mesures de sûreté peut contribuer à une confusion regrettable entre la délinquance et la maladie mentale, puisque de nombreux textes applicables aux personnes jugées responsables pénalement supposent l'existence d'un trouble de la personnalité, voire parfois d'un trouble psychique.

On peut lire, en effet, dans l'exposé des motifs de certains projets de lois, que les auteurs d'infractions sexuelles souffrent, dans la plupart des cas, de troubles psychiques qui subsistent après l'exécution de leur peine⁴, bien que les expertises psychiatriques écartent le plus souvent l'existence d'un trouble psychique, lequel serait d'ailleurs « antinomique avec l'affirmation d'une pleine et entière responsabilité pénale »⁵. Il y a donc confusion entre le

¹ C. Gheoghiev, P. Raffray, F. de Montleau, « Dangerosité et maladie mentale », *art. cit.*, p. 941 s.

² Troisième partie de la partie législative du Code de la santé publique.

³ V. en détail, *supra*, n° 262 s.

⁴ V. le *Projet de loi n° 202 relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, appelé « projet Guigou », qui est à l'origine de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998.

⁵ B. Lavielle, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *art. cit.*, p. 35 s.

criminel dangereux et le malade mental, avec le risque que la psychiatrie devienne un instrument de lutte contre la récidive¹.

Les membres de la CNCDH se sont, à ce titre, montrés préoccupés par le lien établi entre dangerosité et maladie mentale par la loi du 25 février 2008 qui a instauré la rétention de sûreté, regrettant l'assimilation du malade mental à un délinquant potentiel. Ils soulignent qu'« en intégrant dans le même texte mesures de sûreté pour les personnes les plus dangereuses et révision de la procédure pénale pour les irresponsables mentaux, le projet de loi n'atténue pas cette confusion » et constitue, au contraire, un risque de stigmatisation de la personne atteinte de maladie mentale, attentatoire à sa dignité et défavorable à sa réadaptation². Ils s'interrogent ainsi sur le point de savoir si, dans le dispositif applicable aux malades mentaux, « l'on vise une rechute, que diagnostique un médecin, ou une récidive, que le bon fonctionnement de la justice doit prévenir ».

712. L'illusion du traitement de la délinquance par le soin médical. L'obligation d'un traitement ou de soins dans le cadre de nombreuses mesures de sûreté contribue à accentuer la confusion entre criminel et malade, et entre sanction pénale et soin³. Il est ainsi fréquemment affirmé que « les délinquants sexuels ont généralement des troubles de la personnalité »⁴. Du fait de ces troubles, le législateur a jugé nécessaire de traiter ces délinquants, en instaurant, par la loi du 17 juin 1998, une nouvelle réponse pénale aux infractions de nature sexuelle. Le suivi socio-judiciaire, pouvant être assorti d'une injonction de soins, a ainsi permis « d'augmenter l'"ombrelle pénale"⁵ sur les auteurs d'infractions sexuelles »⁶. Pourtant, lors des travaux préparatoires de la loi de 1998, les professionnels de santé avaient vivement rappelé que l'on ne saurait condamner à des soins⁷. La confusion découlant de l'injonction de

¹ V. J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 176 s.

² Note de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, préc.*

³ V. *supra*, n° 577.

⁴ P. Darbéda, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *art. cit.*, p. 625 s. On a pu lire en ce sens que « ce sont des psychopathes impulsifs et instables, des caractères paranoïaques, rigides, susceptibles, méfiants, égocentriques, mégalomanes, et souvent plus des immaturo-pervers que des pervers à proprement parler, c'est-à-dire des sujets qui ont un égocentrisme infantile et une tendance, finalement, à dénier l'altérité d'autrui : ils s'occupent très peu de l'autre. C'est une espèce d'égocentrisme pulsionnel » (Audition du Dr. Roland Coutanceau, Sénat).

⁵ Selon les termes utilisés par M. Charles Jolibois, rapporteur à la Commission des lois du Sénat.

⁶ P. Darbéda, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *art. cit.*, p. 625 s.

⁷ J.-L. Senon et C. Manzanera, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *art. cit.*, p. 367 s.

soins imposée aux criminels sexuels peut en effet amener la question suivante : « s'il y a obligation de soins, n'est-ce pas parce qu'il y a pathologie ? »¹.

L'injonction de soins, devenue systématique avec la loi du 10 août 2007, nourrit l'illusion que la récidive peut être efficacement combattue par une action soignante. Cette loi majore ainsi, pour certains, la confusion entre crime et maladie mentale², si bien que l'on puisse se demander si la « grande délinquance » doit être considérée comme une maladie³.

En ce qui concerne la loi instaurant la rétention de sûreté, il a aussi été remarqué qu'elle concourait à la confusion des enjeux psychiatriques et pénaux en considérant « que la dangerosité criminologique relève d'une évaluation *et* d'un traitement *médical*, par delà une prise en charge sociale »⁴. Madame Gautron déplore ainsi l'instrumentalisation du soin, en mettant en avant le « faux-semblant [qui] consiste à laisser croire que l'action thérapeutique et les mesures de sûreté pourraient à elles seules éradiquer la récidive »⁵. Elle ajoute que « l'action thérapeutique apparaît alors comme un prétexte légitimant un surcroît de surveillance et de répression », au service de la finalité première du système pénal qu'est la protection de la société⁶. Or les crimes, aussi graves soient-ils, ne sont que rarement le fruit d'une personne malade mentalement.

Au demeurant, à une époque où l'on « pense pouvoir soigner le criminel et responsabiliser le fou », certains auteurs semblent eux-mêmes céder à la confusion entre « délinquance sexuelle » et « folie meurtrière » en rapprochant les deux indistinctement⁷.

713. Distinction nécessaire entre trouble mental et trouble de la personnalité. Il paraît important d'opérer une distinction entre le trouble mental qui abolit le discernement et par

¹ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *art. cit.*

² J.-L. Senon et C. Manzanera, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *art. cit.*, p. 367 s.

³ Ph. Salvage, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *art. cit.*

⁴ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *art. cit.*

⁵ V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté - Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *art. cit.*, p. 53 s.

⁶ *Ibid.* V. aussi J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 176 s. Les auteurs regrettent que « tous les pays qui développent un droit pénal sécuritaire connaissent cette dérive de compléter la peine par des obligations de soins assimilées à des mesures de sûreté comme pour se déculpabiliser de la rigueur de la loi pénale et dans l'illusion d'un traitement du crime ».

⁷ Cela est le cas, selon Caroline Protais et Delphine Moreau, de Samuel Lézé. V. S. Lézé, « Les Politiques de l'expertise psychiatrique. Enjeux, démarches et terrains », *art. cit.*; C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *art. cit.*

conséquent la responsabilité pénale, et le simple trouble de la personnalité ou du comportement, qui existe effectivement chez un bon nombre de délinquants. Le premier correspond à « une maladie psychiatrique dûment diagnostiquée selon des critères qui relèvent des sciences médicales » et nécessitant des soins, alors que le second est « une catégorie bâtarde qui se rapproche (dangereusement) de la notion de "caractère déviant" », en ce qu'il désigne « une configuration particulière du caractère de quelqu'un, un habitus de fonctionnement, une constitution définissant des tendances comportementales »¹. Ainsi, « le "trouble de la personnalité", qui a du sens en psychopathologie, se trouve instrumentalisé (tout comme les psychiatres et les psychologues) lorsqu'il est transposé dans la vie publique et singulièrement utilisé par la justice »². C'est dans cette logique que la rétention de sûreté, qui repose sur le constat d'un trouble de la personnalité, consiste en une prise en charge entre autres médicale, alors même que les promoteurs du dispositif indiquaient que cette mesure devait concerner les « personnes atteintes de troubles graves de la personnalité qui ne sont pas, en l'état actuel des connaissances, selon une majorité de psychiatres, susceptibles de soins »³.

Le professeur Senon rappelle ainsi l'importance de la différenciation entre troubles de la personnalité et maladie mentale, car confondre ces deux aurait pour « conséquence de prendre le risque de superposer dans les représentations populaires maladie mentale et crime, avec un effet de stigmatisation des malades mentaux, et notamment des schizophrènes, mais aussi de laisser penser que lutter contre la récidive criminelle suppose des soins psychiatriques chez tous les criminels »⁴. La psychopathie serait le trouble de la personnalité le plus fréquemment retrouvé chez les auteurs de violences, sa prise en charge étant par essence multidisciplinaire⁵.

Or, le délinquant faisant l'objet d'une rétention de sûreté est par hypothèse capable de discernement et responsable pénalement, une des conditions d'application de la mesure étant sa condamnation à une peine de réclusion criminelle d'au moins quinze ans.

¹ S. Chiche, « Rencontre avec Anne Andronikof : Peut-on prédire la récidive ? », in : *Sciences humaines*, Grands Dossiers, n° 25, déc. 2011/ janv.-févr. 2012, rubrique « Affaires criminelles ».

² *Ibid.*

³ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 7.

⁴ J.-L. Senon, « Troubles de la personnalité et psychiatrie face au courant d'insécurité de la société : de la nécessité de penser le champ du soin face aux peurs collectives », *art. cit.*, p. 241 s. L'auteur précise que « si la maladie mentale est l'exception dans l'homicide (un acte homicide sur 20 est commis par un malade mental) ou dans le passage à l'acte sexuel pédophile (on avance moins de 5 % de malades mentaux), les troubles de la personnalité sont souvent retrouvés dans plus de 50 % des passages à l'acte criminels contre les personnes ».

⁵ J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 176 s.

714. Une instrumentalisation du trouble psychique par assimilation à la dangerosité.

La réglementation transitoire de l'internement de sûreté allemand contribue à accentuer la confusion entre dangerosité et trouble psychique en établissant un lien direct entre ces deux notions¹. En effet, la dangerosité doit découler dudit trouble pour que les personnes concernées puissent rester enfermées dans un établissement thérapeutique. Or, si le texte exige que la dangerosité découle du trouble mental, on a plutôt l'impression que c'est le raisonnement inverse qui est en réalité adopté. Ainsi, le cercle de personnes auquel la mesure a vocation à s'appliquer est prédéterminé par le texte, à savoir les personnes ne pouvant être placées ou maintenues en internement de sûreté en raison de la jurisprudence européenne ayant prohibé son application rétroactive². Partant du constat que ces personnes étaient déjà jugées dangereuses auparavant, le trouble psychique – nouveau critère instauré dans le but d'échapper à la censure européenne – semble être déduit de la dangerosité et non l'inverse. La propension à commettre des infractions sexuelles ou violentes serait ainsi le signe que la personne souffre d'une anomalie mentale, par le chemin d'une simple présomption opportuniste. Or, en psychiatrie, ce lien entre trouble psychique et dangerosité criminologique est loin d'être évident. Comme le souligne un auteur, le législateur aurait ainsi créé une nouvelle catégorie autonome de « trouble psychique » qui ne correspondrait ni au simple trouble justifiant habituellement un internement de sûreté, ni à une « déviance sociale », ni à la maladie mentale justifiant une déclaration d'irresponsabilité pénale et un internement psychiatrique – mais qui couvrirait, selon la *ratio legis*, tout de même l'hypothèse de l'aliéné prévue par l'article 5 § 1, e) de la Convention européenne³. Le raisonnement, approuvé par la jurisprudence⁴, semble procéder d'une instrumentalisation du trouble psychique en l'assimilant à la dangerosité. Le législateur semble omettre le fait que le critère du trouble psychique correspond, en principe, à la maladie mentale cause d'irresponsabilité pénale et non à la dangerosité criminologique.

¹ V. *supra*, n° 100 et 102 s.

² V. *supra*, n° 533.

³ J. Peglau, « Konkretisierung des Begriffs der "psychischen Störung" i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG », note sous BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, *jurisPR-StrafR*, 22/2011, comm. 2. V. aussi sur la question, A. Mosbacher, « Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick », *art. cit.*, spéc. p. 235; J. Peglau, « Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung – Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung », *art. cit.*, p. 1925; B. Schröder et T. Starke, « Das Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter - Ein Leitfaden für die Praxis - Teil 1 », *art. cit.*, p. 256 s.; A. Dessecker, « Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *art. cit.*, spéc. p. 711; J. Kinzig, « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 181 s.; F. Streng, « Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », *art. cit.*, p. 832; A. Kreuzer, « Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 10.

⁴ BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11 ; BGH, 21 juin 2011, 5 StR 52/11; OLG Sarrebruck, 30 sept. 2011, 5 W 212/11 - 94.

715. Propos conclusifs. Face à la multiplication des dispositifs de soins et de contraintes autour des concepts amalgamés de maladie mentale et de dangerosité, se pose la question du risque d’aboutir à des « excès répressifs où les valeurs fondamentales de nos sociétés ne sont plus observés »¹.

Une grande partie des personnes soumises aux mesures de sûreté ayant commis une faute pénale, il convient, en dernier lieu, de s’intéresser à l’articulation entre la dangerosité et la culpabilité.

3. Dangerosité et culpabilité

716. Substitution ou complémentarité. Le postulat principal de l’École positiviste consistait à substituer aux principes classiques de la responsabilité pénale le concept d’état dangereux². Si ce dernier gagne ces dernières années du terrain en législation, il semblerait toutefois qu’il s’agisse davantage d’une complémentarité entre la dangerosité et la culpabilité que d’une substitution³. Néanmoins, les deux concepts ne sauraient être confondus et doivent, par conséquent, faire l’objet d’une confrontation.

717. Opposition des deux concepts. De manière schématique, on peut opposer la culpabilité (qui correspond à la peine) à la dangerosité (qui correspond à la mesure de sûreté)⁴. En théorie, la mesure de sûreté se désintéresse de la faute pénale et de l’imputabilité de l’acte commis à son auteur. Reposant sur l’état dangereux qui est apprécié sans égard à la culpabilité du délinquant⁵, elle a vocation à s’appliquer en raison d’un risque pour l’avenir.

Le Conseil constitutionnel a d’ailleurs explicitement détaché la dangerosité de la culpabilité⁶, dans sa décision du 8 décembre 2005 relative à la surveillance judiciaire⁷ qui, parce qu’elle « repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité », n’est pas soumise au principe de non-rétroactivité des peines prévu par l’article 8 de la Déclaration de 1789. Le même raisonnement ressort de sa décision du 21 février 2008 relative à la

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l’exécution des peines*, op. cit., n° 511.34, p. 662.

² V. F. Rousseau, « Dangerosité et sanctions pénales », art. cit., p. 266.

³ Sur la relation entre dangerosité et culpabilité dans leur influence sur la détermination de la peine, v. déjà Karl von Birkmeyer, *Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung*, op. cit.

⁴ V. aussi *infra*, n° 792.

⁵ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », art. cit., n° 31.

⁶ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit., p. 23.

⁷ Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*, cons. 14 s.

rétenion de sûreté¹. En se fondant sur la dangerosité – rappelant que la rétenion 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 – il a, en effet, écarté l'applicabilité de l'article 8 qui « *ne s'applique qu'aux peines et sanctions ayant le caractère d'une punition* » ; en d'autres termes, qui sont fondées sur la culpabilité².

Aussi, la substitution du concept d'état dangereux à la responsabilité pénale est-elle entière lorsqu'il s'agit d'appliquer des mesures de sûreté aux individus pénalement irresponsables en raison d'un trouble mental, leur culpabilité faisant alors défaut. Il en va de même lorsqu'une mesure intervient en amont de toute condamnation pénale, comme cela peut être le cas en matière de cure de désintoxication³.

718. La dangerosité comme négation de l'imputabilité. Certains auteurs constatent alors que la dangerosité permet de s'affranchir de notions telles que l'imputabilité ou la responsabilité en se référant à une « causalité bio-psychologique »⁴. Ils vont même jusqu'à dire que la prédiction de la dangerosité peut devenir la négation du libre arbitre, car « le seul lien avec le droit pénal est l'existence antérieure d'un crime [et ce] lien est tenu car le crime a été jugé et la peine exécutée »⁵. La dangerosité peut ainsi être considérée comme « éclipse de l'imputabilité et de la dignité »⁶. Elle « se sépare de la culpabilité, isolant les individus dangereux » qui, qualifiées par l'école positiviste italienne « de "une race à part" (Lombroso) ou de "variété spéciale du genre humain" (Ferri) », sont aujourd'hui désignés « d'ennemis, de forcenés, voire de monstres »⁷. Le professeur Delmas-Marty souligne ainsi que si la dangerosité n'est pas en soi un concept nouveau, la nouveauté consiste à en faire un concept détaché de l'infraction pénale légitimant, après l'exécution de la peine, des mesures de surveillance, et, plus récemment, un enfermement à durée indéterminée⁸.

L'argument selon lequel l'intervention de l'autorité judiciaire peut présenter les garanties nécessaires dans un procès pénal, risque alors d'être écarté, dès lors qu'en matière de mesures de sûreté, « le contrôle ne porte pas sur la preuve de la culpabilité mais sur un diagnostic de dangerosité et un pronostic de récurrence, une simple probabilité qui, par son incertitude même,

¹ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 8 s.

² Rappelons toutefois que dans cette décision paradoxale, le Conseil a ensuite interdit l'application rétroactive de la rétenion de sûreté en raison de sa gravité. V. *supra*, n° 219.

³ V. *supra*, n° 263 et 272 s.

⁴ A. Garapon et D. Salas, *La République pénalisée*, coll. Questions de société, Hachette, 1996, p. 89.

⁵ M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *art. cit.*, p. 1096 s.

⁶ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁷ M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *art. cit.*, p. 1096 s.

⁸ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 43-44.

exclut la preuve contraire : alors que l'accusé présumé innocent bénéficie du doute, la dangerosité est nécessairement présumée »¹.

719. Complémentarité des deux concepts. Pourtant, la distinction entre dangerosité et culpabilité n'est pas aussi nette en pratique. La majorité des mesures de sûreté supposent en réalité une condamnation pénale préalable, étant donc applicables uniquement aux sujets responsables. De ce fait, la dangerosité, tout en renvoyant à une idée de déterminisme par la prédiction d'un comportement criminel futur, coexiste avec la culpabilité de la personne, signe de sa liberté de choix. Au-delà d'une simple coexistence, c'est même souvent à partir de la faute pénale commise auparavant que l'on prétend pouvoir pronostiquer une nouvelle faute à l'avenir.

Ainsi, si la culpabilité et la responsabilité demeurent les fondements affichés du Code pénal, la dangerosité vient s'y ajouter². Si les concepts de culpabilité et de dangerosité relèvent de logiques différentes, parfois incompatibles, ils semblent jouer « en contrepoint l'une de l'autre » et se fournir « un appui mutuel dans la poursuite d'objectifs communs »³. Le professeur van de Kerchove souligne, à cet égard, que les théories de la culpabilité et celle de la dangerosité « entretiennent une relation plus dialectique que réellement antinomique » puisque « loin de se neutraliser ou de s'affaiblir l'une l'autre, [elles] paraissent se conforter objectivement en comblant leurs lacunes respectives dans la poursuite des objectifs découlant de leurs présupposés communs »⁴. Enfin, il est possible d'affirmer que « si la culpabilité est encore le moteur de la responsabilité pénale, la dangerosité quant à elle permet d'en prendre la mesure » et que « culpabilité et dangerosité se combinent, au point que les peines s'accompagnent de plus en plus de mesures de sûreté destinées à anticiper l'avenir pour prévenir la récidive »⁵.

Pour illustration de cette complémentarité, on peut se référer à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 8 novembre 2006⁶, dans laquelle elle a décidé que la dangerosité d'une personne condamnée à une peine privative de liberté à perpétuité justifiait qu'elle soit

¹ M. Delmas-Marty, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *art. cit.*, p. 5 s. V. aussi M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 23.

² M. Delmas-Marty, « Nouveau code pénal, avant-propos », *RSC*, 1993, p. 433.

³ M. van de Kerchove, « Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *art. cit.*, p. 291 s.

⁴ *Ibid.*, p. 294.

⁵ X. Pin, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 22, p. 22.

⁶ BVerfG, 8 nov. 2006, 2 BvR 578/02, 2 BvR 796/02, BVerfGE 117, 71. V. J. Kinzig, « Zur Verfassungsmäßigkeit der gefährlichkeitsbedingten Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe und zu deren Anforderungen », *JR*, 2007, p. 165 s.

maintenue en détention au-delà de la « *gravité de sa culpabilité* », à condition d'examiner la proportionnalité de la mesure, et sans que cela ne constitue une atteinte à la dignité humaine. Le refus d'une remise partielle de peine peut donc, indépendamment de la gravité de la faute, être uniquement justifié par un risque pour la sécurité des citoyens. Partant, les peines perpétuelles semblent fondées à la fois sur la culpabilité et la dangerosité, la seconde prenant le relais de la première lorsqu'une certaine durée s'est écoulée.

En définitive, les questions de la responsabilité et de la dangerosité paraissent aujourd'hui totalement mêlées, et « on pourrait même oser prétendre que la responsabilité a, parfois, cédé le pas devant la dangerosité, surtout dans l'hypothèse de l'altération du discernement »¹. Si la dangerosité et la culpabilité ne sont pas deux concepts incompatibles et entretiennent, avant tout, une relation de complémentarité, celle-ci se reflète dans la combinaison entre la peine et la mesure de sûreté qui s'inscrivent dans un système complet de sanctions pénales. Les mesures de sûreté ne sont, en effet, contrairement à ce que certains tenants de la thèse unitaire peuvent prétendre ou préconiser, pas vouées à venir supplanter la peine, mais à la compléter². En ce sens, il a pu être observé qu'avec l'apparition de la notion de dangerosité en droit pénal, « les exigences du droit pénal classique subsistent et la "vérité" du jugement pénal se maintient (infraction – responsabilité – sanction). Mais l'objet du jugement n'est plus seulement l'acte. S'y ajoute une "toute autre question de vérité" : le jugement de l'homme à travers son acte délinquant »³.

La dangerosité ayant ainsi intégré le droit pénal aux côtés de la culpabilité, se pose la question primordiale de son évaluation, laquelle ne s'avère pas toujours aisée.

¹ J. Danet et C. Saas, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *art. cit.*, p. 779 s.

² Si un auteur estime que la rétention de sûreté aboutit à substituer la dangerosité à la culpabilité après l'exécution d'une condamnation pénale (F. Rousseau, « Dangerosité et sanctions pénales », *art. cit.*, p. 273), il nous semble plus exact d'affirmer qu'il y a une véritable complémentarité entre culpabilité et dangerosité, la rétention de sûreté venant prendre le relais de la peine lorsque celle-ci atteint sa limite – temporelle et fonctionnelle.

³ F. Tulkens et F. Digneffe, « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », *art. cit.*, p. 201.

§ 2 : La difficile évaluation de la dangerosité

720. Les critères d'évaluation de la dangerosité. Avant de pouvoir prononcer une quelconque mesure de sûreté fondée sur la dangerosité de la personne, celle-ci doit faire l'objet d'une évaluation¹. Or, une telle donnée humaine ne saurait donner lieu à une prédiction scientifique exacte, d'autant moins que « la France ne dispose pas d'un corps de personnes qui y soient formées et n'utilise pas les outils actuariels qui sont couramment pratiqués dans le reste du monde occidental »². On pourrait ajouter que l'évaluation de la dangerosité est d'autant plus difficile que cette notion ne donne pas lieu à une quelconque définition légale³. Un auteur souligne très justement que la prévision d'un comportement humain ne saurait être exacte que dans la mesure où l'on croirait celui-ci prédéterminé de façon définitive⁴. À l'inverse, il précise que si l'on le croit totalement libre, « alors aucune prévision n'est valable et l'évaluation du risque de comportement criminel impossible ». Or, « la vérité est probablement à mi-chemin » et, partant, « le pronostic de récidive ne peut prétendre à l'exactitude, mais peut tout de même tendre à un degré élevé de précision »⁵. Il conviendra alors de s'interroger sur la fiabilité des différentes approches possibles et d'identifier les critères permettant une évaluation satisfaisante de la dangerosité.

Le droit français combine la détermination légale⁶ de la dangerosité des délinquants avec l'appréciation judiciaire⁷ qu'elle précède, cette dernière comprenant l'appréciation empirique par les juges, mais aussi l'évaluation scientifique qui « est placée par la loi au service de l'appréciation judiciaire, sous la forme de mesures d'instruction »⁸. Monsieur Coche soulève toutefois le fait que « la détermination de la dangerosité des délinquants est souvent

¹ Pour une étude approfondie de cette question, v. G. Niveau, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, L'Harmattan, 2011. Pour une étude empirique de l'évaluation de la dangerosité en matière de PSEM, v. O. Razac, *Le Placement sous surveillance électronique mobile : Un nouveau modèle pénal ?*, Rapport de septembre 2010, ÉNAP, Direction de la recherche et du développement.

² M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 511.31, p. 662.

³ V. *supra*, n° 685.

⁴ G. Niveau, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, *op. cit.*, p. 12.

⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁶ En effet, les textes prévoyant les mesures de sûreté fondées sur la dangerosité font, la plupart du temps, référence à certaines infractions déterminées desquelles pourra être déduite la dangerosité de l'individu : v. *infra*, n° 765.

⁷ Sur la détermination législative et judiciaire de la dangerosité, v. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*

⁸ V. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 29, p. 38.

défaillante car le *corpus juris* qui l'organise est défectueux ; défectuosité qui porte une atteinte grave à la protection des libertés, comme à la défense de la société »¹.

Une appréciation par le juge seul serait trop subjective et entraînerait un risque d'arbitraire pour les justiciables, ce à quoi il est remédié en instaurant des procédés scientifiques toujours plus nombreux, lesquels donnent parfois l'illusion de permettre une connaissance exacte de l'état dangereux. Certes, le juge par ses pouvoirs d'investigation doit, lui aussi, tenter de déceler une éventuelle dangerosité du justiciable, notamment à travers l'enquête de personnalité à laquelle il fait procéder dans certaines hypothèses². Il n'en demeure pas moins que l'intervention de spécialistes dans un domaine qui sort du champ de compétences des juges doit être saluée. En matière de mesures de sûreté, l'évaluation de la dangerosité est ainsi pour l'essentiel abandonnée à l'expert dont le rôle est prédominant et ambigu (A). C'est cette insuffisance que le législateur a tenté de pallier par une évaluation pluridisciplinaire, laquelle mériterait d'être développée (B).

A. Le rôle prédominant et ambigu de l'expert

721. L'évaluation de l'état dangereux de la personne suppose, outre l'examen de la personnalité à laquelle le juge se livre pour individualiser la sanction, un examen scientifique du délinquant, tel qu'il a été proposé par la doctrine de la défense sociale nouvelle³. Nonobstant les nombreux problèmes que suscitent les expertises de dangerosité (1), leur domaine paraît particulièrement étendu (2).

¹ *Ibid.*, p. 47.

² Il ressort de l'article 81 CPP qu'en matière criminelle, l'enquête sur la personnalité est obligatoire, tandis qu'elle est facultative en matière délictuelle. Dans tous les cas, elle suppose qu'une instruction ait été ouverte. Elle englobe également la situation matérielle, familiale ou sociale de la personne mise en examen. Comme le souligne un auteur, cette enquête participe à la détermination de la dangerosité de l'intéressé et peut même parfois être plus fiable que l'expertise de dangerosité en ce qu'elle s'attache à entendre des témoins de personnalité : v. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français, op. cit.*, n° 378, p. 248. Le lien entre l'enquête de personnalité et la recherche de la dangerosité ressortait, de manière assez claire, du dispositif sur la tutelle pénale dont le prononcé était subordonné à l'existence d'un état dangereux (ancien art. 58-1 et 463, al. 1 CPP). Cette mesure de sûreté a été abrogée par la loi n° 81-82 du 2 février 1981, dite « loi Sécurité et liberté ». Pour une analyse détaillée de ces enquêtes, v. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français, op. cit.*, n° 370, p. 243 s.

³ Marc Ancel faisait ainsi une place importante à l'examen psychiatrique dans le traitement de resocialisation : v. M. Ancel, « Le procès pénal et l'examen scientifique du délinquant », *RSC*, 1952, p. 162 s.

1. La problématique des expertises de dangerosité

722. Bien qu'un risque de récidive ne puisse pas être évalué uniquement sur la base de critères psychiques, ce sont avant tout des experts psychiatres ou psychologues qui sont sollicités, et ce « dans des conditions pour le moins discutables et subjectives »¹. Si l'expertise psychiatrique pénale a pour vocation classique de mesurer la responsabilité de l'auteur d'une infraction, sa fonction évolue ainsi, depuis quelques années, vers le pronostic de la dangerosité. Cette mutation de l'expertise psychiatrique (a) ne semble, toutefois, pas résoudre les problèmes inhérents à la prédiction de la dangerosité (b).

a. La mutation de l'expertise psychiatrique

723. **Évolutions de la mission de l'expertise psychiatrique.** L'expertise psychiatrique, née au XIX^e siècle, peut être définie comme « la rencontre, dans un moment socio-culturel donné, d'un médecin psychiatre et d'un justiciable à la demande de l'autorité judiciaire »². Les mesures de sûreté impliquent l'intervention d'experts psychiatres ou psychologues qui doivent établir un « diagnostic » de dangerosité³. Si leur mission consiste traditionnellement à déceler une maladie mentale (en examinant l'état psychologique et le libre arbitre de l'auteur au moment de la commission des faits), il en va différemment en matière de mesures de sûreté, puisque l'expertise de la dangerosité, visant à identifier les facteurs de réitération criminelle, se substitue dans ce domaine à l'expertise de la responsabilité.

L'adoption de l'enquête de personnalité et de l'examen psychologique par le Code de procédure pénale français de 1959⁴ a participé au renforcement du rôle de l'expertise psychiatrique dans le procès pénal. Le champ d'intervention des experts psychiatres a d'ailleurs été étendu par l'instruction générale pour l'application de ce code⁵, laquelle invitait ceux-ci à se prononcer sur la dangerosité et le traitement de toutes les personnes poursuivies, même si elles ne présentaient pas de troubles psychiques ou neuro-psychiques⁶. Il apparaît

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 511.31, p. 662.

² Ph. Jusseaume, « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... », art. cit., p. 70 s.

³ Sur ce problème, v. M. Landry, *L'état dangereux: un jugement déguisé en diagnostic*, L'Harmattan, 2002.

⁴ Art. 81 CPP.

⁵ L'ancien article C. 345 du Code de procédure pénale posait les questions suivantes à l'expert : 3° Le sujet présente-t-il un état dangereux ? ; puis, indépendamment de toute maladie mentale : 5° Le sujet est-il curable ou réadaptable ? L'expertise de dangerosité s'autonomisait ainsi par rapport à l'expertise portant sur la responsabilité ainsi que sur la maladie mentale.

⁶ V. J.-P. Garraud et al., *Proposition de loi tendant à créer une École nationale de psycho-criminologie et portant diverses mesures relatives à l'évaluation de la dangerosité*, AN, doc. n° 3727, 21 sept. 2011.

que « la justice sollicite ainsi l'expert bien au-delà de sa compétence de psychiatre en lui demandant d'élargir son approche à une analyse psycho-criminologique, en oubliant alors que la criminologie est par essence pluridisciplinaire associant notamment un regard social, environnemental, et culturel, sans parler d'une ouverture indispensable au droit pénal et à la pénologie »¹.

La mission de l'expert a ensuite évolué sous l'influence de la loi de 1998 instaurant le suivi socio-judiciaire et l'injonction de soins. L'application de cette mesure suppose l'intervention d'une expertise qui, à l'inverse de l'expertise psychiatrique classique relative à la question de l'accessibilité à la sanction pénale, tend à apprécier moins la responsabilité du sujet que la dangerosité, et surtout l'accessibilité au traitement pour une personne reconnue pénalement responsable, en suggérant la nature de celui-ci². Pour les professeurs Pradel et Senon, on est donc passé « de l'expertise de responsabilité à l'expertise de dangerosité et même à l'expertise thérapeutique qui vise à proposer une stratégie de soins »³. Or, c'est à travers la loi de 2005 relative à la surveillance judiciaire qu'il est apparu, plus clairement encore, que l'évaluation de la dangerosité, autrement dit du risque de récidive, relevait de l'expertise médicale⁴. Cette orientation a été accentuée par la loi de 2008 instaurant la rétention de sûreté, avec « un renforcement du rôle décisionnel des professionnels "psy" dans le devenir judiciaire d'une personne et des conséquences en matière de restrictions de liberté inédites »⁵. Le législateur a ainsi multiplié les lois visant à lutter contre la récidive des délinquants dangereux, « sans que l'assise scientifique construite autour de l'évaluation de la dangerosité du délinquant concerné, par le biais de l'expertise notamment, ne soit amplement explicitée et garantie »⁶.

724. Évaluation médicale de concepts juridiques. La question de l'évaluation de la dangerosité, et implicitement celle de la réadaptabilité de l'individu dangereux, suppose une évaluation médicale de concepts juridiques. De surcroît, cette évaluation porte sur un état hypothétique, en l'occurrence le comportement futur éventuel d'un délinquant. On peut se demander si le fait de demander au psychiatre de constater un état dangereux chez un individu

¹ *Ibid.*

² J. Pradel et J.-L. Senon, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », *art. cit.*, p. 208 s.

³ *Ibid.*

⁴ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *art. cit.*

⁵ *Ibid.*

⁶ P. Mbanzoulou, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 171.

sain mentalement, alors même qu'une telle tâche est déjà difficile à l'égard des personnes souffrant de maladies mentales, ne sort pas de son champ de compétence professionnelle¹. Comment « le médecin-expert pourrait-il décréter dangereux un individu chez lequel il n'aurait décelé aucun élément psycho-pathologique »² ?

La lutte contre la récidive et la prise en compte progressive de la dangerosité comme critère de fixation de la sanction pénale semblent avoir entraîné une confusion autour des finalités de l'expertise psychiatrique³. Ainsi, la confusion entre le soin et la sanction pénale, évoquée plus haut⁴, peut faire redouter que l'on détourne la psychiatrie publique de sa mission qui est celle de soigner les malades mentaux⁵. L'efficacité d'un traitement psychiatrique sur une éventuelle diminution du risque de récidive n'est d'ailleurs pas démontrée⁶.

Rappelons de surcroît qu'il convient de différencier « la dangerosité potentielle liée à une maladie mentale » de « l'évaluation d'une possible récidive d'un acte délinquantiel », pour éviter de « criminaliser des actes déterminés par une aliénation ou [de] psychiatiser des actes criminels »⁷. Pourtant, cette distinction, importante en théorie, peut paraître dépassée en pratique puisque c'est également au psychiatre que l'on confie le soin d'apprécier la dangerosité criminologique⁸, aboutissant à une confusion entre les deux⁹. C'est ainsi que l'on observe qu'« un certain nombre de psychiatres contournent la question [de la dangerosité] dans le cadre de leurs expertises » et que « d'autres se contentent de répondre à la question de la "dangerosité psychiatrique" en esquivant la question de la dangerosité criminologique »¹⁰. Il faut insister, à ce titre, sur la nécessité de deux expertises distinctes, la dangerosité

¹ En ce sens, v. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 451, p. 289.

² M. Landry, *Le psychiatre au tribunal: le procès de l'expertise psychiatrique en justice pénale*, Privat, 1976, p. 105.

³ B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 105.

⁴ V. *supra*, n° 711 s.

⁵ J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 176 s.

⁶ *Ibid.*

⁷ J.-Ch. Pascal, « Comment définir la "dangerosité psychiatrique" dans le champ des dangerosités ? », *art. cit.*, p. 24.

⁸ V. J. Danet, « Comment a évolué récemment le droit et quelles sont les préoccupations du législateur quand il évoque la « dangerosité des malades mentaux » ? », *art. cit.*, p. 27 s.

⁹ C'est ainsi que les propositions émises en 2006 par la commission parlementaire dite « commission Outreau », à la suite de la commission présidée par M. Viout, préconisent l'élaboration de critères permettant de distinguer les missions d'expertise relevant de la psychologie, de la psychiatrie et de la criminologie.

¹⁰ C. Protais et D. Moreau, « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *art. cit.*

psychiatrique relevant du psychiatre, et la dangerosité criminologique d'une évaluation multidisciplinaire¹.

725. Orientation prospective des expertises de dangerosité. La question de la dangerosité, caractérisée par un risque de délinquance future, donne à l'expertise une orientation prospective. On constate donc un glissement de la mission de l'expert du diagnostic vers un pronostic, exclusivement porté vers l'avenir et fondé sur des données incertaines. Cette incertitude se répercute sur la valeur de l'expertise dont les résultats ne correspondent finalement qu'à une simple expectative. De plus, face à la peur de la récidive et guidés par le principe de précaution qui gouverne la procédure pénale actuelle², les experts semblent plus réticents à reconnaître une abolition ou une altération du discernement. Or, lorsque les experts concluent à un simple trouble de la personnalité qui n'est pas assez grave pour entraîner une irresponsabilité pénale, la personne se verra non seulement appliquer une peine pour les faits commis, mais entrera également dans le champ d'application des mesures de sûreté.

En matière d'expertise de dangerosité, pour se prémunir contre toute prise de risque, l'expert ne pourra « qu'agir par excès, pour "se couvrir en ouvrant largement le parapluie" »³. Il prend, en effet, beaucoup moins de risques professionnels à déclarer un individu dangereux que l'inverse, puisqu'il sera plus difficile de démontrer, après-coup, que son pronostic était erroné dès lors que la personne enfermée est empêchée de récidiver. Ces expertises qui ont un poids considérable sont, en réalité, rarement tranchées et expriment plus souvent des éventualités que des certitudes, si bien qu'en pratique, les mesures de sûreté peuvent être ordonnées « sur la base de "peut-être" et d'incertitudes »⁴. La prudence des professionnels de santé se trouve sans doute renforcée par la méfiance de la justice à leur égard⁵.

¹ J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 176 s. V. *infra*, n° 744.

² V. *supra*, n° 51.

³ J.-L. Senon et C. Manzanera, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *art. cit.*, p. 367 s.

⁴ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 521.17, p. 689.

⁵ Ainsi, la psychiatre Danièle Canarelli a été condamnée par le tribunal correctionnel de Marseille, le 18 décembre 2012, à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis pour homicide involontaire à la suite de l'assassinat commis par l'un de ses patients, Joël Gaillard : v. les chroniques judiciaires du journal *Le Monde* : « La psychiatre Danièle Canarelli condamnée à un an avec sursis », 18 décembre 2012, par Pascale Robert-Diard (<http://prchroniques.blog.lemonde.fr/2012/12/18/la-psychiatre-daniele-canarelli-condamnee-a-un-an-avec-sursis/>).

726. Réticences des professionnels de santé. Face à cette mutation de l'expertise psychiatrique, les experts de l'Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale rappellent que « la majorité des psychiatres insistent pour revenir aux valeurs cardinales de leur profession, en l'occurrence le diagnostic de la maladie mentale et les traitements à prodiguer »¹. L'Audition publique estime, en effet, que la notion de dangerosité est une notion infiltrée de subjectivité qui nécessite une perspective pluridisciplinaire. L'analyse clinique prospective ne donnant en aucune façon une valeur prédictive absolue, le clinicien devrait donc rester prudent et modeste. Ses membres insistent également sur l'importance, pour l'évaluation de la dangerosité, de veiller à ne pas stigmatiser le malade mental en s'attachant à rechercher des facteurs cliniques tout autant que biographiques et contextuels². La place des expertises psychiatriques dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité est donc extrêmement ambiguë et un auteur rappelle, à ce titre, que « la psychiatrie n'a pas vocation à être un élément de contrôle social » et qu'« elle n'est légitime que dans une perspective de soin et dans le respect des libertés »³.

On peut même aller jusqu'à affirmer que « les expertises de dangerosité, non seulement ne sont pas fiables, mais elles ne peuvent pas le devenir » et « créent donc l'illusion, sans cesse déçue, d'une appréciation qui serait scientifique de la dangerosité »⁴. En effet, l'expertise n'est pas scientifique, dans la mesure où elle ne peut être réellement contredite⁵.

Aussi certains problèmes sont-ils inhérents à la prédiction de la dangerosité.

b. Les problèmes inhérents à la prédiction de la dangerosité

727. Le caractère faillible de la prédiction de la dangerosité. On peut se demander s'il est possible de prédire avec un degré suffisant de certitude si un délinquant est dangereux. Un arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} avril 2009⁶ relative au prononcé d'une surveillance judiciaire permet d'illustrer la relativité des expertises de dangerosité. Les juges de cassation se sont, en l'espèce, contentés de ce que la dangerosité ait été déduite, par les juges du fond,

¹ V. J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, *op. cit.*, p. 21.

² *Ibid.*, p. 38.

³ J.-Ch. Pascal, « Comment définir la "dangerosité psychiatrique" dans le champ des dangerosités ? », *art. cit.*, p. 25.

⁴ A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC*, 2011, p. 21 s.

⁵ N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques*, sous la dir. de M. Herzog-Evans, Mémoire, Nantes, 2008-2009, p. 71.

⁶ Cass. crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84367, *Dr. pén.*, 2009, p. 35, n° 103, obs. J.-H. Robert ; *AJ pénal*, 2009, p. 321, obs. M. Herzog-Evans.

d'un rapport d'expertise qui s'est borné à mentionner que « *l'intéressé pourrait être à nouveau amené à une certaine dangerosité... en raison de cette fragilité, et de ce risque avéré, qui l'expose éventuellement à des faits qui pourraient constituer une récidive, il nécessite des soins* ». Rien ne paraît, de ce fait, moins sûr que la fiabilité de la prédiction d'un état subjectif tel que la dangerosité¹.

Deux sortes d'erreurs de prévision sont en effet possibles : d'abord, l'hypothèse des « faux positifs », à savoir les individus pour lesquels on prédit qu'ils récidiveront alors que l'on est amené à constater *a posteriori* qu'ils respectent la loi. Et, à l'inverse, les « faux négatifs », c'est-à-dire ceux qui commettent de nouvelles infractions alors que l'on avait prédit qu'ils ne récidiveraient pas². De surcroît, pour les individus que l'on enferme en les croyant dangereux, l'on ne saura par hypothèse jamais s'ils l'étaient réellement et si, laissés en liberté, ils seraient passés à l'acte ou non³. Or, on peut faire observer que « ce n'est pas parce qu'un délinquant ne récidivera finalement pas qu'il n'était pas dangereux au moment où la prédiction a été formulée et la condamnation prononcée ; d'autres facteurs ont pu intervenir entre-temps qui ont modifié le devenir du comportement »⁴. Aussi, « le délinquant dangereux n'est pas jugé tel parce qu'on est certain qu'il se livrera à la violence, dit-on, mais bien plutôt parce qu'on est pas tellement sûr de lui »⁵. Ainsi, une absence ultérieure de passage à l'acte ne revient pas *ipso facto* à invalider le risque de passage à l'acte qui a été pronostiqué. D'où cette situation inédite de prédictions à la fois faillibles et irréfutables. Il y a donc, d'un côté, un risque important pour les libertés individuelles des personnes soumises aux mesures de sûreté car présumées dangereuses. De l'autre, on peut déduire du nombre important de faux négatifs que « même les techniques dites scientifiques de prédiction de la dangerosité, les expertises, n'offrent pas une protection correcte à la société »⁶.

En définitive, c'est sans doute le « caractère général, sans limites précises » de la notion de dangerosité, par opposition à celle de culpabilité, qui « explique pourquoi l'opinion des experts sur la dangerosité d'une personne peut très souvent être contradictoire »⁷.

¹ Pour une étude criminologique des critiques opposées au concept d'état dangereux et notamment la question de son diagnostic, v. : R Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 786 s.

² V. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 729.

³ L'existence de faux positifs a été identifiée grâce à des études portant sur des individus ayant été libérés par des tribunaux contre l'avis des experts cliniciens : V. A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *art. cit.*, p. 21 s., note 13.

⁴ R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 730.

⁵ M. Cusson, *Pourquoi punir ?*, coll. Criminologie et droits de l'homme, Dalloz, 1987, p. 134.

⁶ A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *art. cit.*, p. 21 s.

⁷ M. Lopez-Rey, « Quelques réflexions sur le danger de la notion de dangerosité », *art. cit.*, p. 328.

728. L'absence de fiabilité des outils d'évaluation de la dangerosité. Les instruments de prédiction mis au point pour éviter de telles erreurs ont donné lieu à des résultats de recherches évaluatives plutôt décevants. En premier lieu, il existe la méthode clinique classique qui est une évaluation individuelle et non structurée¹. Si elle présente l'avantage de permettre une bonne individualisation, elle est sujette au risque que l'expert commette des erreurs, ait des biais, des préjugés ou des connaissances inexacts. En second lieu, l'évaluation actuarielle est une « méthode formelle » qui « se fonde sur des variables prédictifs (ou facteurs de risque ou encore items) qui peuvent être quantifiés avec un haut degré de fiabilité »². Notons qu'en Allemagne, les modalités d'évaluation de la dangerosité sont renforcées au moyen de grilles d'analyse destinées à mieux mesurer le risque de récidive³, alors qu'en France, on refuse l'idée que les comportements humains puissent être enfermés dans un cadre statistique et probabiliste⁴.

Il est vrai que l'approche purement statistique de la récidive des personnes condamnées paraît insuffisante et peu représentative de la vraie criminalité, en ce qu'elle ne permet pas d'appréhender la réitération au sens criminologique, plus large que la délinquance judiciarisée⁵. Mais, ne serait-il pas plus prometteur, en fin de compte, de recourir à la méthode dite de « l'évaluation clinique structurée », autour de facteurs finalement très actuariels, qui permettrait « d'approcher au plus près de la réalité individuelle de la personne à évaluer, tout en évitant l'absence totale de fiabilité liée à l'évaluation clinique classique »⁶ ? Peut-on considérer qu'il est « choquant, qu'en France, il n'y ait pas encore » une « approche longitudinale » prenant en compte les « données psycho-socio-économiques » qui « permettent de comprendre ce qui se passe entre l'entrée et la sortie d'un parcours, et ce qui pérennise ou pas le maintien d'une personne dans la délinquance »⁷ ? Il est pensable que la France introduise les échelles actuarielles en les combinant avec l'évaluation clinique, en

¹ M. Herzog-Evans, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal*, 2012, p. 75.

² *Ibid.* L'auteur précise qu'en délinquance générale, les facteurs de risque le plus souvent retrouvés dans les outils d'évaluation sont : le passé pénal et personnel, des éléments démographiques, des traits de personnalité, des facteurs environnementaux, des facteurs cliniques et des facteurs sociaux.

³ V. J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, *op. cit.*, p. 57.

⁴ M. Herzog-Evans, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *art. cit.*, p. 75 s.

⁵ M. Herzog-Evans, « Récidive : "À elle seule, la statistique est très insuffisante" », *Propos recueillis par Marine Babonneau, Dalloz actu.*, 13 mai 2014. Pour une critique de la méthode actuarielle, v. aussi V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté - Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *art. cit.*, p. 53 s.

⁶ M. Herzog-Evans, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *art. cit.*, p. 75 s.

⁷ M. Herzog-Evans, « Récidive : "À elle seule, la statistique est très insuffisante" », *art. cit.*

utilisant des critères plutôt dynamiques que statiques¹. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommande d'ailleurs, en ce sens, de « recourir aux instruments modernes d'évaluation des risques et des besoins pour orienter les décisions relatives à l'exécution des peines de détention à perpétuité ou de longue durée »². Néanmoins, « comme ces instruments comportent toujours une marge d'erreur, ils ne devraient jamais constituer la seule méthode employée pour orienter la prise d'une décision, mais être complétés par d'autres moyens d'évaluation »³.

Quels que soient les moyens employés pour évaluer la dangerosité, l'ambition paraît si hasardeuse que certains auteurs en viennent à se demander s'il ne faudrait pas « bannir toute recherche d'état dangereux comme une utopie néfaste »⁴. Qu'il s'agisse en effet de la méthode clinique ou de la méthode statistique ou actuarielle, ou encore des deux combinées, les prédictions de la récidive des délinquants semblent vouées à l'échec⁵. Certes, la prise en compte de la dangerosité par le droit pénal semble indispensable pour déterminer et individualiser la sanction applicable et pour prévenir les infractions futures. Mais elle n'en demeure pas moins critiquable, dès lors qu'elle permet d'aboutir à des privations de liberté illimitées dans le temps sur le fondement d'un état hypothétique. Aucun critère scientifique ne permettant réellement de pronostiquer la dangerosité avec exactitude, certains auteurs critiques considèrent que les prédictions transforment ceux qui s'y livrent d'hommes de sciences en « oracles » et « devins »⁶, ou encore en « magiciens » ou « prophètes »⁷. Il semblerait, en définitive, que tout jugement par anticipation comporte une part notable d'arbitraire⁸. On peut donc se demander, comme le faisait déjà une partie de la doctrine plus de trente ans plus tôt, si la dangerosité ne constitue pas un dilemme sans issue⁹.

¹ V. sur ce point, N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques*, op. cit., p. 95 s.

² *Recommandation Rec(2003)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée*, 9 oct. 2003, Annexe, n° 15.

³ *Ibid.*

⁴ R. Gassin, « La criminologie clinique de Jean Pinatel et la criminologie clinique actuelle », *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 37, 1999, p. 19 s., cit. p. 27.

⁵ V. en ce sens, Arnaud Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *art. cit.*, p. 21 s.

⁶ T. W. Harding, « Du danger, de la dangerosité et de l'usage médical de termes affectivement chargés », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 4, p. 331 s., cit. p. 334.

⁷ V. A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *art. cit.*, p. 21 s.

⁸ M.-H. Thélin, « L'état dangereux », in : *Actes du II^e Congrès international de criminologie*, PUF, 1955, vol. 6, p. 434 s., spéc. p. 436.

⁹ V. J. Dozois, M. Lalonde, J. Poupart, « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 4, p. 383 s.

729. Risque d'une soumission de la justice à la parole expertale. Si le juge a obligatoirement recours à des spécialistes pour évaluer la dangerosité du justiciable, c'est précisément parce qu'il lui manque les compétences techniques ou scientifiques en la matière. Cela étant, face à un concept flou renvoyant à une probabilité future, il n'est pas certain que les compétences de l'expert constituent un remède satisfaisant. C'est en fait « la mission d'expertise qui semble irréalisable parce que la dangerosité est introuvable dès lors qu'elle est détachée des descriptions de pathologies psychiatriques pour concerner des troubles de la personnalité qui, par définition, ne sont pas pathologiques »¹.

Or ce problème en entraîne un autre : le risque d'une soumission de la justice pénale à la parole expertale². Quelle liberté de décision est laissée au juge lorsque l'expert retient une probabilité très élevée de récidive³ ? Quelle est la « latitude du juge face aux expertises ou pronostics de dangerosité (ou de risque) »⁴ ? Et quelle est donc l'effectivité et l'efficacité du contrôle juridictionnel, censé protéger les libertés individuelles ? Certes, en théorie, le juge n'est pas lié par les conclusions des experts en vertu du système de preuve pénale fondé sur l'intime conviction du juge. Mais en pratique, l'avis de l'expert est déterminant pour l'issue du procès puisque les juges ont une tendance fréquente à entériner purement et simplement ses conclusions⁵. Or, le juge devrait « regarder le rapport d'expertise avec la distance qui convient et non comme l'expression d'une vérité absolue »⁶. Comme le note une avocate pénaliste, « les juges s'en remettent totalement aux experts alors qu'il leur appartiendrait de décider différemment au regard des éléments du dossier »⁷. Il s'agira souvent pour le juge de se décharger de toute responsabilité éventuelle en cas de récidive d'une personne laissée ou remise en liberté, l'amenant à une prudence parfois excessive. En transférant ainsi sa responsabilité vers l'expert, le juge n'abandonne-t-il pas sa liberté de décision qu'il devrait pourtant conserver ? Il n'est d'ailleurs pas démontré qu'en matière d'évaluation de la dangerosité, les expertises aboutissent à des résultats plus fiables que l'appréciation qu'en

¹ F. Fiechter-Boulevard, « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ pénal*, 2012, p. 67.

² J. Danet, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *art. cit.*, p. 10.

³ J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*

⁴ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s.

⁵ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, t. II, 5^e éd., Cujas, 2001, p. 273.

⁶ Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2012, Livre 3 : Etude, Partie 4 - Administration de la preuve, Titre 1 - Techniques d'administration de la preuve, Chapitre 2 - Expertises, Section 3 - Expertise pénale et contrôle de l'office du juge, p. 296.

⁷ Propos de Constance Debré, relatés par A. Coignac, « Le discernement en droit pénal », *art. cit.*

ferait le juge. Il est donc probable que les experts et les juges agissent par précaution en surévaluant, dans le doute, les risques de passage à l'acte¹.

Cela est d'autant plus préoccupant que le domaine des expertises de la dangerosité est particulièrement étendu.

2. Le domaine étendu des expertises de dangerosité

730. Avec le renouveau de la notion de dangerosité, la place des expertises de dangerosité est grandissante (a), le moment de leur intervention (b) étant varié.

a. La place grandissante des expertises de dangerosité

731. Multiplication des expertises malgré un manque de moyens. Corrélativement au développement des mesures de sûreté, les expertises de dangerosité occupent une place toujours grandissante au sein du droit pénal, sans que les moyens matériels et humains ne soient toujours suffisants. Ainsi, comme il ressort du rapport annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, les lois adoptées lors de la dernière décennie, et plus particulièrement celles visant la prévention de la récidive, ont multiplié les cas d'expertise psychiatrique obligatoire pour s'assurer d'une meilleure évaluation de la dangerosité des auteurs d'infractions et établir s'ils peuvent faire l'objet d'un traitement. Cela entraîne une augmentation du nombre d'expertises psychiatriques réalisées sur les auteurs d'infractions pénales qui est évaluée à plus de 149 % entre 2002 et 2009, alors que le nombre d'experts psychiatres est constant². Or, en raison du manque de fiabilité des expertises de dangerosité, bon nombre de psychiatres et de psychologues refusent de les pratiquer.

732. Champ d'application étendu des expertises. Si l'expertise, et particulièrement l'expertise psychiatrique, était quasiment inconnue de l'ancien droit français, elle s'est développée au cours du XIX^e siècle, pour être aujourd'hui presque systématique dans toute

¹ En ce sens, V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté - Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *art. cit.*, p. 53 s.

² En 2012, le nombre de médecins inscrits sur les listes des cours d'appel était de 537.

affaire criminelle et correctionnelle importante¹. L'intervention des expertises psychiatriques tout au long de la procédure pénale témoigne de l'importance de celles-ci et leur champ d'application ne cesse de s'étendre avec la multiplication des mesures fondées sur la dangerosité de la personne. L'expertise est ainsi requise pour constater la dangerosité de la personne susceptible de faire l'objet d'une mesure de sûreté, mais également toutes les fois que l'on veut la soumettre à un traitement ou des soins obligatoires. Partant, « la quasi-automatisme de l'injonction de soins élargit les conditions imposant une expertise »².

Notons, à ce titre, que depuis la loi du 17 juin 1998, l'expertise médicale est obligatoire à l'égard de toute personne poursuivie pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 CPP, avant tout jugement sur le fond, et qu'elle peut être ordonnée dès le stade de l'enquête³. Une telle expertise devrait donc influencer le choix de la sanction à prononcer et notamment celui de prononcer une mesure de sûreté ou non, en fonction de la dangerosité constatée. Ultérieurement à la décision de condamnation, les expertises interviennent encore aux fins d'octroi de certaines mesures favorables aux condamnés⁴.

733. Des contours mal définis. Néanmoins, on constate que les contours de l'expertise psychiatrique ne sont pas clairement définis par le législateur français, pas davantage que ceux de l'expertise « médico-psychologique ». Les différents dispositifs renvoient le plus souvent à une « *expertise* », ou à une « *expertise médicale* », mais ne précisent pas la spécialité des experts auxquels il est fait appel. Tout au plus l'expertise de responsabilité découlant de l'article 122-1 du Code pénal implique-t-elle implicitement le recours à un expert psychiatre qui seul est à même de constater la présence d'un trouble psychique ou neuropsychique⁵. Aussi, une expertise psychiatrique est-elle expressément prévue pour l'application des mesures de sûreté aux personnes déclarées irresponsables pénalement⁶, pour

¹ V. J. Pradel, « En droit pénal, quels sont les fondements de l'expertise psychiatrique pénale ? », in : J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, op. cit., p. 73 s.

² J.-L. Senon et C. Manzanera, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », art. cit., p. 367 s.

³ Art. 706-47-1 CPP.

⁴ Comme par exemple l'expertise de prélibération obligatoire instaurée par la loi du 1^{er} février 1994 visant à évaluer l'état de dangerosité des condamnés à perpétuité avec période de sûreté : art. 720-4 CPP ; ou encore l'expertise médicale obligatoire aux fins du relèvement du suivi socio-judiciaire : art. 763-6, al. 3 CPP.

⁵ Il est d'ailleurs explicitement précisé à l'article D. 47-21 CPP, renvoyant à l'article 706-115 et à l'article 81, al. 8, que lorsqu'une information est ouverte à l'égard d'une personne majeure protégée, l'expertise médicale visant à déterminer si elle était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique, consiste en une expertise psychiatrique.

⁶ Art. 706-135 s. CPP.

le prononcé d'un suivi socio-judiciaire comprenant une injonction de soins¹, pour certaines mesures d'aménagement de la peine², ainsi qu'en cas de placement sous surveillance électronique de fin de peine³.

Or le Code de procédure pénale qui régleme de façon générale l'expertise aux articles 156 et suivants – précisant simplement qu'elle peut être ordonnée « *dans le cas où se pose une question d'ordre technique* » – ne semble pas s'intéresser au contenu de l'expertise psychiatrique qui est pourtant celle majoritairement ordonnée en matière d'évaluation de la dangerosité et dont le nombre ne cesse de s'accroître⁴. Le professeur Bouchard préconise d'ailleurs, en raison du chevauchement important qui existe dans les questions posées aux experts psychiatres et psychologues, d'abandonner les appellations d'expertise psychiatrique et psychologique au profit d'un concept unique d'« expertise mentale », réalisée indifféremment par les premiers ou les seconds, sélectionnés en fonction de leur formation et de leurs compétences⁵.

Si la loi indique que « *la mission des experts [...] ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique* »⁶, que les juges ne sauraient logiquement résoudre eux-mêmes, la Cour de cassation estime qu'il n'est pas interdit aux médecins experts « *d'examiner les faits, d'envisager la culpabilité de la personne mise en examen, et d'apprécier son accessibilité à une sanction pénale* »⁷ ; les experts pouvant donc se prononcer, entre autres, sur les moyens nécessaires pour favoriser la réadaptation de l'intéressé. En d'autres termes, en matière de mesures de sûreté, la mission de l'expertise dépasse les simples questions techniques pour s'intéresser aux perspectives d'évolution de la dangerosité du sujet.

Consistant essentiellement à pronostiquer la probabilité d'un nouveau passage à l'acte en raison de facteurs multiples, la teneur de l'expertise varie en fonction de la dangerosité qu'il s'agit de déterminer, pouvant être psychiatrique ou criminologique⁸. Le domaine de prédilection des expertises mentales est, avant tout, celui de la dangerosité psychiatrique, dans la mesure où le pronostic de celle-ci se rattache directement au diagnostic de la maladie mentale et au constat de l'irresponsabilité du sujet. Leur champ d'intervention est pourtant

¹ Art. D. 147-20, al. 3, renvoyant à l'art. 763-4 CPP.

² Art. 712-21 CPP.

³ Art. D. 147-30-22 CPP.

⁴ V. J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, *op. cit.*, p. 20.

⁵ J.-P. Bouchard, « L'expertise mentale en France entre "pollution de la justice" et devoir d'objectivité », *Dr. pén.*, n° 2, févr. 2006, étude 3.

⁶ Art. 158 CPP.

⁷ Cass. crim., 29 oct. 2003, n° 03-84617, *Bull. crim.*, n° 205 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. 27, obs. A. Maron.

⁸ Sur la distinction entre dangerosité criminologique et psychiatrique, v. *supra*, n° 691.

plus large pour englober la question de la dangerosité criminologique des auteurs « sains d'esprit ».

Les expertises se situent, dès lors, à différents stades de la procédure pouvant aboutir au prononcé d'une mesure de sûreté.

b. Le moment d'intervention des expertises de dangerosité

734. Expertises en matière de mesures de sûreté applicables aux personnes pénalement irresponsables. L'internement psychiatrique suppose que l'expertise psychiatrique établisse que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public¹. En ce qui concerne les mesures de sûreté énumérées à l'article 706-136 CPP, il est simplement précisé par le texte que ces interdictions, qui ne peuvent être prononcées qu'après une expertise psychiatrique, ne doivent pas constituer un obstacle aux soins dont la personne est susceptible de faire l'objet. La levée de ces mesures ne peut, ensuite, être décidée qu'au vu du résultat d'une expertise psychiatrique².

735. Expertises en matière de suivi socio-judiciaire. S'agissant du suivi socio-judiciaire, lorsque celui-ci comprend une injonction de soins et doit être exécuté à la suite d'une peine privative de liberté, le JAP peut ordonner l'expertise médicale de l'intéressé avant sa libération³. Cette expertise est même obligatoire si la condamnation a été prononcée plus de deux ans auparavant, ce qui signifie qu'une expertise médicale datant de moins de deux ans doit figurer au dossier. Ensuite, durant l'exécution du suivi socio-judiciaire, le JAP est libre d'ordonner, à tout moment, les expertises portant sur l'état médical ou psychologique de la personne condamnée⁴. Les expertises en question sont réalisées par un seul expert, sauf décision motivée du JAP.

Lorsque, au contraire, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire n'a pas été soumise à une injonction de soins, le JAP doit ordonner, en vue de sa libération, une expertise médicale afin de déterminer si elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, auquel cas elle sera automatiquement soumise à une injonction de soins, sauf décision contraire du JAP⁵.

¹ Art. 706-135 CPP.

² Art. 706-137 CPP.

³ Art. 763-4, al. 1^{er} CPP.

⁴ Art. 763-4, al. 2 CPP.

⁵ Art. 763-3, al. 3 CPP.

La demande de relèvement de la mesure est, elle aussi, subordonnée à une nouvelle expertise médicale ordonnée par le JAP qui transmet la demande à la juridiction compétente avec les conclusions de l'expert ainsi que son avis motivé¹. Cette expertise est réalisée par deux experts en cas de condamnation pour meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie.

736. Expertises en matière de surveillance judiciaire. Une expertise médicale, ordonnée par le JAP ou le procureur de la République, est également obligatoire en matière de surveillance judiciaire et doit faire apparaître la dangerosité du condamné ainsi que le risque de récidive, et déterminer s'il est susceptible de faire l'objet d'un traitement². Or, si la surveillance judiciaire est assortie d'un PSEM, l'examen de la dangerosité effectué dans le cadre de cette dernière mesure peut, le cas échéant, s'y substituer³. Une nouvelle expertise de dangerosité n'est pas non plus requise dans le cas où, réincarcérée à la suite d'une première surveillance judiciaire en raison du retrait de la totalité des réductions de peine, une personne serait à nouveau placée sous surveillance judiciaire pour le temps restant à purger⁴. Il en va de même si une expertise datant de moins de deux ans figure au dossier du condamné, dès lors qu'elle a été ordonnée à l'occasion d'une demande de libération conditionnelle, qu'elle conclut à la dangerosité du condamné et qu'il en ressort qu'il existe un risque de récidive paraissant avéré⁵.

En tout état de cause, si l'expertise est ordonnée par le JAP ou le procureur de la République, ces derniers peuvent décider qu'elle sera réalisée par deux experts⁶. Précisons que pour les personnes condamnées pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi instaurant la surveillance judiciaire, une contre-expertise est de droit⁷. Dans les autres cas, elle est facultative en vertu du droit commun.

Il ne peut manquer d'être souligné que dès lors que les résultats de l'expertise concluent à la dangerosité du condamné et font constater un risque de récidive qui paraît avéré, le procureur « *requiert* » que le condamné soit placé sous surveillance judiciaire dès sa libération et transmet ses réquisitions au JAP aux fins de saisine du tribunal de l'application

¹ Art. 763-6, al. 3 CPP.

² Art. 723-31 CPP.

³ Art. R. 61-35 CPP.

⁴ Art. D. 147-43, al. 2 CPP.

⁵ Art. D. 147-36 CPP, modifié par le décret n° 2007-1627 du 16 novembre 2007. Initialement, cette expertise figurant au dossier devait dater de moins d'un an, en vertu du décret n° 2006-385 du 30 mars 2006.

⁶ Art. 723-31-1, al. 3 CPP.

⁷ Art. D. 147-36, al. 2 CPP.

des peines¹. S'ajoutent à cette automaticité le fait que la situation de tous les condamnés susceptibles de faire l'objet d'une surveillance judiciaire doit être examinée avant la date prévue pour leur libération², et celui que le risque de récidive doit être constaté par une expertise médicale. Le parquet « ne jouit [donc] plus d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière »³. L'expertise a ici une force obligatoire et entraîne systématiquement une surveillance judiciaire à l'égard des personnes qui y sont éligibles et qui ont été estimées dangereuses, sans laisser de marge de manœuvre aux magistrats chargés de son application. Elle est réellement déterminante de la décision judiciaire. Si le repérage des condamnés éligibles à la surveillance judiciaire était auparavant facultatif – et le procureur de la République libre d'apprécier l'opportunité de lancer la procédure susceptible de mener au prononcé de cette mesure – la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, « afin de s'assurer qu'aucun condamné susceptible d'en faire l'objet n'échappe à une surveillance judiciaire, [...] a imposé l'examen de leur cas »⁴.

737. Expertises en matière de PSEM. Pour l'hypothèse d'un PSEM prononcé dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, la décision initiale de la juridiction de jugement est subordonnée à une expertise médicale constatant la dangerosité de l'intéressé⁵. Mais cette expertise ne sera pas suffisante, puisqu'au plus tard un an avant sa libération, le JAP doit mettre en œuvre un examen destiné à évaluer sa dangerosité et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction⁶. Il est donc intéressant de noter que l'évaluation de la dangerosité ne revient ici pas – ou en tout cas pas exclusivement – à des experts, mais à un simple professionnel⁷. Elle sera réalisée, selon le décret n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007, par un psychiatre et un psychologue titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées ou d'un mastère de psychologie⁸. Cet examen s'accompagne en outre de l'avis de la CPMS lorsque celui-ci aura été sollicité⁹. On le voit donc, l'examen de dangerosité fait double emploi avec l'expertise qui sera elle-même fortement prise en compte par la commission pour rendre son avis¹⁰. Il n'est pas certain qu'une telle multiplication des mesures d'évaluation de la

¹ Art. D. 147-35 CPP.

² Art. 723-31-1, al. 1^{er} CPP.

³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 531.26, p. 720.

⁴ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 531.29, p. 721.

⁵ Art. 131-36-10 CP.

⁶ Art. 763-10 CPP.

⁷ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.82, p. 738.

⁸ Art. R. 61-11 CPP.

⁹ Art. 763-10, al. 2 CPP. V. *supra*, n° 386.

¹⁰ V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.91, p. 739.

dangereuse renforce pour autant leur fiabilité ; elle semble, avant tout, contribuer à la complexité de la procédure. C'est d'ailleurs sans doute la raison pour laquelle il a été décidé, en matière de surveillance judiciaire et de libération conditionnelle assortie d'un PSEM, que l'examen de dangerosité peut se substituer à l'expertise.

L'expertise médicale mise en œuvre en matière de PSEM s'impose à la juridiction de jugement, puisque la mesure ne saurait être appliquée si l'expertise ne retient pas la dangerosité et le risque de récidive de l'intéressé. Or l'on constate que l'examen de dangerosité mis en œuvre par le JAP en vue du prononcé de cette mesure n'a pas la même force obligatoire puisque le texte énonce que le juge se prononce « *au vu* » de cet examen, ce qui correspond d'ailleurs davantage aux règles de droit commun régissant ordinairement l'expertise¹.

738. Expertises en matière de surveillance de sûreté. Le placement sous surveillance de sûreté est, lui aussi, subordonné à une expertise médicale constatant la persistance de la dangerosité de la personne préalablement placée sous surveillance judiciaire² ou sous suivi socio-judiciaire³. La mesure peut ensuite, à l'issue de sa durée initiale de deux années, être prolongée si ses conditions, dont la dangerosité, demeurent réunies et si celle-ci est constatée, à nouveau, par expertise. Une telle expertise est également nécessaire lorsque la surveillance de sûreté vient prolonger les obligations d'une libération conditionnelle avec injonction de soins à l'égard d'une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité pour l'un des crimes visés à l'article 706-53-13. La mesure est alors conditionnée au constat, par cette expertise, que le maintien d'une injonction de soins est indispensable pour prévenir la récidive⁴.

739. Expertises en matière de rétention de sûreté. De la même manière, la personne susceptible d'être soumise à une rétention de sûreté doit, au préalable, faire l'objet d'une expertise réalisée par deux experts⁵. Proportionnellement à la gravité de la mesure, le législateur semble ainsi avoir augmenté les garanties entourant la démonstration de ses conditions de fond, à savoir la particulière dangerosité caractérisée par une probabilité élevée de récidive et résultant d'un trouble grave de la personnalité. À cette expertise, s'ajoute une

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.85, p. 739.

² Art. 723-37, al. 3 CPP.

³ Art. 763-8, al. 2, renvoyant à l'art. 723-37 CPP.

⁴ Art. 732-1 CPP.

⁵ Art. 706-53-14, al. 2 CPP.

éventuelle contre-expertise qui, lorsqu'elle est sollicitée par l'intéressé, est de droit¹. Cela représente une originalité par rapport aux autres mesures de sûreté, une telle possibilité n'étant prévue qu'en matière d'application rétroactive de la surveillance judiciaire². Cette expertise s'ajoute d'ailleurs à l'évaluation pluridisciplinaire de l'intéressé dans un centre spécialisé dans lequel il est placé, sur la demande de la CPMS, pendant une durée d'au moins six semaines³. Aux termes de la loi, cette évaluation de la dangerosité par la commission est seulement « assortie » de l'expertise médicale, ce qui témoigne d'une nette hiérarchie instaurée entre le poids accordé aux différents examens de la dangerosité. Aussi est-ce l'avis de la commission qui est déterminant pour la décision finale de prononcer ou non une rétention de sûreté, puisque la saisine de la JRRS par le procureur général est conditionnée à un avis favorable de cette institution⁴.

740. Expertises dans le cadre des demandes de relèvement. Dans le cadre d'une période de sûreté perpétuelle, des mesures de faveur ne peuvent être accordées au bout de trente années d'incarcération qu'après une expertise réalisée par un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés près la Cour de cassation qui se prononcent sur l'état de dangerosité du condamné⁵. Il en va de même de la procédure d'effacement du FIJAISV, la demande pouvant être soumise à une expertise médicale. Cette dernière sera même obligatoire s'il s'agit d'une mention concernant soit un crime, soit un délit puni de dix ans d'emprisonnement et commis contre un mineur⁶.

741. Centralisation informatique des mesures d'évaluation de la dangerosité. Afin de faciliter et de fiabiliser la connaissance de la personnalité et l'évaluation de la dangerosité des personnes poursuivies ou condamnées pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru, la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 a instauré le répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires⁷. S'inscrivant dans la politique de prévention du renouvellement des infractions, ce registre permet de centraliser toutes les expertises, évaluations et examens psychiatriques, médico-psychologiques, psychologiques et pluridisciplinaires qui ont été réalisés pendant les

¹ Art. 706-53-15, al. 2 CPP.

² Art. D. 147-36, al. 2 CPP. V. *supra*, n° 736.

³ Art. 706-53-14, al. 2 CPP.

⁴ Art. 706-53-15, al. 2 et R. 53-8-53 CPP.

⁵ Art. 720-4, al. 4 CPP.

⁶ Art. 706-53-10, al. 4 CPP.

⁷ Art. 706-56-2 CPP, modifié par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011.

procédures judiciaires. Plus précisément, ces évaluations doivent être intervenues au cours de l'enquête, au cours de l'instruction, à l'occasion du jugement, au cours de l'exécution de la peine, préalablement au prononcé ou durant le déroulement d'une mesure de surveillance ou de rétention de sûreté. Sont également comprises les évaluations réalisées dans le cadre de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou de la levée des mesures de sûreté imposées aux personnes déclarées irresponsables, ou encore durant le déroulement d'une mesure de soins psychiatriques ordonnée en application de l'article 706-135 CPP ou de l'article L. 3213-7 CSP.

Le répertoire est tenu par le service du casier judiciaire sous l'autorité du ministre de la Justice et placé sous le contrôle d'un magistrat. Les données peuvent être conservées pendant une durée maximale de trente ans. Elles sont immédiatement effacées si la personne poursuivie bénéficie d'une décision de classement sans suite, hormis les cas où cette décision est fondée sur le premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal, ou d'une décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement. L'accès aux informations contenues dans le répertoire est réservé aux seules autorités judiciaires, par l'intermédiaire d'un système sécurisé de télécommunication. Cependant, l'autorité judiciaire peut adresser ces informations aux membres de la CPMS, aux experts et aux personnes chargées par l'autorité judiciaire ou l'administration pénitentiaire d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité, pour l'exercice de leurs missions.

742. Expertises en droit pénal allemand des mesures de sûreté. Le droit pénal allemand prévoit un recours obligatoire à l'expertise dès lors qu'une mesure de sûreté privative de liberté – internement de sûreté, hôpital psychiatrique ou établissement de désintoxication – est envisagée par le juge¹. L'expert doit se prononcer sur l'état de la personne poursuivie ainsi que sur les perspectives d'un traitement. Il en va de même lorsque la personne est susceptible d'être soumise à une obligation thérapeutique, par exemple dans le cadre d'une surveillance de conduite². Si l'internement de sûreté a été réservé lors du jugement de condamnation, son prononcé définitif est également soumis à une expertise, tandis que l'internement prononcé *a posteriori*, à la suite de la cessation d'un internement en hôpital psychiatrique, suppose une double expertise³. Les experts sollicités ne doivent alors

¹ § 246a, al. 1 StPO.

² § 246a, al. 2 StPO; ajouté par la loi du 26 juin 2013, relative au renforcement des droits des victimes d'infractions sexuelles (*Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG)*), BGBl, I, 2013, n° 32, 29 juin 2013, p. 1805-1808.

³ § 275a, al. 4 StPO.

pas avoir eu de contact avec l'intéressé au cours de sa détention ou de son internement, afin de garantir leur impartialité. Si le législateur ne précise pas la spécialité de l'expert et n'exige pas expressément le recours à un médecin pour l'application d'un internement de sûreté, la pratique montre qu'il est généralement fait appel à un expert psychiatre ou neurologue¹. L'expertise doit prendre en considération le parcours de l'intéressé, son passé pénal, l'infraction commise et l'impression personnelle qu'a eue l'expert lors de l'audience principale. En se penchant sur cette expertise, les juges doivent se forger leur propre conviction sur l'état de la personne².

743. Propos conclusifs. Ce rapide inventaire des hypothèses où une expertise médicale est requise en matière d'évaluation de la dangerosité témoigne de l'importance quantitative de celles-ci qui ont, de ce fait, un poids prépondérant en matière de mesures de sûreté. Les doutes qui entourent toutefois leur fiabilité conduisent inéluctablement à s'interroger sur la nécessité de développer davantage l'évaluation pluridisciplinaire.

¹ V. J. Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, op. cit., p. 313 ; T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 67.

² T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 67.

B. Une évaluation pluridisciplinaire à développer

744. Face aux incertitudes entourant les expertises de dangerosité, le législateur a saisi la nécessité d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité (1), en instaurant notamment une commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté avec un domaine d'intervention considérable (2).

1. La nécessité d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité

745. **Une pluridisciplinarité souhaitable pour appréhender une notion difficilement évaluable.** La complexité de l'évaluation de la dangerosité criminologique suppose une approche pluridisciplinaire faisant intervenir des juristes, des psychologues, des psychiatres et des sociologues formés à la criminologie¹, afin de confronter « les données du droit, de la sociologie comme de la clinique »². Il est vrai qu'une telle évaluation ne saurait relever uniquement d'une appréciation psychologique ou psychiatrique et que « seul un criminologue clinicien pourrait à la rigueur se prononcer avec utilité sur le risque de récidive de l'intéressé »³. Or elle repose, pour l'heure, essentiellement sur l'expertise psychiatrique, la France ne comptant que peu de professionnels dans ce domaine.

L'idée d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité remonte aux travaux de Lombroso et à l'influence de la défense sociale nouvelle, qui avaient préconisé la création d'un examen médico-psychologique et social⁴, aussi appelé expertise criminologique⁵, qui devait servir à établir un diagnostic relatif aux causes de la délinquance et au degré de danger social inhérent au criminel⁶. Cet examen devait être mené par une équipe scientifique pluridisciplinaire, mais n'a connu qu'une application très limitée en pratique⁷.

¹ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 14.

² J.-L. Senon et C. Manzanera, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 176 s.

³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 532.82, p. 738 s.

⁴ V. not. J. Pinatel, « L'examen médico-psychologique et social de l'inculpé suivant l'expérience française », *Annales Internationales de Criminologie*, 1981, p. 108 ; M. Ancel, « L'expertise criminologique devant les doctrines de la défense sociale. Réflexions sur le Séminaire international de Syracuse de septembre 1980 », *Annales Internationales de Criminologie*, 1981, p. 187.

⁵ V. A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 454, p. 291.

⁶ J. Léauté, *Criminologie et science pénitentiaire*, PUF, 1972, p. 14.

⁷ A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 455, p. 293. Cet examen fut consacré par l'article 81 du Code de procédure pénale de 1959 et abrogé par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, sans jamais avoir été véritablement pluridisciplinaire. Il fut succédé par l'examen

Il est aujourd'hui réaffirmé avec force que les définitions retenues de la dangerosité « imposent une évaluation multidisciplinaire de la dangerosité ne se résumant pas aux facteurs psychologiques individuels et dépassant la formation clinique de base de l'expert psychiatre ou psychologue quand le sujet ne présente pas de troubles mentaux »¹.

746. Les instruments d'évaluation pluridisciplinaire. Les critiques doctrinales ont pour partie été entendues, par la création d'une commission *ad hoc*. En effet, le diagnostic de dangerosité suppose aujourd'hui, en France, l'avis de commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité². Le rôle de la CPMS, instaurée par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 et mise en œuvre par le décret d'application n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007 *relatif au placement sous surveillance électronique mobile*, consiste à rendre des avis consultatifs sur la dangerosité du délinquant susceptible de faire l'objet d'une mesure de sûreté. Il existe, en tout, huit de ces commissions en France³. Créée à l'origine pour se prononcer en matière de PSEM, son domaine d'intervention a été étendu, par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, à la rétention et à la surveillance de sûreté⁴.

En outre, il doit être rappelé que la France dispose du Centre National d'Évaluation (CNE) de Fresnes (anciennement Centre National d'Observation)⁵ qui constitue un autre instrument d'approche pluridisciplinaire⁶ de la personnalité et de la situation du condamné. Il permet une observation sur une période de six semaines, les expertises réalisées s'inscrivant

psychologique qui figure toujours à l'article 81, al. 8 CPP, parmi les mesures que le juge d'instruction peut prescrire.

¹ J.-L. Senon et N. Jaafari, « La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté : ne faudrait-il pas clarifier et établir des priorités dans les rapports entre psychiatrie et justice ? », *L'Information psychiatrique*, 2008, vol. 84, n° 6, p. 511 s., cit. p. 517.

² M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *art. cit.*, p. 1096 s.

³ V. Arrêté du 23 août 2007 fixant le nombre, la localisation et la compétence territoriale des commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, NOR : JUSK0763933A, *J.O.* n° 211 du 12 sept. 2007, p. 14988 ; art. R. 61-7 CPP.

⁴ V. plus en détail, *infra*, n° 750 s.

⁵ Son appellation a été modifiée par le Décret n° 2010-350 du 31 mars 2010 modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif au Centre national d'évaluation. Depuis novembre 2011, les centres nationaux d'évaluation sont situés sur deux sites, celui du centre pénitentiaire de Fresnes et celui du centre pénitentiaire Sud-Francilien.

⁶ Le centre est en effet composé d'une équipe pluridisciplinaire regroupant quatre pôles (surveillance, SPIP, psychotechnique et psychologique). Plus précisément, il est composé d'un directeur d'établissement pénitentiaire, d'éducateurs et d'un assistant social ; de psychologues justifiant d'une formation en psychologie clinique et d'une expérience professionnelle ; de personnels psychotechniques (des surveillants spécialement formés pour faire passer aux détenus stagiaires l'ensemble des tests psychotechniques en vigueur) ; d'un médecin généraliste ; de médecins psychiatres ; des personnels de surveillance spécialement formés. V. plus en détail, Circulaire du 21 février 2012 *relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues*, NOR : JUSK1240006C, *BOMJL* complémentaire du 15 mars 2012.

dans une démarche prospective¹. Le placement dans ce centre vise en revanche, en premier lieu, une individualisation du régime de détention et le recours à d'éventuelles mesures d'aménagement de la peine, telles que l'octroi d'une libération conditionnelle². Ce n'est que plus récemment que sa compétence concerne également l'application de certaines mesures de sûreté. En ce qui concerne plus spécifiquement les personnes ayant commis des infractions faisant encourir la rétention de sûreté, ce service spécialisé tend à déterminer les modalités de la prise en charge sociale et sanitaire au cours de l'exécution de leur peine³. Or, si l'évaluation dans ce centre « ne vise pas spécifiquement la dangerosité de l'intéressé, elle comporte des éléments qui permettent de mieux l'appréhender. Ce volet pourrait cependant être davantage développé »⁴.

Il convient également de préciser que le CNE a vu ses compétences élargies par la loi du 25 février 2008, qui a introduit une mission systématique d'évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité dans le cadre des décisions relatives à la rétention de sûreté. Les personnes éligibles à cette mesure doivent, en effet, être placées au CNE, au moins un an avant la date prévue pour leur libération de prison, sur demande de la CPMS compétente territorialement, pour une durée de six semaines⁵. En outre, en matière de surveillance judiciaire, le JAP ou le procureur de la République peut, de manière facultative, demander le placement du condamné au CNE aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité avant la date prévue pour sa libération, pour une durée comprise entre deux et six semaines⁶. Le placement dans ce service est encore facultatif en matière de surveillance de sûreté, le dispositif se bornant à préciser qu'une telle évaluation n'est pas « *nécessaire* »⁷. Néanmoins, cette pluridisciplinarité ne semble pas encore satisfaisante et mériterait d'être développée davantage.

747. Une pluridisciplinarité à développer. Plusieurs pistes vont en ce sens. En 2007, l'Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale avait recommandé le développement de travaux de recherche pour la validation, en langue française, d'échelles actuarielles ou

¹ V. J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 15 s.

² V. l'art. 730-2 CPP.

³ Art. 717-1 A CPP. Si la personne souffre de troubles psychiatriques, sur indication médicale, elle fera l'objet d'une prise en charge adaptée à ses besoins, le cas échéant en hospitalisation.

⁴ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 15.

⁵ Art. 706-53-14, al. 1 et 2 CPP.

⁶ Art. 723-31-1, al. 2 ; art. D. 147-34, al. 2 CPP.

⁷ Art. R. 53-8-45 CPP.

mixtes d'évaluation de la dangerosité en préconisant leur utilisation par un clinicien confrontant les données de l'évaluation à celles de l'examen clinique¹.

Afin de remédier à la confusion existant actuellement entre dangerosité criminologique et psychiatrique – étant toutes deux soumises à l'appréciation par un expert psychiatre – une proposition de loi² a préconisé, en 2011, la création d'une École nationale de psychocriminologie qui permettrait de développer la recherche française en criminologie et en profilage et d'élaborer des outils actuariels d'évaluation de la dangerosité criminologique. Elle prévoit également la création de Centres régionaux d'évaluation³ pour renforcer la mise en œuvre des fonctions actuellement dévolues au CNE, laquelle, aux termes de la proposition, a « un fonctionnement pluridisciplinaire exemplaire ». Le rapport Lecerf, lui, tout en soulignant le « réel savoir-faire » de cette institution, préconisait que sa méthodologie d'évaluation de la dangerosité soit clarifiée et développée, et que les moyens du CNE soient renforcés, préférant « concentrer des moyens accrus sur une même structure » au lieu de les disperser entre plusieurs centres⁴. Une formation en criminologie des psychiatres et psychologues devant intervenir comme experts serait également envisageable⁵.

De la même manière, le rapport annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 a mis l'accent sur la nécessité du renforcement de la pluridisciplinarité des expertises et de l'augmentation du nombre d'experts psychiatres judiciaires. Il a également indiqué que « si l'évaluation de la dangerosité des personnes placées sous main de justice est complexe, elle n'en demeur[ait] pas moins possible et incontournable pour lutter efficacement contre la récidive »⁶. La loi du 27 mars 2012 visait ainsi à renforcer les dispositifs de prévention de la récidive grâce à la mise en place d'outils visant à mieux évaluer le profil des personnes condamnées. Elle a prévu, à cet effet, d'une part, la mise en place d'un outil partagé, valable pour tous les condamnés, le diagnostic à visée criminologique (DAVC), et, d'autre part, la création de trois nouvelles structures d'évaluation pluridisciplinaire nationales.

¹ V. J.-L. Senon, « Troubles de la personnalité et psychiatrie face au courant d'insécurité de la société : de la nécessité de penser le champ du soin face aux peurs collectives », *art. cit.*, p. 246.

² J.-P. Garraud *et al.*, *Proposition de loi tendant à créer une École nationale de psycho-criminologie et portant diverses mesures relatives à l'évaluation de la dangerosité*, *préc.*

³ Cette idée fut déjà exprimée par E. Cartier, *Rapport de la Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels*, Ministère de la Justice, Paris, 1994, p. 29 s. Cette commission préconisait de compléter les bilans réalisés en début des longues peines par des évaluations périodiques afin d'aménager la sortie de prison des condamnés dans les meilleures conditions possibles pour la société. L'idée a été reprise par J.-P. Garraud, *Réponses à la dangerosité*, *Rapport préc.*, p. 83. V. aussi A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, *op. cit.*, n° 472, p. 305.

⁴ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 16.

⁵ V. en ce sens, E. Cartier, *Rapport de la Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels*, *préc.*

⁶ *Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines*, *préc.*, II, A, 3.

De plus, le rapport mentionné a souligné qu'il était « indispensable de donner une nouvelle impulsion à l'enseignement de la criminologie et, à ce titre, d'encourager les universités et les écoles des métiers de la justice à donner à cette discipline une plus grande visibilité »¹. Il a encore fait remarquer que l'évaluation de la dangerosité criminologique, contrairement à celle de la dangerosité psychiatrique, restait trop peu prise en compte et que la méthode actuarielle fondée sur des échelles de risques, très répandue dans les pays anglo-saxons, était insuffisamment utilisée par l'institution judiciaire². Cette évaluation devrait « s'inscrire dans une approche résolument pluridisciplinaire, afin d'appréhender l'ensemble des facteurs, psychologiques, environnementaux et contextuels, susceptibles de favoriser le passage à l'acte ».

748. Interrogations subsistantes. Les réformes réalisées ou souhaitées mettront-elles un terme à la difficile évaluation d'une notion dont on connaît mal les contours ? Il est permis d'en douter. On peut en effet déplorer que le législateur fasse les choses à l'envers, « cherchant à définir un terme après son introduction dans la loi »³. Il renvoie ainsi « aux bons soins des experts l'évaluation d'un état non évaluable de l'avis de beaucoup »⁴. Au demeurant, une évaluation par des statistiques, éloignée de l'individu avec ses singularités, est-elle réellement souhaitable ? En réalité, « ce n'est pas l'outil qui pose problème mais bien l'objet analysé : l'état de dangerosité »⁵. Il ne semble pas qu'en changeant simplement d'outil – en établissant, par exemple, une « théorie générale de la preuve de la dangerosité » dont l'objectif serait la « recherche de la vérité criminologique » et qui remplacerait les expertises⁶ – l'on puisse remédier au problème de l'incertitude inhérente au concept de la dangerosité. Il n'est pas davantage démontré que des expertises criminologiques aboutiraient à des pronostics

¹ V. déjà, en ce sens, V. Lamanda, *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, Rapport préc., recommandation n° 1. On peut également mentionner qu'un auteur préconisait, en 1964 déjà, de « créer des départements autonomes de criminologie ayant, au sein de véritables Facultés des Sciences sociales regroupant toutes les sciences multi ou interdisciplinaires, une double vocation de recherche et d'enseignement » : J. Pinatel, « Le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 771.

² Une telle méthode est critiquée par certains auteurs : v., p. ex., É. Garçon et V. Peltier, « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *Dr. pén.*, n° 6, juin 2012, étude 11.

³ F. Fiechter-Boulvard, « La dangerosité : encore et toujours... », *art. cit.*, p. 67 s.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Proposition avancée par A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *art. cit.*, p. 21 s.

de dangerosité plus fiables que celles pratiquées actuellement¹, puisqu'il ne s'agit toujours que d'une donnée incertaine qui porte sur un comportement futur du délinquant.

Il apparaît, en tout état de cause, que face à la nécessité d'évaluer la dangerosité, une méthode mixte serait souhaitable : mi-actuarielle, mi-clinique. Enfin et surtout, la pluridisciplinarité devrait être développée, en commençant par une amélioration de la composition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté dont le domaine d'intervention est étendu.

2. L'intervention de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté

749. Si la mission de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (a) est louable, il s'agit néanmoins d'une instance controversée (b).

a. La mission de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté

750. Attributions de la commission. Saisie par le JAP ou le procureur de la République, la CPMS – « le vrai maître d'œuvre de l'évaluation de la dangerosité »² – est chargée d'examiner la dangerosité du condamné et rend un avis motivé dans les trois mois de sa saisine³. À cet effet, elle peut demander la comparution de l'intéressé, et procéder ou faire procéder sur l'ensemble du territoire national à tous examens, auditions, enquêtes administratives, expertises ou autres mesures utiles⁴. Bien que la mission exacte de la CPMS ne semble pas clairement déterminée par la loi – celle-ci se contentant d'affirmer qu'elle doit rendre des « avis » – le domaine d'intervention de cette institution récente paraît particulièrement étendu, avec une tendance croissante depuis sa création en 2005⁵.

¹ V. p. ex., J. Dozois, M. Lalonde, J. Poupard, « Dangerosité et pratique criminologique en milieu adulte », *Criminologie*, vol. 17, n° 2, 1984, p. 25 s. ; A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal : étude de droit français*, op. cit., n° 467, p. 300.

² J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 67.

³ Art. R. 61-9 CPP.

⁴ Art. R. 61-10 CPP.

⁵ Notons qu'en matière de libération conditionnelle des personnes condamnées à une réclusion criminelle à perpétuité, le Conseil constitutionnel a censuré le terme « favorable », supprimant ainsi le droit de veto de la commission, car l'exigence d'un avis favorable aurait constitué un empiètement d'une autorité administrative contraire tant à la séparation des pouvoirs qu'à l'indépendance de l'autorité judiciaire, garanties par l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution : Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 34. Il n'en va toutefois pas de même en matière de mesures de sûreté, l'avis de la commission étant donc contraignant.

751. Avis sur l'opportunité de la mesure de sûreté. Conformément aux normes règlementaires adoptées en la matière, la mission de la commission dépasse la simple évaluation de la dangerosité et du risque de récidive, l'avis rendu concernant également, de manière subséquente, l'opportunité de la mise en place de la mesure de sûreté elle-même. En effet, les textes indiquent que « *la juridiction régionale de la rétention de sûreté statue sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté* »¹ et que « *l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté propos[e] le placement sous surveillance de sûreté ou le renouvellement de cette mesure* »². C'est ainsi que le premier avis rendu par la commission pluridisciplinaire de Paris au sujet de la prolongation des obligations d'une surveillance judiciaire par une surveillance de sûreté a conclu, non seulement à la persistance de la dangerosité et au risque de récidive, mais également à « un avis favorable à la mise en place d'une mesure de surveillance de sûreté sur la personne de X »³. La mission de la CPMS sort donc du cadre strict de l'évaluation de la dangerosité pour jouer également un rôle de filtre, qui devrait être utilisé de manière raisonnable et raisonné en vérifiant notamment si la mesure envisagée est strictement nécessaire pour éviter le risque de récidive⁴. Notons que si, en théorie, le juge n'est pas lié par l'avis rendu, cela est toutefois moins sûr en pratique, d'où l'importance de ce rôle de filtre. La CPMS intervient dans des domaines variés.

752. Intervention en matière de PSEM. En premier lieu, dans le cadre du PSEM, la commission peut être sollicitée par le JAP qui est chargé de mettre en œuvre un examen destiné à évaluer la dangerosité du délinquant et à mesurer le risque de commission d'une nouvelle infraction émanant de lui⁵. Signalons qu'auparavant, cette consultation était obligatoire en souffrant de plusieurs exceptions, mais qu'elle a été rendue facultative par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010⁶. La commission peut être saisie que le PSEM intervienne à titre d'obligation de la surveillance judiciaire⁷ ou du suivi socio-judiciaire⁸.

¹ Art. R. 53-8-44 CPP.

² Art. R. 53-8-45 CPP.

³ CPMS, Avis, 12 févr. 2009. V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.61, p. 734.

⁴ En ce sens, N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques*, op. cit., p. 78.

⁵ Art. 763-10 CPP.

⁶ Il ressortait ainsi de l'article 723-32 CPP, dans sa version originale, que la décision relative au PSEM dans le cadre de la surveillance judiciaire intervenait après avis de la CPMS, ce qui signifiait qu'elle devait obligatoirement être saisie.

⁷ Art. R. 61-35, al. 1 et 2, renvoyant à l'art. 763-10 CPP.

⁸ Art. 763-3, al. 4, renvoyant à l'art. 763-10 CPP.

753. Intervention en matière de surveillance judiciaire. Elle peut également être consultée par le JAP ou le procureur de la République en vue d'obtenir son avis sur la mise en place d'une surveillance judiciaire¹. Si la commission propose un placement sous surveillance judiciaire parce que les conditions d'une rétention de sûreté ne sont pas remplies, elle fait également connaître son avis sur les obligations éventuelles auxquelles peut être astreinte la personne, et notamment son placement sous surveillance électronique mobile².

754. Intervention en matière de surveillance de sûreté. S'agissant du placement sous surveillance de sûreté prolongeant une surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire prononcée à l'encontre d'une personne condamnée à une peine pour laquelle la rétention de sûreté est encourue, le JAP, ou à défaut le procureur de la République, fait procéder à l'expertise médicale et saisit la CPMS si la situation de la personne paraît susceptible de justifier une surveillance de sûreté³. Lorsque la surveillance de sûreté prend le relais d'une rétention de sûreté, la commission doit également se prononcer, puisqu'on peut lire à l'article R. 53-8-44 CPP qu'en toute hypothèse, la JRSS statue sur sa proposition. On voit donc que la saisine de la commission est obligatoire avant tout placement sous surveillance de sûreté⁴, ce qui se justifie à l'évidence par l'exceptionnelle gravité de la mesure qui, à la différence des autres mesures de surveillance, est illimitée dans le temps. Si l'expertise constate la persistance de la dangerosité de la personne et si la commission propose son placement sous surveillance de sûreté, la JRSS est alors saisie six mois avant la fin de la surveillance judiciaire ou du suivi socio-judiciaire⁵. La commission peut d'ailleurs être à nouveau saisie dans le cadre du renouvellement de la mesure⁶, s'agissant alors d'une simple faculté laissée au JAP ou au procureur de la République. Elle rend son avis au vu des éléments figurant dans le dossier individuel de la personne et de l'expertise médicale constatant la persistance de sa dangerosité⁷.

¹ Art. 723-31-1, al. 2 et D. 147-34 CPP. Le dispositif prévoyant également la possibilité d'un placement en CNE, mesures peuvent être ordonnées de manière alternative ou cumulative (art. D. 147-34, al. 2 à 5 CPP), le JAP et le procureur de la République devant s'informer mutuellement du recours à l'une ou plusieurs de ces modalités d'évaluation de la dangerosité et en transmettre les conclusions (art. D. 147-34, al. 6 et 7 CPP).

² Art. R. 53-8-53, al. 3 CPP.

³ Art. R. 53-8-46, al. 2 CPP.

⁴ Cela ressort d'ailleurs de l'article 706-53-15 CPP auquel renvoient l'article 763-8 relatif à la surveillance de sûreté prolongeant un suivi socio-judiciaire, l'article 723-37 concernant la même mesure après une surveillance judiciaire, ainsi que l'article 706-53-19 relatif à la surveillance de sûreté prenant le relais d'une rétention de sûreté.

⁵ Art. R. 53-8-46, al. 3 CPP.

⁶ Art. R. 53-8-51 CPP.

⁷ Art. R. 53-8-45 CPP.

755. Intervention en matière de rétention de sûreté. De la même manière, elle examine obligatoirement la situation des personnes éligibles à une rétention de sûreté prononcée *ab initio*, mentionnées à l'article 706-53-13 CPP, au moins un an avant la date prévue pour leur libération¹. Elle doit alors être saisie au moins dix-huit mois avant la libération des personnes concernées². La personne examinée est, à cette fin, placée, pour une durée d'au moins six semaines, dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité³ assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts. Par la suite, la commission peut alors proposer par un avis motivé, si elle conclut à la particulière dangerosité du condamné, que celui-ci fasse l'objet d'une rétention de sûreté si certaines conditions sont réunies. La rétention de sûreté doit, en effet, constituer l'*ultima ratio* par rapport aux autres mesures de sûreté moins attentatoires aux libertés individuelles pour prévenir la récidive dont la probabilité est très élevée. En outre, la commission doit vérifier que la personne 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. Si ces conditions ne sont pas remplies, la commission dispose de la possibilité, dès lors qu'elle estime que le condamné est tout de même dangereux, de renvoyer le dossier au JAP pour qu'il apprécie l'éventualité d'un placement sous surveillance judiciaire.

On ne manquera de souligner que le parquet, et par ricochet la JRRS, sont en grande partie liés par l'avis de la commission. En effet, ce n'est qu'à la condition qu'elle rende un avis favorable que le procureur général saisira la juridiction, cette saisine ne constituant alors pas une option mais une obligation⁴. Cet avis a donc un poids déterminant dans le prononcé de la rétention de sûreté, d'autant plus qu'il est peu probable que la juridiction décide de ne pas prononcer la mesure alors que la commission aura conclu à une particulière dangerosité de l'intéressé.

Dans le cadre du renouvellement de la rétention de sûreté, la commission doit, à nouveau, être saisie pour avis trois mois avant la fin prévue de la rétention, auquel cas le placement de la personne dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues n'est

¹ Art. 706-53-14 CPP.

² Art. R. 53-8-53 CPP.

³ V. *supra*, n° 746.

⁴ Art. R. 53-8-53, al. 2 CPP. Selon ce texte, « Si la commission donne un avis favorable à un placement sous rétention de sûreté, la juridiction régionale de la rétention de sûreté est saisie par le procureur général ».

toutefois pas requis¹. Saisie par le procureur général près la cour d'appel, elle donne alors son avis, soit sur le renouvellement de la rétention de sûreté ou sur sa mainlevée, soit sur le placement de la personne sous surveillance de sûreté, avec ou sans PSEM². En tout état de cause, le renouvellement ne peut intervenir qu'après avis favorable de la CPMS³.

En ce qui concerne, en dernier lieu⁴, le placement en rétention de sûreté en raison d'une méconnaissance des obligations résultant de la surveillance de sûreté, l'avis favorable de la commission constitue une condition *sine qua non* de la confirmation du placement provisoire par la JRRS⁵. Cette confirmation doit intervenir dans un délai maximal de trois mois après le placement en urgence, à défaut de quoi il sera mis fin d'office à la mesure.

En dépit de son rôle prépondérant, la CPMS constitue une institution controversée.

b. Une institution controversée

756. Doutes sur sa pertinence. L'instauration d'instances chargées de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité est certainement louable. Face à l'évaluation d'une notion protéiforme et multifactorielle, floue et variable⁶, un échange entre des professionnels d'horizons différents semble en effet la seule approche concevable. On peut néanmoins se demander comment le législateur peut leur confier la difficile mission d'évaluer une dangerosité sans même avoir pris le soin d'en définir précisément les contours au préalable. Comme le soulève un auteur, « n'a-t-on pas oublié de donner à la commission la boussole lui permettant d'arriver à bon port, expliquant ainsi une traversée des eaux de la dangerosité pour le moins périlleuse »⁷ ? On peut, par conséquent, s'interroger sur la pertinence intrinsèque de cette institution⁸ qui, selon le professeur Herzog-Evans, « n'a, hélas, nulle compétence en la matière »⁹.

¹ Art. R. 53-8-54 CPP.

² Art. R. 53-8-54 CPP.

³ Art. 706-53-16, al. 2 CPP.

⁴ On pourrait ajouter que la commission intervient en matière de libération conditionnelle, dès lors que la personne qui sollicite cette mesure de faveur a été condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité ou à une peine privative de liberté égale ou supérieure soit à quinze ans pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, soit à dix ans pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13 (v. art. 730-2 et D. 527-1 CPP). Il convient toutefois de soulever l'incohérence consistant à faire intervenir une commission expressément dénommée « *des mesures de sûreté* » dans un domaine autre que ces dernières.

⁵ Art. 706-53-19, al. 3 CPP.

⁶ V. *supra*, n° 685 et 686.

⁷ N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques, op. cit.*, p. 13.

⁸ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, n° 532.62, p. 734.

⁹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, n° 511.31, p. 662.

Il a également pu être avancé que l'intervention de cette commission, qui fait double emploi avec le Centre National d'Évaluation – celui-ci étant qualifié d' « excellent organisme » dont le rapport rendu, au regret de l'auteur, est mis à l'écart par l'avis de la commission figurant seul au dossier – serait « largement superfétatoire »¹. Partant, l'articulation des domaines de compétence respectifs du CNE et de la CPMS, ainsi que l'autorité des rapports d'évaluation du premier par rapport aux avis rendus par la seconde mériteraient d'être clarifiées par le législateur. Celui-ci pourrait notamment songer à généraliser le recours au CNE en matière d'évaluation de la dangerosité aux fins d'un prononcé d'une mesure de sûreté², la qualité du travail de cet organisme ayant à plusieurs reprises été saluée³. Pour que ceci soit matériellement envisageable, il faudrait bien évidemment multiplier les centres d'évaluation et augmenter les moyens à disposition. De cette manière, l'avis de la CPMS pourrait s'appuyer systématiquement sur le rapport rendu par le centre d'évaluation et gagnerait en fiabilité, une certitude absolue en matière d'évaluation de la dangerosité demeurant par essence utopique.

757. Doutes sur sa prétendue pluridisciplinarité. La composition de la CPMS⁴ peut soulever des doutes puisqu'à l'exception des psychiatres et psychologues, elle comprend des personnes sans compétence scientifique établie en matière de pronostic de dangerosité⁵. Une expertise n'aurait-elle dès lors pas été suffisante, voire plus adéquate ? La commission doit se prononcer sur la dangerosité criminologique du délinquant sans même comprendre de criminologues, à défaut de la reconnaissance de cette profession en France. Elle fait d'ailleurs double emploi avec la juridiction elle-même, par la présence d'un magistrat en son sein. En réalité, plutôt que multidisciplinaire, la commission est avant tout représentative de la sécurité publique, en ce qu'elle comporte un président de chambre à la cour d'appel dans le ressort de laquelle elle siège, un préfet de région, un directeur interrégional des services pénitentiaires, ainsi qu'un représentant d'une association nationale d'aide aux victimes. En défense à la

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 532.61, p. 734 ; n° 532.62, p. 734.

² En ce sens, v. J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 47.

³ V. *supra*, n° 747.

⁴ Sur sa composition exacte, v. l'art. R. 61-8 CPP ; Décret n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007 *modifiant le Code de procédure pénale* (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État) et relatif au PSEM, *J.O.* n° 178 du 3 août 2007, p. 13052 ; modifié par deux décrets : Décret n° 2008-150 du 19 févr. 2008 *modifiant le Code de procédure pénale et le Code général des collectivités territoriales* (deuxième partie : Décrets en Conseil d'État), *J.O.* n° 0044 du 21 févr. 2008, p. 3083 ; Décret n° 2008-1129 du 4 nov. 2008 *relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté*, *J.O.* n° 0258 du 5 nov. 2008, p. 16867.

⁵ Un auteur souligne à cet égard que ces commissions « ne peuvent être reconnues comme experts au sens des articles 157 et suivants du code de procédure pénale » : M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, op. cit., p. 66.

personne examinée, on y trouve seulement un avocat membre du conseil de l'ordre¹. Il est à craindre, par conséquent, que « se profile un risque de délaissement de l'évaluation de la dangerosité du condamné au profit d'une défense d'intérêts »², avec globalement un penchant sécuritaire de l'institution³. En tout cas, il est vraisemblable que le principe de précaution prévale en présence d'infractions d'une particulière gravité⁴.

Néanmoins, malgré sa composition à prédominance sécuritaire, on constate que la commission ne rend pas exclusivement des avis favorables sur la dangerosité, même si c'est majoritairement le cas⁵. Il serait concevable d'intégrer un représentant d'une association de détenus, en contrepoids à celui de l'association d'aide aux victimes⁶, ainsi que des membres du Service pénitentiaire d'insertion et de probation.

En tout état de cause, toutes les personnes qui composent la commission n'ont aucune compétence criminologique et en ce qui concerne le psychiatre et le psychologue, on a vu qu'ils ne sauraient, eux non plus, prédire de manière fiable la propension du sujet à récidiver⁷. Partant, sa compétence criminologique devrait être renforcée⁸.

758. Risque d'une soumission de la justice à l'avis d'une commission administrative.

Une autre interrogation résulte du fait que l'avis de la commission rendu à propos de la mise en place d'une mesure de sûreté et qui retient la dangerosité du sujet aura nécessairement une influence considérable sur la juridiction amenée à statuer, qui ne pourra que difficilement passer outre cet avis et sera, *de facto*, liée par lui. Bien que n'ayant qu'une valeur consultative concernant les mesures de sûreté non privatives de liberté, ne s'imposant aux juridictions qu'en matière de rétention de sûreté, l'avis de la commission sera en pratique déterminante pour la décision finale⁹. La liberté dont dispose le magistrat pour apprécier l'opinion donnée

¹ Art. R. 61-8 CPP, modifié par le décret n° 2008-1129 du 4 nov. 2008.

² N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques, op. cit.*, p. 18.

³ De telles craintes sont toutefois à relativiser, comme le démontre l'analyse empirique réalisée par N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques, op. cit.*, p. 28 s.

⁴ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, n° 532.75, p. 738.

⁵ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, n° 532.75, p. 738.

⁶ En ce sens, N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques, op. cit.*, p. 20.

⁷ V. à ce propos les développements de M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, n° 532.63, p. 735.

⁸ En ce sens, v. not. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, n° 532.63, p. 735 ; A. Morice et N. d'Hervé, *Justice de sûreté et gestion des risques. Approche pratique et réflexive*, L'Harmattan, 2010, p. 32 s.

⁹ En effet, « lorsque la Commission *ad hoc* aura retenu une probabilité très élevée de récidive, on voit mal comment le juge pourra appliquer la présomption d'innocence. Et comment la défense pourra établir la preuve contraire et démontrer *a posteriori* que le condamné n'était pas dangereux au moment de la décision et que la

par la commission est donc purement théorique, à moins de désavouer directement la compétence spécifique de cette dernière. Lorsque la commission aura conclu à la dangerosité de l'auteur et aura prononcé un avis favorable à l'application d'une mesure de sûreté, il semble presque inconcevable que la juridiction s'en affranchisse et renonce à prononcer la mesure en cause, au risque de se voir imputer une éventuelle récidive. Cela revient donc à « donner un poids déterminant » à la commission pluridisciplinaire et « à renforcer encore sa nature de quasi juridiction »¹, avec le risque que le juge ne devienne un simple « homologateur »². Monsieur Danet estime même que « la juridiction pourrait bien abdiquer aux experts la réalité de la décision d'interner et les garanties processuelles n'être que de pure façade. Le calcul de probabilités pourrait bien prendre le pas sur la justice »³.

Une telle critique doit toutefois être nuancée, dans la mesure où l'on imagine mal comment le juge pourrait se passer de l'évaluation de la dangerosité par des experts et des organismes spécialement dédiés à cette tâche, alors que cette dangerosité conditionne l'application des mesures de sûreté et que le juge n'est certainement pas mieux placé pour l'évaluer seul.

Il est d'autant plus étonnant de constater que la JRSS s'est affranchie à deux reprises, de manière *contra legem*, de l'avis défavorable de la CPMS quant à la perspective d'un placement en rétention de sûreté consécutivement à la violation des obligations d'une surveillance de sûreté⁴. Il conviendrait donc, avant tout, d'encadrer plus précisément la complémentarité entre les « spécialistes » – dont l'intervention est indispensable – et la justice tout en redéfinissant la composition et, partant, la légitimité de la CPMS.

759. Interrogations et perspectives. On peut enfin s'interroger sur la pertinence, devant une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité, de maintenir la distinction entre dangerosité criminologique et psychiatrique qui peut sembler, à certains égards, obsolète et non opérationnelle. Il convient, malgré tout, de la maintenir, notamment pour faire le départ pratique entre les mesures de sûreté applicables aux personnes malades mentalement et celles

mesure n'était pas "l'unique moyen" de prévention ? D'où cette situation inédite d'une décision de justice qui exclut toute possibilité d'erreur judiciaire, donc toute possibilité de réparation pour la personne injustement détenue, alors même que sa détention peut être perpétuelle » (M. Delmas-Marty, « Sécurité et dangerosité », *art. cit.*, p. 1096 s. V. aussi M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 31).

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 532.77, p. 738.

² N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques*, *op. cit.*, p. 78 s.

³ J. Danet, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *art. cit.*, p. 10.

⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, *préc.*, n° 10.

visant les personnes responsables. Il importe, à ce titre, que la pluridisciplinarité soit pleinement exploitée dans la pratique, l'évaluation de la dangerosité criminologique ne devant pas être principalement l'œuvre des experts psychologues et psychiatres siégeant au sein de la commission. Notons, enfin, que l'évaluation doit être réelle et active en toutes circonstances, en ce sens que la dangerosité ne devrait pas être présumée même en présence de certains cas de criminalité particulièrement « lourds », par référence à une dangerosité « patente » ou « intrinsèque »¹.

Le rapport annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 indiquait que le législateur souhaite parvenir à une évaluation plus aboutie de la dangerosité des condamnés², en passant notamment par un développement d'une discipline encore peu connue en France : la criminologie. Cette piste mérite, selon nous, d'être exploitée.

760. Conclusion de la Section 1. En définitive, la notion de dangerosité constitue le critère central des mesures de sûreté, sans faire pour l'instant l'objet d'une définition légale. Si une telle lacune législative peut s'expliquer par le caractère flou et évolutif de la notion, elle n'en demeure pas moins problématique, dans la mesure où la dangerosité peut justifier l'intervention de mesures particulièrement contraignantes. D'où la nécessité d'élaborer un système ordonné régissant le droit des mesures de sûreté, comprenant une définition rigoureuse de la dangerosité ainsi que la réglementation de procédés d'évaluation pluridisciplinaire pertinents.

Selon nous, la dangerosité doit être comprise comme la forte probabilité, révélée par la perpétration d'un ou plusieurs actes prohibés par la loi pénale par une personne responsable ou non, de la commission d'une nouvelle infraction d'une certaine gravité. Elle correspond à un état présent susceptible d'évoluer dans le temps. Lorsque cette dangerosité est principalement liée à un trouble mental, appelée dangerosité psychiatrique, la personne est susceptible de faire l'objet des mesures de sûreté spécialement prévues pour les personnes pénalement irresponsables ou semi-responsables ; lorsqu'elle résulte d'une propension criminelle, appelée dangerosité criminologique, la personne pourra faire l'objet des mesures de sûreté spécialement prévues à cet effet³.

¹ La pratique démontre pourtant parfois le contraire : v. N. d'Hervé, *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques, op. cit.*, p. 67.

² V. le *Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, préc.* Sur la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, v. É. Garçon et V. Peltier, « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *art cit.*

³ Un renvoi sera opéré aux dispositions légales prévoyant les mesures en question.

Sur la base de cette définition, devra être déterminé un régime rigoureux encadrant son évaluation. Or, l'évaluation de la dangerosité est une entreprise qui peut s'avérer complexe et dont beaucoup d'auteurs critiquent la fiabilité. En effet, elle ne relève pas d'une science exacte et « bien sûr, les spécialistes ne peuvent pronostiquer la certitude d'une rechute »¹. En revanche, il est possible d'affirmer qu' « aujourd'hui, on peut pronostiquer les risques de dangerosité »², correspondant à une haute probabilité, laquelle permet de justifier une mesure de nature à protéger la société, voire le délinquant lui-même. Enfin, « il faut seulement que les critères de dangerosité soient bons, que les expertises puissent être répétées dans un intervalle réduit et que la défense puisse les discuter »³.

La dangerosité psychiatrique doit continuer de relever de la compétence d'experts psychiatres, tandis que la dangerosité criminologique devra être soumise à une évaluation pluridisciplinaire sur la base de critères multiples, alliant les différents facteurs favorisant la probabilité d'un passage à un nouvel acte. Le fonctionnement et le domaine d'intervention des organismes spécialement prévus à cet effet mériteraient d'être développés et clarifiés, en améliorant notamment leur pluridisciplinarité pour mettre l'accent sur le volet criminologique.

Si les mesures de sûreté, par leur fonction préventive, sont donc tournées vers l'avenir et fondées sur la dangerosité future redoutée, une telle intervention préventive de la réponse pénale ne saurait être justifiée que par la référence à des conditions objectives liées à l'extériorisation de la dangerosité.

¹ J. Pradel, « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité sexuelle ou violente », *art. cit.*, p. 48.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

Section 2 :

Les conditions objectives des mesures de sûreté liées à l'extériorisation de la dangerosité

761. Intervention *post delictum* des mesures de sûreté. Le critère de l'état dangereux n'étant, à lui seul, pas suffisant pour justifier l'intervention de mesures aussi attentatoires aux libertés individuelles, les mesures de sûreté se trouvent encadrées par des conditions formelles ou objectives, qui sont autant de remparts contre l'arbitraire. De manière purement théorique, la mesure de sûreté a pu être définie par un auteur comme « une mesure qui est totalement détachée de toute infraction ou faute initiale et se fonde uniquement sur la dangerosité ou le risque social présenté par un individu. À ce titre, serait une mesure de sûreté celle qui viendrait imposer des contraintes ou privations à des individus dont le profil psychiatrique ou social ferait craindre pour l'avenir, à défaut de tout acte répréhensible antérieur, qu'ils pourraient présenter un risque pour la société »¹. Pourtant, la réalité des mesures de sûreté est toute autre, le législateur ayant compris que les mesures réellement *ante delictum* seraient inconciliables avec les principes fondamentaux protecteurs de l'individu. Si la logique interne de la mesure de sûreté voudrait qu'elle s'applique « dès les premières manifestations de l'état dangereux qui motive son intervention »², les textes s'efforcent donc la plupart du temps d'exiger la commission préalable d'une infraction, révélatrice de la dangerosité de l'individu.

De surcroît, une répétition des actes délictueux par l'auteur sera parfois requise pour servir de base formelle à l'application des mesures de sûreté, celles-ci concernant classiquement des délinquants avec un certain passé pénal. Le nombre et la nature des infractions commises servent donc d'« indices légaux »³ permettant d'apprécier l'état dangereux de l'auteur – qui reste, quant à lui, incontestablement le critère fondamental des mesures de sûreté⁴. Ces conditions objectives mettent en évidence le lien étroit que présentent les mesures de sûreté avec la récidive ou, plus largement, le renouvellement des actes répréhensibles⁵. D'une part, ce renouvellement constitue l'objet des mesures de sûreté qu'il s'agit d'empêcher, les mesures ne pouvant intervenir qu'après la commission préalable d'un acte prohibé par la loi pénale (§ 1). D'autre part, ce renouvellement est parfois une condition

¹ M. Herzog-Evans, « Droit de l'exécution des peines », *op. cit.*, n° 512.52, p. 671.

² R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 660, p. 831.

³ R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, *op. cit.*, n° 891, p. 785.

⁴ V. *supra*, n° 679 s.

⁵ Si la nature de l'infraction commise tout comme le passé pénal d'un délinquant apparaissent déterminants pour déclencher l'intervention des mesures de sûreté, c'est que la lutte contre la récidive est souvent présentée comme une priorité de la lutte contre la délinquance : v. P. Mbanzoulou, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *art. cit.*, p. 171 s.

requis pour le prononcé d'une mesure de sûreté, lorsque celle-ci repose sur l'existence d'un passé pénal révélateur d'un « penchant » criminel (§ 2).

§ 1 : La commission préalable d'un acte prohibé par la loi pénale

762. Réponse pénale préventive. La mesure de sûreté est généralement subordonnée à la commission préalable d'un acte pénalement répréhensible ayant révélé la dangerosité de son auteur. Elle constitue une réponse à cet acte, intervenant dans un but préventif. Si les termes de « réponse » et de « prévention » peuvent paraître, de prime abord, antagoniques, leur association permet en réalité d'exprimer toute la spécificité de la mesure de sûreté : il s'agit d'une réponse pénale, en ce sens qu'elle répond à un acte commis, mais qui est préventive, car orientée exclusivement vers l'avenir. On peut dire que la mesure de sûreté ressortit au domaine de la « prévention adossée aux infractions »¹. Elle a ainsi été qualifiée par le professeur Mayaud de « technique de prévention ouverte sur les risques de renouvellement inhérents à toute infraction, quel que soit le résultat des poursuites qu'elle a pu générer, en termes de responsabilité ou de condamnation »². Il ressort de cette définition que la mesure intervient en réponse à une infraction, ce qui est globalement exact. Or, il en ressort également que le résultat des poursuites est indifférent, ce qui n'est que partiellement vrai. Souvent le dispositif régissant telle ou telle mesure exige, en effet, une condamnation à une peine d'une certaine gravité. Mais il faut convenir du fait que ce n'est pas la responsabilité pénale en elle-même qui conditionne la mesure de sûreté, celle-ci étant fondée sur la dangerosité et ayant également vocation à s'appliquer aux personnes privées de discernement. C'est ainsi que son application doit obligatoirement être déclenchée par la commission d'un acte punissable – une infraction constituée dans tous ses éléments par le délinquant responsable (A) et un acte objectivement répréhensible par l'auteur irresponsable (B).

¹ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

² *Ibid.*

A. La commission d'une infraction par le délinquant responsable

763. Si la commission d'une infraction par le délinquant responsable est, en principe, une condition indispensable à l'application des mesures de sûreté (1), il ne s'agit que d'une condition secondaire (2).

1. Une condition indispensable

764. Un acte répréhensible comme élément déclencheur de la mesure de sûreté. La mesure de sûreté est une sanction pénale appliquée par la juridiction pénale à la suite d'une infraction, sans pour autant posséder le caractère répressif qui est propre aux peines. En effet, « le seul lien entre la surveillance ou l'enfermement et l'infraction pénale [tient] au fait qu'une peine a été précédemment prononcée et exécutée pour un acte faisant partie d'une liste d'infractions, qui, selon le législateur, laisseraient présumer la dangerosité de leurs auteurs »¹. Il est d'ailleurs intéressant de citer la définition proposée par le *Vocabulaire juridique* Cornu du terme « infraction » qui est décrit comme un comportement prohibé par la loi et passible selon sa gravité d'une peine principale « éventuellement assortie de peines complémentaires ou accessoires ou de mesures de sûreté »². Ainsi, l'infraction ne sert pas de base substantielle à la mesure de sûreté, mais uniquement de symptôme révélateur ou indice de la dangerosité. Il convient donc de souligner que la mesure de sûreté est certes prononcée à la suite d'une infraction, mais aucunement *en raison* de celle-ci.

L'infraction commise étant un préalable nécessaire à l'application d'une mesure de sûreté, elle lui sert de cadre formel³. C'est que le recours à des mesures de contrainte sur le seul critère d'une dangerosité arbitrairement déterminée n'est pas concevable et serait contraire aux principes régnant dans un État de droit. Il est en effet impossible, en droit pénal

¹ G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s. V. aussi M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 44.

² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Infraction », p. 546.

³ La Cour constitutionnelle fédérale avait affirmé en ce sens que les actes commis, d'une certaine gravité, constituaient l'indice nécessaire permettant à l'État de vérifier la dangerosité de ses citoyens, et de fonder ensuite sur les résultats de cet examen une privation de liberté à long terme, indépendante de la culpabilité ; une extension au-delà ne serait, chez les personnes en bonne santé psychique, pas conciliable avec le principe de proportionnalité ; l'infraction concrète constitue donc, d'un point de vue constitutionnel, une condition indispensable qui confère à la privation de liberté un fondement légitime et, dans le même temps, une limite : BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190 (220, 254), *préc.* En ce sens, également, S. Braum, « Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate? - Wegsperrern ohne tragfähige Legitimation », *art. cit.*, p. 105 s. V. déjà F. Exner, « Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz vom 24. November 1933 », *art. cit.*, p. 629 s.

français ou allemand, de réprimer un simple état d'esprit non extériorisé par une activité matérielle, ni un comportement déviant non défendu par la loi, fussent-ils dangereux. Un état dangereux ne saurait donc justifier, à lui-même, le recours à une sanction pénale, mais doit nécessairement se manifester par un ou plusieurs actes prohibés. Ces activités matérielles permettront ainsi de démontrer la dangerosité de l'auteur et légitimeront, par voie de conséquence, l'intervention des mesures de sûreté. Notons, à ce titre, que les comportements considérés comme « déviants » à un moment donné dans une société donnée, sont, la plupart du temps, incriminés, ce qui ne laisse pas de réelle marge aux écarts à la « normalité ». Et, à l'inverse, de nombreux actes considérés autrefois comme déviants mais qui ne le sont plus aujourd'hui ont, depuis, été dépénalisés – à l'instar de l'homosexualité, l'adultère ou l'interruption volontaire de grossesse. Aussi, rappelons qu' « aux yeux de Gramatica, l'infraction était un moyen de saisir l'antisocialité du sujet, afin de lui appliquer des mesures de défense sociale préventives, curatives, éducatives, sans qu'un procès de responsabilité soit nécessaire »¹. Or, cela n'est pas la solution retenue par notre droit positif, à quelques rares exceptions près². Certains auteurs avaient d'ailleurs saisi, il y a un siècle déjà, en raison de la relativité de la notion de dangerosité, l'importance symptomatique de l'acte incriminé pour juger de l'opportunité d'appliquer une mesure de sûreté³. Comme le soulignait en ce sens le professeur Émile Garçon, « l'individu "en état dangereux" ne peut être privé des garanties de la liberté individuelle. 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 »⁴.

765. Un acte d'une certaine gravité. Il ne suffit, en outre, pas d'un acte quelconque, l'infraction devant présenter certaines caractéristiques pour justifier le recours aux mesures de sûreté. D'une part, il doit s'agir d'un acte symptomatique, révélateur de la dangerosité de son auteur. Pour satisfaire à cette condition, il faut que chaque mesure soit encadrée par des limites légales précises, mentionnant la nature des infractions susceptibles d'y donner lieu. Il

¹ C. Barberger, « Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de code pénal et dans le code de procédure pénale », *art. cit.*, p. 38.

² V. les mesures applicables sur décision du juge d'instruction ou du procureur de la République à l'encontre des personnes toxicodépendantes : *supra*, n° 272 et 273.

³ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 12.

⁴ 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., cit. p. 202. V. aussi les Actes du troisième Congrès national de Droit pénal (Rennes, 1910), *Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal*, p. 972.

s'agit souvent d'infractions de nature violente ou sexuelle, à même de témoigner de la dangerosité de l'auteur. D'autre part, il faut que l'acte soit d'une certaine gravité, donnant lieu à une condamnation pénale d'un *quantum* déterminé. Cela suppose, en principe, que le texte légal fixe le seuil de gravité à travers la référence à la peine maximale – ou, en droit allemand, minimale – encourue pour l'infraction, et, cumulativement ou alternativement, à la peine effectivement prononcée. Ce sont donc à la fois la nature et l'intensité de l'acte commis qui permettent de réserver les mesures de sûreté aux délinquants commettant les infractions les plus graves, ou, à défaut, d'établir une adéquation entre l'acte commis et la mesure envisagée.

À titre d'illustration, la mesure la plus grave qui existe dans l'arsenal pénal – la rétention de sûreté – est réservée, en France, aux formes les plus graves d'infractions contre la vie ou l'intégrité physique¹, donnant lieu à une condamnation à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans. Le Conseil constitutionnel, lors de l'examen de proportionnalité de la rétention de sûreté, s'est ainsi référé, entre autres, à « *l'extrême gravité des crimes visés* » et à « *l'importance de la peine prononcée par la cour d'assises* »². Si le même champ d'application vaut pour la surveillance de sûreté – mesure de surveillance la plus sévère en ce qu'elle revêt une durée indéterminée – la surveillance judiciaire, au contraire, ne suppose qu'une condamnation à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru (un certain nombre d'infractions sexuelles et violentes³), ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale⁴.

En définitive, la gravité des infractions est à la fois inscrite dans la qualification elle-même et confirmée, dans les faits, au regard de la peine prononcée, ce « contexte infractionnel fix[ant] le cadre objectif de la mesure »⁵. En d'autres termes, « plus la mesure est légère, plus elle peut s'appliquer à un grand nombre d'infractions »⁶.

766. Délimitation légale du domaine d'intervention des mesures de sûreté. Cette condition objective, servant de base à la prédiction d'un comportement futur, permet aux

¹ L'art. 706-53-13 énumère une liste exhaustive d'infractions : v. *supra*, n° 287 et 292.

² Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*, cons. 15.

³ V. *supra*, n° 379.

⁴ Art. 723-29 CPP.

⁵ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s. V. aussi, en ce sens, F. Rousseau, « Dangerosité et sanctions pénales », *art. cit.*, p. 276.

⁶ J. Pradel, « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité sexuelle ou violente », *art. cit.*, p. 46.

mesures de sûreté de respecter le principe de légalité¹, en apparence en tout cas. Celui-ci ne prescrit certes pas expressément que toute sanction pénale repose sur une infraction ; il est, en revanche, indispensable que chaque mesure repose au moins sur une disposition légale expresse. Or, celle-ci doit encore être suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant du principe de légalité, afin de permettre aux justiciables de savoir, à l'avance, quels comportements pourront les exposer à une mesure. Le véritable fondement des mesures de sûreté étant la dangerosité – notion floue et subjective² – il est nécessaire que celle-ci soit encadrée par des critères formels.

Comme le rappelle le professeur Bouloc, il apparaît donc nécessaire « que le législateur définisse les éléments fondamentaux de l'état dangereux »³, pour éviter tout arbitraire. S'agissant de l'élément matériel, « la conviction qu'une infraction future est très probable doit reposer sur des faits antérieurs précis et contrôlables sur lesquels s'échafaudent ensuite le raisonnement et les prévisions, et dont le juge puisse faire état dans sa décision »⁴. En revanche, il n'est pas nécessaire, selon l'auteur, de prévoir un élément moral, puisque la réaction sociale ne repose pas sur la responsabilité de la personne.

C'est ainsi que le législateur français a recours soit à des incriminations autonomes de l'état dangereux qui peuvent donner lieu à une peine – comme en témoignent les différentes infractions obstacles ou formelles qui se situent parfois très en amont d'un dommage effectif⁵ –, soit il détermine le champ d'application d'une mesure de sûreté par renvoi à un certain nombre d'infractions qui servent d'indice de la dangerosité, permettant l'application d'une mesure de sûreté en plus de la peine. Il est, en revanche, extrêmement rare que les mesures de sûreté puissent s'appuyer sur un état dangereux pré-délictuel, auquel cas le législateur prend à tout le moins le soin « d'incriminer de façon claire l'état dangereux qui permet de les prononcer »⁶. Il en va ainsi de certaines mesures de sûreté curatives, en matière de lutte contre la toxicomanie ou contre l'alcoolisme dangereux pour autrui⁷.

¹ V. *supra*, n° 632 s.

² V. *supra*, n° 685 s.

³ B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 132, p. 129.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. *supra*, n° 546.

⁶ *Ibid.*, n° 132, p. 130.

⁷ V. respectivement les lois du 31 déc. 1970 sur la lutte contre la toxicomanie (art. L. 3411-1 et L. 3421-1 s. CSP) et du 15 avr. 1954 concernant les alcooliques dangereux pour autrui (art. L. 3311-1 s. CSP). V. plus en détail, *supra*, n° 264 s.

Il arrive également qu'une mesure repose sur un acte minime¹ – ainsi, une contravention de 5^e classe permet aux juridictions pour mineurs de prononcer les diverses mesures prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 – auquel cas la réponse pénale peut paraître disproportionnée dans le fond. Il convient, par conséquent, de veiller à ce que la proportionnalité soit préservée par une certaine adéquation entre la gravité de la mesure abstraitement prévue par la loi et les actes pouvant y donner lieu. Le législateur doit, à cet effet, prévoir des infractions constituant un indice suffisamment fiable pour un pronostic de dangerosité.

Il n'en demeure pas moins que l'infraction commise n'est qu'une condition secondaire à l'application des mesures de sûreté.

2. Une condition secondaire

767. Critère secondaire révélateur de la dangerosité. S'il est indéniable qu'une mesure de sûreté ne saurait, en principe, intervenir *ante delictum* – puisqu'il s'agit d'une « technique d'adossement à l'infraction, afin d'en prévenir le renouvellement »² – il faut cependant bien se garder de penser que cette infraction représente le critère déterminant de ces mesures³. C'est, en effet, essentiellement pour apprécier le degré de dangerosité de l'individu que l'on se réfère à l'infraction perpétrée, en projetant sur l'avenir la reproduction des actes passés. Il s'agit alors d'une sorte de présomption d'incorrigibilité, ne laissant que peu de crédit à la personne désignée, à travers ses actes commis, comme dangereuse. Les théories doctrinales anciennes – et très controversées – reposant sur le postulat d'un déterminisme criminel ne sont finalement pas si éloignées de notre droit actuel.

Malgré l'encadrement objectif des mesures de sûreté et leur soumission au principe de légalité, on peut donc dire que « les critères d'anticipation sur le devenir des délinquants sont très aléatoires »⁴. Leur dangerosité étant difficilement évaluable à l'état pur, et une évaluation purement subjective étant périlleuse pour les libertés individuelles, on tend plutôt à une

¹ Certains auteurs parlent également d' « infraction bénigne » permettant d'appliquer des mesures de sûreté souvent très importantes. V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, op. cit.*, n° 660, p. 831.

² Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

³ Bien que certains auteurs semblent penser le contraire : le professeur Mayaud affirme ainsi que « l'infraction tient lieu de référence première » à ces mesures : Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

⁴ J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 91.

« neutralisation indifférenciée »¹ applicable à tous les délinquants en fonction de la gravité matérielle des actes commis.

768. Lien de causalité indirect entre l'infraction commise et la mesure de sûreté encourue. Pour que la mesure de sûreté prévue par la loi puisse objectivement reposer sur l'infraction commise, encore faut-il établir un lien de causalité véritable entre les deux. Or ce lien semble, en réalité, souvent assez ténu². Comme le soulève un auteur, « avec la rétention de sûreté, presque tous les liens entre la privation de liberté et le fait criminel sont rompus si ce n'est un rapport de causalité indirecte : le fait criminel crée la situation qui peut amener à décider une rétention de sûreté, mais ce sera à partir d'un seul critère : la dangerosité, définie comme la probabilité très élevée de récidive »³. Il est vrai que « la loi n'établit pas de lien direct entre l'acte commis et la rétention de sûreté... et pour cause ! Celui-ci a déjà été sanctionné d'une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à 15 ans »⁴. Le fait que la juridiction de jugement doive expressément prévoir la possibilité d'appliquer la rétention de sûreté ultérieurement à la peine n'établit donc qu'un simple lien formel et non substantiel entre l'infraction donnant lieu à condamnation et la mesure appliquée dans une logique préventive.

Le lien semble même disparaître lorsque l'internement de sûreté du droit allemand est prononcé *a posteriori*, puisque dans ce cas, il n'est pas ordonné lors du jugement de condamnation qui constitue la réponse à l'acte commis. Il est, au contraire, fondé uniquement sur la dangerosité apparue pendant l'exécution de la peine ou l'internement en hôpital psychiatrique, donc ultérieurement à la commission de l'infraction. Si les autres variantes de la mesure s'appuient sur l'acte commis pour en déduire la dangerosité de l'auteur, celle-ci semble se fonder sur une dangerosité devenue autonome. La procédure de sûreté (*Sicherungsverfahren*) qui s'ouvre alors est indépendante du procès initial, lequel est déjà clos, et on ne saurait réellement parler d'une réouverture de la procédure pour découverte de faits nouveaux, car cette dernière hypothèse concerne des circonstances relatives à la commission de l'infraction. Il s'agit donc, en définitive, de juger la dangerosité de manière

¹ Expression empruntée à J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 91.

² Un auteur estime même que « le lien de causalité entre l'infraction précédemment commise et la mesure appliquée est trop distendu pour avoir une quelconque valeur », les réponses à la dangerosité étant de ce fait de véritables « mesures répressives infligées *ante delictum* » : J. Alix, « Une liaison dangereuse – Dangerosité et droit pénal en France », in : G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 49 s., cit. p. 67.

³ J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*, n° 99.

⁴ F. Fiechter-Boulvard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *art. cit.*, p. 268.

entièrement autonome en s'affranchissant des conditions objectives. La commission préalable d'une infraction n'est alors invoquée que de manière accessoire et ne saurait permettre d'établir un lien réel entre la mesure prononcée et l'acte commis. Cette absence invoquée de conditions objectives pour ce type de mesure s'avère dangereuse pour les libertés individuelles car ces conditions servent de contrepoids aux conditions subjectives qui sont plus floues et dont la preuve demeure incertaine. On n'est pas loin ici de franchir le dernier pas qui consisterait à appliquer une mesure de sûreté à une personne innocente en raison d'un comportement jugé dangereux, voire simplement déviant.

Ces considérations ont d'ailleurs pesé parmi les facteurs ayant amené la Cour européenne à censurer cette mesure qui constituait une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux du condamné, avant tout en raison de la violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et du caractère arbitraire de la détention¹. Si la possibilité du prononcé *a posteriori* de la mesure a, depuis, été en grande partie bannie du droit allemand, la rétention de sûreté française applicable consécutivement à une méconnaissance de la surveillance de sûreté soulève les mêmes craintes² – la rupture du lien avec l'infraction étant évidente.

769. Indépendance entre l'infraction commise et la mesure de sûreté prononcée. Si la perpétration d'une infraction est une condition indispensable pour pouvoir prononcer une mesure de sûreté, elle n'est en aucun cas la condition déterminante, puisque la mesure de sûreté est, avant tout, orientée vers l'avenir et fondée sur la dangerosité de la personne. La condition d'un acte punissable est donc reléguée au second rang et ne confère pas à la mesure de sûreté un caractère répressif. Il n'y a, en principe, aucune adéquation entre l'acte initial et la détermination judiciaire de la mesure, entièrement détachée de la responsabilité pénale. La mesure concrètement prononcée n'est, par conséquent, pas proportionnelle à la culpabilité du délinquant, mais à sa dangerosité. Elle peut, le cas échéant, même dépasser la durée de la

¹ V. la jurisprudence de la CEDH : *supra*, n° 96 et 532 s.

² Notons que le projet de loi instaurant la rétention de sûreté avait initialement prévu la possibilité, dans son article 12 (II), d'appliquer la mesure sans qu'une telle mention ne figure dans la condamnation, aux criminels les plus dangereux (personnes ayant fait l'objet soit de plusieurs condamnations pour les crimes mentionnés à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale dont la dernière à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à quinze ans, soit d'une condamnation unique à une telle peine pour plusieurs de ces crimes commis sur des victimes différentes) – le lien avec la condamnation résultant alors de la répétition des faits qui est un « indice objectif de dangerosité et de risque de récidive, qui découle effectivement des condamnations puisque celles-ci ont bien déclaré la personne coupable à plusieurs reprises ». Le lien ainsi induit a cependant été jugé trop implicite et la disposition a donc été écartée. V. J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 40.

peine prononcée en parallèle, si la dangerosité révélée par l'infraction est plus importante que la responsabilité pénale découlant de celle-ci¹.

En dépit de la corrélation existant, en législation, entre la gravité de l'acte commis et le type de mesure de sûreté applicable – le législateur fixant de cette manière un seuil d'intervention objectif aux mesures selon leur sévérité – l'intensité de la mesure prononcée ne correspond pas à la culpabilité résultant de l'acte commis. Le lien avec l'infraction est, en définitive, plus abstrait que concret.

770. La prise en compte du comportement carcéral dans la décision définitive d'appliquer la mesure de sûreté. À ces considérations, s'ajoute le fait que pour décider de la nécessité d'ordonner effectivement une mesure de sûreté à la fin de l'exécution de la peine – que ce soit en droit allemand ou français –, les juges devront prendre en compte les nouvelles circonstances apparues pendant la détention carcérale. Or, le comportement en détention représente, par rapport au passé pénal de la personne, un critère peu pertinent pour l'évaluation de la dangerosité puisque la surveillance et le contrôle en prison ne laissent pas beaucoup de marge de manœuvre et, partant, le comportement sera peu représentatif de la personnalité réelle de l'individu. Ce problème sera d'autant plus important dans le cadre de l'internement sous réserve, car la dangerosité, n'ayant pas pu être déterminée auparavant, devra être évaluée presque exclusivement à partir de ces éléments. La difficulté était plus grande encore pour l'internement *a posteriori* avant que celui-ci ne soit abrogé dans sa quasi-totalité, cette mesure étant fondée exclusivement sur des faits nouveaux apparus pendant la détention. On voit donc clairement que les mesures de sûreté s'éloignent considérablement de l'infraction commise, qui sert tout au plus à légitimer – ou à faire tolérer – leur existence en droit pénal, sans jouer de rôle essentiel à leur égard.

¹ À ce titre, on peut se référer à une classification, opérée en 1954 par L. Jimenez de Asua, des catégories de périculosité en relation avec l'acte commis. Il y aurait, en premier lieu, l'état dangereux manifesté par un crime, dont l'action criminelle est prépondérante : seule la peine de nature rétributive serait applicable, l'état dangereux étant pris en compte pour déterminer le châtiment du coupable. En deuxième lieu, il y aurait l'état dangereux manifesté à l'occasion d'une action délictueuse, qui est de nature plus importante que la culpabilité de la conduite punissable : une mesure de sûreté devrait alors être imposée au sujet imputable à la place de la peine. En troisième lieu, se trouverait l'état dangereux des inimputables auteurs d'un acte qualifié de crime ou délit : la peine étant inapplicable, la mesure de sûreté prend sa place. En quatrième lieu, il existerait l'état dangereux prédélictuel, concernant les activités asociales. Et en dernier lieu, on trouverait des délinquants d'habitude et des délinquants professionnels, considérés par l'auteur comme les plus dangereux et pour lesquels il faudrait remplacer la peine par la mesure de sûreté. V. L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.*, p. 32.

771. Propos conclusifs. En définitive, la condamnation requise ne joue que le rôle d'un indicateur de la dangerosité, servant de garantie formelle, naturellement indispensable pour encadrer l'application d'une mesure de sûreté. Pour autant, elle n'en constitue pas le fondement substantiel. À l'égard de l'auteur irresponsable, l'on se contentera même de l'accomplissement d'un acte objectivement délictueux, en l'absence de condamnation pénale.

B. L'accomplissement d'un acte objectivement délictueux par l'auteur irresponsable

772. Nécessité d'un acte matériellement délictueux. L'irresponsabilité pénale de certains auteurs matériels pour cause de non-imputabilité pose la question de la réponse à apporter aux actes commis causant un trouble social, sans pouvoir donner lieu à une peine. Mais il se pose également la question de l'applicabilité des mesures de sûreté en l'absence de tout acte pénalement répréhensible. À partir de quel moment la dangerosité d'une personne dépourvue de discernement peut-elle justifier l'intervention des mesures de sûreté ? La réponse est claire. Pour pouvoir appliquer une mesure de sûreté à une personne même irresponsable, il faut que cette dernière ait perpétré un acte délictueux. En dehors des mesures ressortissant au pouvoir administratif, il n'est en effet pas concevable – à moins de contourner délibérément les droits de l'homme les plus fondamentaux – d'appliquer des mesures pénales à une personne que l'on considère comme dangereuse, sans que la loi pénale n'ait été – du moins objectivement – enfreinte.

Ce constat a été formulé par la doctrine au début du XX^e siècle déjà : « Pour qu'un inculpé, même aliéné, puisse être soumis à une mesure de sûreté du droit pénal, il faut qu'il soit reconnu être l'auteur matériel d'un acte punissable »¹. On ne peut qu'approuver l'auteur selon lequel « pour autant que la mesure de sûreté empiète sur le domaine du droit pénal, elle présuppose la réalisation objective de l'état de fait d'un délit » (*objektive Erfüllung eines Deliktstatbestandes*)².

773. L'imputation matérielle des faits à l'auteur irresponsable. Le terme d'auteur doit, dans ce contexte, être entendu au sens de l'acteur matériel du fait répréhensible, correspondant au terme allemand de *Täter*. C'est en ce sens que l'on désignera comme auteur matériel ou objectif la personne ayant perpétré l'acte susceptible de revêtir une qualification

¹ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, op. cit., p. 104.

² E. Hafter, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, J. Springer, 1926, p. 242.

pénale, sans pour autant que l'on puisse lui imputer une quelconque faute en l'absence de libre arbitre. L'acte par lui commis est alors un simple « fait délictuel » : l'infraction n'étant pas constituée dans tous ses éléments à défaut de dimension subjective, l'acte est, dans cette perspective, pris en considération de manière parfaitement objective.

En appliquant des mesures de sûreté à l'auteur matériel de l'acte prohibé, on reconnaît en quelque sorte son implication objective, bien que l'on ne puisse évidemment parler de culpabilité en l'absence d'imputabilité des faits à leur auteur. Mais, par le jeu de l'imputation matérielle, cet acte est relié à son auteur, nonobstant l'impossibilité de déclarer celui-ci responsable, le fondement subjectif de la responsabilité pénale – l'imputabilité – faisant défaut.

Ainsi, la loi du 25 février 2008 instaurant la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental permet de prononcer, à l'égard de la personne dépourvue de discernement, plusieurs mesures de sûreté dont l'hospitalisation psychiatrique¹. Or, une partie de la doctrine considère que cette nouvelle procédure conduit non seulement à établir, lors d'une audience, l'imputation matérielle des faits, mais qu'elle permet également, sur cette base, une « punition sans l'imputabilité »². En effet, on l'a vu, les mesures non privatives de liberté applicables à l'auteur matériel ont, dans un premier temps, été qualifiées de « peines » par la Cour de cassation, et sont d'ailleurs similaires aux peines complémentaires et alternatives applicables aux personnes responsables³. Ce nouveau droit pénal, pris entre une « dangerosité sans culpabilité » et une « culpabilité sans imputabilité », aboutirait ainsi, selon le professeur Delmas-Marty, « à vider la responsabilité pénale de toute signification »⁴.

Toutefois, il semblerait s'agir davantage d'une césure du procès pénal au sens où le préconisait déjà Charles-Jules Lavanchy lorsqu'il affirmait, en 1931, qu'« il serait [...] préférable, en principe, de scinder la question générale de culpabilité, en examinant tout d'abord si l'auteur est bien l'auteur des faits qui ont motivé son renvoi devant la justice répressive (*culpabilité objective*), puis, dans le cas affirmatif, en recherchant si l'auteur est "coupable" au sens habituel du droit pénal (*culpabilité subjective*) »⁵.

¹ V. *supra*, n° 698 et 700.

² G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *art. cit.*, p. 69 s. En ce sens également, P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

³ V. *supra*, n° 509.

⁴ M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, *op. cit.*, p. 43.

⁵ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 104.

774. Un acte révélateur de la dangerosité. La reconnaissance judiciaire de la réalité de l'acte commis permet ainsi de déclencher, à l'égard de l'irresponsable, l'intervention d'une réponse pénale. Si la prise en compte par le droit pénal de l'auteur irresponsable est vivement critiquée – en ce que le recours au concept de dangerosité permet de « juger le malade mental et lui infliger une sanction »¹, alors que cela devrait être formellement exclu en vertu du principe de l'imputabilité –, la nécessité d'un acte commis constitue néanmoins un rempart important contre l'arbitraire. Le « fou » n'est, en effet, en aucun cas condamné, puisque l'acte par lui commis révèle, non pas son mépris de la norme et par voie de conséquence sa culpabilité, mais simplement sa dangerosité. Cette dernière justifie alors que la personne, inaccessible à la peine, soit soumise à des mesures visant à la fois le traitement de sa maladie et la protection de la société. Partant, la dangerosité est définie à partir d'un acte infractionnel commis, et non seulement en considération abstraite des caractéristiques de son auteur. Cet acte différencie le simple malade du malade dangereux ayant, de cette manière, pénétré dans la sphère pénale. N'oublions pas d'ailleurs que la mesure de sûreté applicable au malade mental doit être adaptée à son état, revêtant avant tout un caractère curatif – et ce n'est pas parce qu'elle est prononcée par le juge pénal, en réaction à un acte infractionnel, qu'il s'agit automatiquement d'une peine. Le malade n'est donc pas, à proprement parler, « puni » et l'on doit se garder de la confusion, malgré leur rapprochement, entre peines et mesures de sûreté².

775. La gravité de l'acte commis. Il semblerait que les actes justifiant le prononcé d'une mesure de sûreté à l'égard des personnes pénalement irresponsables puissent être de moindre gravité que ceux exigés de la part des personnes responsables, puisque la mesure s'applique ici à la place de la peine et non en sus. Les textes légaux ne font, en effet, pas référence à des infractions d'une nature ou gravité précise, mais il est uniquement question de déclaration d'irresponsabilité pénale sans mention des actes en cause. Or, il serait sans doute souhaitable d'encadrer plus strictement les conditions du prononcé des mesures de sûreté, à tout le moins la plus grave d'entre elles, l'internement psychiatrique, qui peut entraîner une privation de liberté indéterminée dans le temps. Certes, une référence à des infractions précises serait en contradiction avec le fait qu'aucune infraction ne sera par définition constituée en tous ses éléments. Néanmoins, il paraît concevable de préciser que la dangerosité de la personne se rapporte au risque d'infractions futures dirigées contre la vie ou l'intégrité physique des

¹ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

² Une telle confusion n'est toutefois pas rare, d'autant plus lorsqu'elle est instiguée par le législateur comme cela est le cas en France. Même la Cour de cassation a pu y succomber : Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *préc.* ; Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*

personnes, de manière à exclure de simples actes contre les biens. On pourrait encore imaginer qu'il soit fait référence, quant aux faits faisant l'objet de la poursuite, à l'élément matériel d'un certain nombre d'infractions relevant des atteintes aux personnes.

Notons, enfin, qu'un seul acte n'est souvent pas suffisant à révéler une dangerosité à même de justifier l'intervention d'une mesure de sûreté, d'où la prise en compte du passé pénal de l'auteur.

§ 2 : L'existence d'un passé pénal révélateur d'un « penchant » criminel

776. Le renouvellement des infractions commises par un délinquant favorise sa soumission aux mesures de sûreté. En effet, l'existence d'un passé pénal révélateur d'un « penchant » criminel est un critère d'application primordial de ces mesures. L'origine de celles-ci remontant à la volonté de lutter contre le phénomène de la récidive, elles ont vocation à s'appliquer à ce que l'on appelait auparavant le délinquant d'habitude ou « anormal » (A). Cependant, si le domaine de prédilection des mesures de sûreté est, par essence, celui d'une répétition des actes punissables, l'exigence d'une pluralité d'infractions a tendance à s'amenuiser (B) pour laisser le champ d'application des mesures de sûreté s'étendre progressivement. Il n'en demeure pas moins qu'un certain passé pénal de l'auteur, matérialisé par la commission antérieure de plusieurs infractions, sera toujours le signe d'une plus grande dangerosité de sa part et, bien qu'il ne soit pas toujours formellement requis, contribuera, de fait, à la démonstration de la condition substantielle des mesures de sûreté.

A. La notion de délinquant d'habitude ou « anormal »

777. Antécédents judiciaires comme signe de la dangerosité. S'il a été rappelé que les figures incarnant la dangerosité étaient évolutives et disposées à varier en fonction de l'époque et du contexte considéré¹, il est certaines constantes auxquelles peut être rattachée la naissance des mesures de sûreté. Ainsi, Madame Burgaud, en étudiant l'évolution historique du concept de dangerosité, a souligné que « si la nature de l'acte perpétré peut être un indice de la dangerosité d'un individu, les antécédents judiciaires du délinquant ont toujours été

¹ V. *supra*, n° 686.

considérés comme l'indice le plus probant »¹. C'est pour cette raison que le récidiviste, « l'un des enfants terribles du droit pénal » qui perturbe profondément l'ordre social, a été considéré, de tout temps, comme l'être le plus dangereux qui soit². La répétition d'infractions constituait, de l'époque romaine jusqu'à la fin du XIX^e siècle, un critère légal de dangerosité³. Pour Garofalo, la récidive (*lato sensu*) était « parfois un des révélateurs les plus sûrs du délinquant instinctif et incorrigible »⁴. À l'origine, la récidive donnait lieu à une aggravation de la peine qu'on tentait de justifier par la culpabilité accrue des récidivistes, mais peu à peu, on a admis que « la perpétration de plusieurs crimes pourrait révéler une *propension criminelle* dangereuse »⁵.

Face à la récidive, la détermination de la sanction se fonde davantage sur la personnalité du délinquant – sur sa dangerosité révélée par son passé – que sur les délits mêmes, ces « entités abstraites » selon Ferri⁶. C'est ainsi qu'à travers la prise en compte de la récidive, l'on se détache du lien entre la gravité objective de l'acte et la sanction pénale. Pour certains auteurs, la récidive serait même une preuve aussi simple qu'infaillible de la dangerosité du délinquant⁷, si bien que l'on puisse considérer la récidive comme une « présomption légale de dangerosité »⁸.

778. Théories doctrinales sur le délinquant d'habitude ou « anormal ». Les notions de « délinquants d'habitude » et « délinquants anormaux » sont connues et utilisées par la doctrine européenne depuis la fin du XIX^e siècle⁹. Selon les auteurs, ces problématiques sont également abordées sous des termes voisins, le délinquant d'habitude étant aussi appelé délinquant par propension ou par tendance, et le délinquant « anormal » correspondant chez certains au « fou moral ». Ces termes renvoient respectivement à l'idée de récidive et à celle de l'aliénation partielle du délinquant. L'une comme l'autre étaient considérées comme le signe d'une dangerosité chez l'auteur justifiant de le soumettre à des mesures de sûreté. Un phénomène considéré comme très inquiétant sous la Troisième République était ainsi « la

¹ E. Burgaud, « La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^e siècle », *art. cit.*, p. 210.

² *Ibid.*

³ V. *supra*, n° 16 et 36.

⁴ R. Garofalo, *La Criminologie*, trad. française de la 2^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 360.

⁵ J. Belezza dos Santos, « Récidivistes et délinquants d'habitude », *art. cit.*, p. 690.

⁶ E. Ferri, *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, *op. cit.*, p. 9.

⁷ A. Coche, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, *op. cit.*, p. 155.

⁸ *Ibid.*, p. 176.

⁹ J. Danet et C. Saas, « De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse », *art. cit.*,

montée du récidivisme et de la petite délinquance, la multiplication du nombre de "malfaiteurs d'habitude" qui semblent retomber de façon inexorable dans le vice et la corruption »¹.

Selon le professeur Gassin, la délinquance d'habitude peut être caractérisée par une « *altération profonde* de la personnalité », beaucoup de délinquants « chroniques » ayant des « réactions psychologiques d'*inadaptés sociaux* »². Souffrant d'un « *complexe d'infériorité*, se sachant incapables de résister à leur propre faiblesse », « les circonstances ne tiennent qu'une place très limitée dans le passage à l'acte chez ces délinquants ; de ce fait leur reclassement social est bien hypothétique »³. Le concept du délinquant d'habitude est donc intimement lié à l'idée de récidive, ou plus largement à la répétition d'infractions.

Rappelons que l'École positiviste est à l'origine de la théorie bâtie autour de l' « homme criminel » qui est déterminé, depuis sa naissance, dans ses pensées et dans ses actes par sa constitution biologique ou par le milieu dont il subit l'influence⁴. Ce courant de pensée considérait ainsi le délinquant comme un « microbe social » qui, par son état dangereux (« *temibilità* »), menacerait la santé de la collectivité, ce qui donnerait le droit à la société de se défendre. Les personnes les plus dangereuses étaient appelées les « criminels nés » ou les « criminels aliénés », comme le dément proprement dit et le « fou moral »⁵. Le « criminel né » était défini comme un individu nécessairement voué, dès sa naissance et par sa constitution même, à la criminalité. Le « fou moral » correspondait au type de malfaiteur qui jouissait de ses facultés intellectuelles mais auquel manquait le sens inné à distinguer entre le bien et le mal. Le criminel aliéné⁶ était celui qui avait accompli l'acte criminel sous l'influence de l'idiotie, de la démence ou de l'imbécillité. Le « délinquant d'habitude », enfin, correspondait au récidiviste qui, après avoir subi une première condamnation pénale, et l'avoir peut-être exécutée, se laissait aller à commettre de nouvelles infractions, la criminalité étant engendrée par l'habitude de mal faire⁷. Partant du postulat de leur déterminisme, les positivistes préconisaient ainsi un dispositif tendant à prévenir la criminalité et contenant de véritables mesures de sûreté *ante delictum*. Si le criminel aliéné devait être soumis à un internement avec un traitement curatif approprié, prononcé par le juge répressif, le « criminel né » et le

¹ M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

² R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, *op. cit.*, n° 722, p. 630.

³ *Ibid.*

⁴ V. *supra*, n° 28.

⁵ V. H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

⁶ Une telle qualification, comme celle de « fou criminel », est évidemment un « non-sens juridique » : v. P.-J. Delage, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », *art. cit.*, p. 69 s.

⁷ V. H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, *op. cit.*, p. 52 s.

« délinquant d'habitude » devaient faire l'objet d'une mesure d'élimination. Cette dernière consistait soit en la peine de mort, pour Lombroso et Garofalo, soit en un internement à vie, pour Ferri¹.

Le professeur Donnedieu de Vabres définissait le « fou moral », qu'il assimilait au « criminel né » de Lombroso ou au « délinquant par tendance » du code pénal italien, comme « un homme dont les facultés intellectuelles et volitives sont intactes, mais à qui manque le sens moral, qui est capable de comprendre la différence entre le bien et le mal, mais chez qui n'existe, en aucune mesure, ce sentiment d'attraction qui se produit chez l'homme normal, vers le bien, et de répulsion pour le mal »². S'agissant de la question de savoir comment traiter ce fou moral, l'auteur affirmait qu'au point de vue de la pure justice, il faudrait le déclarer irresponsable car il n'est pas libre, mais que cette solution serait socialement déplorable en raison de sa particulière dangerosité. Il préconisait donc que la défense sociale s'exerce vis-à-vis de lui sous la forme des « mesures de sûreté »³.

On distinguait, de cette manière, ces délinquants du reste de la population criminelle par le fait qu'ils continuent à enfreindre la loi, leur véritable infraction étant « la persistance dans l'habitude délibérément acquise du crime »⁴. Ces « criminels dangereux » s'excluaient, de ce fait, eux-mêmes en ce qu'ils n'appartenaient ni à la catégorie des délinquants ordinaires, ni à celle des auteurs totalement irresponsables de leurs actes. Les catégories du délinquant d'habitude et du délinquant anormal étaient fréquemment considérées comme complémentaires puisque les délinquants d'habitude seraient souvent également anormaux, et « la dangerosité du délinquant anormal tient à sa propension à devenir un délinquant d'habitude : dans tous les cas, il faut traiter »⁵.

779. Réponses législatives aux délinquants d'habitude ou « anormaux ». La conception du caractère « incorrigible » de ces délinquants posait la question des réponses à apporter au récidivisme qui était « dénoncé comme la plus grande plaie du système pénitentiaire »⁶. Les idées directrices guidant l'activité législative s'articulaient alors autour de l'exclusion et de la réinsertion, à l'instar de la loi du 27 mai 1885 instaurant la relégation

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*, p. 202.

³ *Ibid.*, p. 203.

⁴ J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *art. cit.*, p. 103 ; citant le Rapport du *Departmental Committee on Prisons*, Cmnd 7702, 56, Parliamentary Papers, 1895, p. 303.

⁵ J. Danet et C. Saas, « De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse », *art. cit.*

⁶ M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

en même temps que celle du 14 août de la même année ayant pour objet la libération conditionnelle. On voyait donc apparaître un régime différencié sur la base de la particulière dangerosité des récidivistes¹. La loi Béranger de 1891 introduisait d'ailleurs la distinction entre les délinquants d'occasion et les délinquants d'habitude. À l'encontre des « anormaux », « l'eugénisme se présent[ait] comme la garantie totale et absolue de la maîtrise de l'individu »², notamment à travers des mesures comme la stérilisation. Saleilles considérait la relégation comme la réponse à une « suite d'infractions démontrant l'incorrigibilité » du sujet³. Par la suite, le législateur français a été plutôt silencieux sur le sujet, ne donnant pas de suite aux diverses initiatives qui ont vu le jour⁴.

Dans la continuité des théories des positivistes, la Conférence de l'Union Internationale du Droit Pénal de 1910 adoptait finalement l'idée de la détention indéfinie pour les délinquants dangereux qui devait durer aussi longtemps que l'état dangereux⁵.

L'École moderne en Allemagne a repris ces réflexions fondées sur l'idée d'une délinquance par habitude laquelle justifierait la mise en place de mesures de sûreté applicables sur le critère de l'état dangereux, visant la prévention spéciale⁶. Ces notions sont entrées dans la législation allemande dans les années trente, à travers la loi « contre les délinquants d'habitude dangereux » du 24 novembre 1933⁷, puis n'ont cessé d'être prises en compte depuis lors⁸. Le terme « délinquant d'habitude » (*Gewohnheitsverbrecher*) a, par la suite, été

¹ V. S. Jacopin, « La dangerosité saisie par le droit pénal », *art. cit.*, p. 231. V. également R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 54.

² M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *art. cit.*

³ Cette « mesure préventive avant tout » restait pour lui « la sanction d'une série d'actes de criminalité, qui ont fait la preuve, chez celui qui les a commis, d'un état de révolte irréductible » : v. R. Saleilles, « L'individualisation de la peine » [1899], in : R. Ottenhof (dir.), *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 134.

⁴ On peut notamment citer un projet de loi déposé en 1936 qui prévoyait de remplacer la relégation par un « internement de sécurité » ; une proposition de loi de 1937 préconisait pour les « déficients mentaux » un internement sous le régime de l'indétermination relative dans des annexes psychiatriques au sein des prisons, dont le contrôle serait assuré par une commission de médecins et de juristes décidant de la libération provisoire et, le cas échéant, de la réintégration : v. J. Danet et C. Saas, « De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse », *art. cit.*

⁵ En ce sens, v. J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *art. cit.*, p. 104 ; W. W. Smithers, « 1910 Meeting of the International Union of Penal Law », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1911, vol. 2, p. 381 s., spéc. p. 384.

⁶ V. *supra*, n° 27.

⁷ *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*, *préc. V. supra*, n° 68.

⁸ J. Danet et C. Saas, « De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse », *art. cit.*

remplacé par celui de « délinquant à propension » (*Hangtäter*)¹, pour expliciter le fait que le penchant criminel ne trouve pas nécessairement son origine dans une habitude² – même si une propension ne semble guère plus facile à démontrer qu’une habitude. C’est ainsi que l’utilisation qui a été faite des mesures de sûreté dans certains États totalitaires apparaissait incompatible avec la dignité de la personne et le principe du libre arbitre³.

De la même manière, la doctrine de la défense sociale nouvelle se préoccupait de la question des délinquants anormaux en publiant, en 1948, un avant-projet de loi dit « de défense sociale », lequel prévoyait la détention des auteurs anormaux, présentant un danger pour l’ordre ou la sécurité publics en raison de leur état mental, dans un établissement de défense sociale⁴. Puis, la même idée a été reprise dans un avant-projet de loi rédigé en 1959⁵ qui prévoyait de soumettre lesdits délinquants à des mesures de défense sociale et, plus précisément, à un « traitement médico-répressif » dans un établissement de défense sociale.

On peut encore citer le projet de loi du 17 juin 1971 sur les inadaptés sociaux⁶ destiné à remplacer la loi de 1891 sur la répression du vagabondage et préconisant une mesure de « protection » individuelle contre cet « inadapté social profond » considéré comme malade⁷.

C’est sans doute la catégorie des personnes « semi-responsables » considérées comme « anormales », dont le discernement a été atténué mais non complètement aboli, qui représente la plus grande complexité au regard du droit pénal⁸. La soumission de ces personnes à la sanction pénale est extrêmement ambiguë, car, d’un côté, on peut douter de son

¹ Par la deuxième loi de réforme du droit pénal précitée du 4 juillet 1969 (*Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts*).

² Projet de loi de 1962, exposé des motifs, p. 214.

³ H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l’inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *art. cit.*

⁴ « Chronique de défense sociale », *RSC*, 1948, p. 596, art. 4.

⁵ G. Levasseur (dir.), *Les délinquants anormaux mentaux*, *op. cit.* Cet avant-projet a été précédé de la proposition formulée, en 1955, par une commission de spécialistes, composée de juristes et de médecins psychiatres et présidée par le professeur Levasseur, tendant à appliquer aux « délinquants anormaux » à l’origine de faits dommageables une mesure de détention « consistant dans [leur] placement dans un établissement de défense sociale [en vue d’être] soumis à un traitement médico-répressif » : G. Levasseur, « Chronique de défense sociale - Le problème des délinquants anormaux », *RSC*, 1955, p. 363 s., spéc. 368. V. aussi P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l’imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁶ Projet de loi sur les inadaptés sociaux, 17 juin 1971, *Doc. parl.*, Chambre, n° 1014/1, 6.

⁷ V. M. van de Kerchove, « Culpabilité et dangerosité - Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité », *art. cit.*, p. 303.

⁸ Sur la question de savoir pourquoi punir les malades mentaux, Denis Salas, en se fondant sur l’idée d’une « responsabilisation accrue des malades mentaux », explique que le fou est jugé en raison de sa dangerosité et du risque qui en découle. Selon lui, « le fou est d’autant plus dangereux qu’il incarne toutes les potentialités de violer les règles sociales du fait de sa pathologie alors que le délinquant ordinaire n’en violera qu’une ou deux au maximum » : D. Salas, « Pourquoi punir », *Journal français de psychiatrie*, 2/2001, n° 13, p. 6-9, URL: www.cairn.info/revue-journal-francais-de-psychiatrie-2001-2-page-6.htm [dernière consultation le 12 août 2015].

efficacité, la personne nécessitant probablement davantage des soins, et, de l'autre, la sanction se trouve souvent aggravée en pratique, en raison de la peur qu'inspire cet état mental difficilement saisissable. Le philosophe Michel Foucault soulignait dans son cours sur « les anormaux » que l'expertise médico-légale allait servir d'échangeur entre catégories juridiques et notions médicales et que les institutions médico-judiciaires s'adressaient « à l'individu dangereux, c'est-à-dire ni exactement malade ni à proprement parler criminel »¹, afin de le neutraliser et normaliser.

780. Évolutions actuelles. L'inclusion de la dangerosité comme point de départ à l'extension du domaine pénal permet une prise en compte de différentes catégories de personnes ayant pour point commun leur présumé état dangereux, allant du délinquant par tendance ou récidiviste au délinquant fou ou anormal. D'une part, en ce qui concerne le délinquant « anormal », on peut observer actuellement une « confusion entre folie et crime » et une dissolution de ces deux notions dans celle, informe et infinie de danger². Pourtant, il est important de garder à l'esprit qu'« un acte fou n'est pas nécessairement le fait d'un malade mental et un malade mental ne pose pas nécessairement des actes fous »³.

D'autre part, en ce qui concerne le délinquant d'habitude, la dangerosité, perçue à l'origine comme le signe d'un déterminisme, relève aujourd'hui du « probabilisme » et ainsi, nous sommes passés du criminel né au criminel potentiel⁴. Il semblerait, par conséquent, que « la dangerosité représente [...] une sorte d'abyme, puisqu'elle ne connaît aucune limite »⁵. Ainsi, la prise en compte de la dangerosité, initialement associée avant tout au délinquant récidiviste incorrigible, a évolué au cours du XX^e siècle. Elle n'est aujourd'hui plus calculée uniquement sur la base des infractions antérieures d'un individu, mais en fonction de la

¹ M. Foucault, *Les anormaux, Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, coll. Hautes Études, Gallimard / Seuil, 1999, p. 31-32. Pour l'auteur, le noyau théorique de l'expertise médico-légale était constitué par le couple perversion-danger. Il s'agirait dès lors d'un discours de la peur et de la moralisation (p. 33). Il ajoutait que l'expertise psychiatrique s'était décrochée du savoir psychiatrique de l'époque, par une sorte de régression, de disqualification, de décomposition du savoir psychiatrique dans l'expertise (p. 34). Enfin, précisait-il, « on ne cesse, depuis le début du XIX^e siècle, de voir revendiquer, et toujours avec plus d'insistance, le pouvoir judiciaire du médecin, ou encore le pouvoir médical du juge » (p. 36). L'expertise se constituerait, ainsi, comme instance de contrôle de l'anormal (p. 39).

² A. Chauvenet, « Les longues peines : le « principe » de la peur », *art. cit.*

³ J. Danet et C. Saas, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *art. cit.*, p. 779 s.

⁴ M. Delmas-Marty, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *art. cit.*, p. 5 s.

⁵ J. Danet et C. Saas, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *art. cit.*, p. 779 s.

nécessité de protéger la population contre certaines catégories de criminels redoutés¹. L'exigence d'une pluralité d'infractions tend donc à s'amenuiser.

B. L'amenuisement de l'exigence d'une pluralité d'infractions

781. L'exigence d'une pluralité d'infractions comme condition objective des mesures de sûreté. En théorie, les mesures de sûreté devraient être subordonnées à la présence d'un certain passé pénal du délinquant, lequel serait donc récidiviste ou multirécidiviste. L'exigence d'une répétition d'infractions permet, en effet, d'élargir la base de l'évaluation de la dangerosité et augmente ainsi la fiabilité de son pronostic, en accréditant l'hypothèse du risque de perpétration d'autres infractions à l'avenir. De plus, du point de vue de la proportionnalité des sanctions pénales, une pluralité d'infractions de la part d'un même auteur semble plus à même de justifier l'application, en plus de la peine, d'une mesure de sûreté. On pourrait même aller jusqu'à dire que l'aggravation légale de la peine encourue face à la récidive est insensée et qu'il serait préférable, dans tous les cas, de compléter la peine « simple » par le jeu des mesures de sûreté, dès lors que la récidive révèle un état dangereux de l'auteur et non une culpabilité plus élevée.

Charles-Jules Lavanchy soulignait, en 1931, l'importance de la prise en compte d'une multitude d'éléments afin d'apprécier l'état dangereux. Il a précisé que le législateur devait « spécifier et limiter les infractions de droit commun permettant la déclaration de l'état dangereux »². Selon lui, celui-ci ne pouvait « être reconnu pour les délinquants primaires à l'exception des auteurs de crimes graves et spécifiés »³. Plus exactement, il fallait donc se référer à la gravité des infractions évaluée d'après la peine-menace, au nombre de condamnations encourues pendant un laps de temps donné, à la nature des infractions commises, à la gravité effective des condamnations prononcées, aux troubles mentaux, au penchant au délit, et, pour l'internement des délinquants d'habitude, au chiffre élevé des condamnations précédemment encourues⁴.

Une telle exigence se rencontre aujourd'hui effectivement pour un certain nombre de mesures de sûreté. À titre d'exemple, on peut se référer à l'internement de sûreté allemand qui suppose, dans plusieurs hypothèses, une multitude d'actes antérieurs. Ces derniers doivent relever de certaines catégories d'infractions prédéterminées et avoir donné lieu à une ou

¹ V. J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *art. cit.*, p. 106.

² Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 134.

³ *Ibid.*, p. 138.

⁴ *Ibid.*, p. 138.

plusieurs condamnations. De plus, le dispositif exige que ces condamnations antérieures aient débouché sur le prononcé de peines d'un certain seuil de gravité, ainsi qu'à l'exécution, pendant une certaine durée, de ces peines¹.

782. L'extension progressive des mesures de sûreté aux primo-délinquants. Cependant, cette exigence n'est pas systématique, puisque la dangerosité ne se mesure plus uniquement au nombre et à la régularité des infractions commises. C'est en ce sens que l'on a vu apparaître, en Allemagne, un assouplissement lors de la réforme de 1998, la condition selon laquelle la mesure ne pouvait être prononcée qu'en présence de deux condamnations antérieures ayant été supprimée pour les infractions les plus graves. Ainsi, l'internement de sûreté prononcé *ab initio* peut désormais concerner une personne qui a commis deux infractions d'une certaine gravité, faisant encourir une peine minimale de trois ans chacune, et qui a été condamnée pour l'une ou plusieurs d'entre elles à au moins trois ans d'emprisonnement, mais qui n'avait jamais été condamnée auparavant². Aussi, l'internement de sûreté *a posteriori*, lors de son introduction en 2004, visait, entre autres, l'auteur primaire, en cas de condamnation à au moins cinq ans de privation de liberté³. Enfin, la loi du 22 décembre 2010, tout en abrogeant une grande partie du dispositif relatif à l'internement *a posteriori*, a étendu le prononcé réservé de la mesure au primo-délinquant condamné à au moins cinq ans d'emprisonnement⁴. La récidive constituée n'est toutefois pas ignorée par le législateur puisqu'elle a pour conséquence le prononcé obligatoire d'un internement *ab initio*, dès lors que les autres conditions de la mesure sont réunies.

En France, la majorité des dispositifs pénaux adoptés au cours de la dernière décennie sont animés par un souci de lutter contre la récidive. Cela étant, la condition d'un état de récidive n'est pas formellement requise pour pouvoir prononcer les mesures de sûreté, même la rétention de sûreté étant applicable aux primo-délinquants. Parallèlement, c'est le délinquant « anormal » qui anime les mêmes dispositifs, aboutissant à une quasi-automaticité de l'injonction de soins, que ce soit à l'intérieur des mesures de sûreté ou lors de l'exécution et l'aménagement de la peine. C'est ainsi que la rétention de sûreté, par exemple, se fonde expressément sur un risque de récidive, d'une part, et sur un trouble de la personnalité, de

¹ V. *supra*, n° 312 s.

² § 66, al. 3, phrase 2 StGB.

³ § 66 b, al. 2 StGB, ancienne version (en vigueur du 29 juil. 2004 au 1^{er} janv. 2011).

⁴ § 66a, al. 2 StGB, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2011.

l'autre¹. Les délinquants concernés sont donc globalement considérés comme « anormaux » et potentiellement récidivistes.

De manière comparable, on retrouve la référence à un « trouble psychique » dans la réglementation transitoire de l'internement de sûreté². Aussi, l'internement *a posteriori* est-il dorénavant limité aux délinquants ayant fait l'objet d'une hospitalisation psychiatrique qui a pris fin. Ils étaient donc initialement atteints d'un trouble mental.

783. D'une récidive avérée à une récidive redoutée. Le champ d'application personnel des mesures de sûreté, à l'origine applicables au « délinquant d'habitude » au sens d'un récidiviste, s'est donc progressivement élargi. Si leur intervention était auparavant justifiée par une récidive avérée, il suffit aujourd'hui souvent d'une récidive probable redoutée. Partant, la condition tenant au passé pénal du délinquant tend à disparaître. Si la prise en compte des antécédents criminels continue de jouer un rôle lors de la détermination de la dangerosité, les mesures sont de plus en plus tournées vers l'avenir et tendent à assurer une protection préventive anticipée de la population. Un auteur fait remarquer à ce titre qu'« autour des années 1970 et par la suite, on découvre un intérêt croissant pour *le genre de crime qu'un individu pourrait commettre dans le futur*, plutôt que pour le nombre de crimes commis antérieurement, comme c'était le cas à l'origine »³.

En même temps, les récidivistes potentiels sont traités comme des « anormaux », voire des malades, en les soumettant presque systématiquement à des soins et des traitements. Une prise en charge médicale constitue ainsi l'une des conditions pour pouvoir prononcer une rétention de sûreté en France, puis, doit avoir lieu pendant l'internement en France et en Allemagne. C'est ainsi que « la récidive, avérée ou probable, va justifier le recours à des formes d'internement distinctes de la peine privative de liberté mais marquées par une logique carcérale »⁴.

784. Compensation du nombre d'infractions par la gravité de l'infraction unique. L'absence d'une pluralité d'infractions est, en revanche, souvent compensée par l'intensité des actes commis et redoutés. Il apparaît en effet que les mesures les plus graves, comme la rétention de sûreté, sont réservées aux délinquants ayant commis les actes les plus atroces.

¹ V. *supra*, n° 288.

² V. *supra*, n° 100.

³ J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *op. cit.*, p. 108.

⁴ J. Danet et C. Saas, « De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse », *art. cit.*

Une bonne illustration de cette compensation est livrée par le dispositif de la surveillance judiciaire, supposant une condamnation à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour une seule infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire, tandis qu'une condamnation à une peine privative de liberté de cinq ans est suffisante en cas de crime ou de délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale¹. De la même manière, la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 a ajouté la possibilité de prononcer une rétention de sûreté dans l'hypothèse de certaines infractions commises en état de récidive, n'exigeant alors pas que ces infractions soient aggravées², comme cela est le cas pour les primo-délinquants. En d'autres termes, la répétition d'infractions demeure l'indice d'une plus grande dangerosité, permettant ainsi d'abaisser le seuil de gravité des actes commis.

En l'absence de récidive avérée, le critère d'application objectif des mesures de sûreté tient alors davantage à la gravité de l'acte commis. Dans ce cas de figure, leur application est déclenchée par la référence soit à certaines catégories d'infractions, en principe de caractère violent ou sexuel, soit au seuil de la peine encourue ou prononcée. De la gravité de l'acte sera déduit le risque de récidive ou le trouble de la personnalité, sans pour autant que ces éléments se soient matérialisés par une récidive effective.

Selon qu'il s'agit d'un délinquant « d'habitude », d'un délinquant « anormal » (souffrant d'un trouble de la personnalité) ou d'un délinquant malade mentalement, la mesure de sûreté choisie ne sera pas la même.

785. Interrogations. Les conditions objectives des mesures de sûreté suscitent quelques interrogations. Certes, elles constituent un rempart à la subjectivité inhérente à la condition fondamentale de ces mesures qu'est la dangerosité. Elles permettent également d'inscrire les mesures de sûreté dans le cadre protecteur de la légalité criminelle, nécessaire en droit pénal. De la même manière, à travers la nature des actes exigés, on s'assure de ce que ces mesures – parfois très attentatoires aux libertés individuelles – ne puissent pas répondre de la seule appréciation discrétionnaire du juge, mais requièrent un minimum de gravité objective des faits. Toutefois, on sait aussi que les mesures de sûreté ne constituent, au fond, pas une réponse à l'infraction commise – à laquelle a déjà été répondu par une peine – mais sont tournées vers la dangerosité future du sujet. C'est donc, en réalité, cette dernière qui sera appréciée à partir de ses extériorisations matérielles, à savoir les actes commis. Ceux-ci ne font office que de simple élément déclencheur de l'applicabilité des mesures de sûreté. Or,

¹ Art. 723-29 CPP.

² Art. 706-53-13, al. 2, *in fine* CPP.

l'assise objective de ces mesures peut paraître mince lorsqu'elles sont applicables sur la base d'une seule infraction qui ne sera pas toujours suffisante pour refléter réellement la dangerosité du délinquant. Il n'est pas possible de prédire réellement une propension de récidive à partir d'un acte isolé. Ainsi, l'exigence de la commission d'une infraction semble plutôt servir à établir une présomption de la dangerosité qui sera objectivée, détachée de la personne pour être rattachée à l'acte, et à laquelle une preuve contraire sera difficile à apporter.

On peut alors se poser la question suivante : « Comment éviter que par un mouvement descendant, le schéma qui se met en place pour les crimes les plus graves ne justifie, par un glissement de la dangerosité présumée à partir d'un crime vers le dépistage de facteurs de risques ante délictuelle et ante criminelle, un contrôle social toujours plus étroit ? »¹. En effet, « la probabilité qui justifie après la peine, la perte de la liberté pourrait demain justifier le contrôle avant le délit ou le crime »². Et, dès lors, « comment faire pour que nous n'ayons pas à déplorer demain l'arbitraire de la défense sociale comme au XVIII^e on déplorait l'arbitraire de peines ? »³.

Il peut, en définitive, paraître souhaitable d'exiger, au moins pour les mesures de sûreté les plus attentatoires aux libertés, que plusieurs actes aient au préalable été commis par l'auteur, servant de signe révélateur d'une tendance à persister dans la criminalité.

786. Conclusion de la Section 2. On pourrait reprendre, pour décrire la technique des mesures de sûreté actuelles, une citation du Doyen Carbonnier qui, en parlant de la théorie de l'état dangereux, déclarait que « le menu fait symptomatique devrait être soigné, sinon puni, non pour le peu qu'il est, mais pour l'abîme qu'il dévoile »⁴. C'est en effet cette logique sur laquelle reposent les mesures de sûreté car, fondées sur la dangerosité de l'individu, elles ont besoin que celle-ci soit dévoilée par un acte symptomatique. Néanmoins, il ne s'agit en aucun cas de « punir » cet acte, lequel sert uniquement d'élément déclencheur à la mesure de sûreté en ce qu'il permet d'extérioriser la dangerosité, si bien que la mesure entre dans un cadre légal prédéfini, respectant ainsi le principe de légalité des sanctions pénales. D'ailleurs, l'acte en question peut également émaner d'une personne pénalement irresponsable, auquel cas il ne sera pris en compte que dans sa dimension objective. Partant de l'infraction commise, on projette dans l'avenir le risque de perpétration d'infractions éventuelles, justifiant

¹ J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *art. cit.*, n° 130.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, n° 127.

⁴ J. Carbonnier, « De peu, de tout et de rien », *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 47 s., cit. p. 48.

l'intervention des mesures de prévention. Il serait opportun d'étendre l'exigence de perpétration d'un acte pénalement répréhensible à toutes les mesures de sûreté, de manière à supprimer toute possibilité de mesure *ante delictum* de l'arsenal pénal.

La dangerosité étant nécessairement appréciée et évaluée à la lumière des actes commis¹, une pluralité d'actes sera un signe plus fiable d'une habitude criminelle. Toutefois, en s'éloignant de leur raison d'être originelle, le fondement des mesures de sûreté n'est aujourd'hui plus tant une habitude criminelle – une grande partie des dispositifs ne se référant pas nécessairement à une répétition du comportement délinquant – qu'un risque potentiel. L'absence de pluralité d'infractions passées est alors généralement compensée par la gravité de l'acte unique requis. Les mesures de sûreté sont, en définitive, associées tantôt à l'idée d'un délinquant « d'habitude » ancré dans la criminalité, tantôt à celle d'un délinquant « anormal » souffrant d'un trouble de la personnalité, voire d'un trouble mental, favorisant son passage à l'acte. Une pluralité d'infractions devrait être requise au moins pour les mesures de sûreté les plus graves, à savoir celles qui sont privatives de liberté.

¹ *Contra*, L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, op. cit., n° 170, p. 203.

Conclusion du Chapitre I

787. En raison du fondement particulier des mesures de sûreté, à savoir la dangerosité du délinquant responsable ou irresponsable, celles-ci se distinguent de manière essentielle des peines. Mais la notion de dangerosité soulève des difficultés, ce qui se répercute sur la question de la légitimité de telles mesures. En effet, en matière de définition et d'évaluation de la dangerosité, de nombreuses zones d'ombre subsistent. Tout en conférant à la notion de dangerosité le rôle de pierre angulaire des mesures de sûreté, « le législateur renvoie aux bons soins de la criminologie la tâche de définir ce terme »¹. Il serait, dès lors, important d'ériger le terme de dangerosité en véritable notion juridique comprenant une définition légale et un cadre légal précis. Il conviendrait également de développer les méthodes d'évaluation, notamment dans une optique d'amélioration de la multidisciplinarité en accordant une place plus grande à la criminologie². Autrement dit, la dangerosité doit être consacrée au rang des normes techniques³. La définition légale doit, bien entendu, refléter la notion telle qu'elle est entendue par le droit pénal et non par d'autres disciplines, en opérant une distinction entre ses acceptions criminologique et psychiatrique⁴. Les mesures de sûreté auront, de cette manière, un fondement juridique légitime.

Afin d'encadrer précisément le champ d'intervention des mesures de sûreté, il est, en outre, essentiel de maintenir, voire généraliser, le critère de la commission d'un acte préalable en tant qu'élément d'extériorisation de la dangerosité. Plus la prise en compte du passé pénal de l'individu est valorisée, plus la base du pronostic de dangerosité sera solide. La persistance dans la délinquance représente, en effet, ce qui justifiait à l'origine la création des mesures de sûreté, censées s'appliquer aux individus que la peine n'arrive pas à atteindre ou à corriger. Il est, par conséquent, préférable d'asseoir les mesures de sûreté sur une répétition d'actes. Les différents éléments pris en compte pour l'évaluation de la dangerosité doivent donc tenir

¹ F. Fiechter-Boulevard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *art. cit.*, p. 265.

² Bien que les deux disciplines que sont le droit pénal et la criminologie aient pour objet d'étude l'action criminelle, la criminologie est une science empirique qui étudie « ce qui est », par opposition au droit pénal qui est une discipline normative, déclarant « ce qui doit être » : v. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, n° 21, p. 15. Les deux disciplines apparaissent donc complémentaires. Les auteurs soulignent que l'influence de la criminologie sur le droit pénal est généralement considérée comme légitime dès lors qu'elle se fonde sur des données empiriques suffisamment établies.

³ *Contra*, v. F. Fiechter-Boulevard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *art. cit.*, p. 271.

⁴ V. *infra*, notre Proposition de réforme législative en annexe.

notamment à l'infraction commise, au passé pénal de l'agent, à sa conduite après les faits, à la structure de sa personnalité et à ses efforts de réadaptation sociale¹.

Dans de telles conditions, l'autonomie des mesures de sûreté pourrait être confortée et celles-ci pourraient alors accéder à un véritable statut juridique. C'est précisément ce statut qu'il convient maintenant d'esquisser, en vue de construire une réelle autonomie des mesures de sûreté.

¹ Ce sont les critères retenus par la JRRS lors de la première décision de placement sous surveillance de sûreté : JRRS, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *préc.* V. aussi J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 752, p. 622.

Chapitre II :

L'autonomie à construire des mesures de sûreté

788. La nécessaire distinction entre peines et mesures de sûreté. Aussi artificielle que puisse paraître l'opposition entre peines et mesures de sûreté, elle apparaît néanmoins comme nécessaire. Les particularités des mesures de sûreté existantes étant indéniables, elles ne peuvent être purement et simplement assimilées aux peines. Bien que relevant toutes deux de la catégorie plus large des sanctions pénales et présentant certaines similitudes¹, peine et mesure de sûreté méritent d'être clairement distinguées en droit positif, afin de pouvoir restituer à chacune sa nature juridique véritable. En l'état actuel du droit pénal français, les mesures de sûreté souffrent, on l'a vu, d'un manque d'autonomie qui résulte de leur dissimulation parmi les peines ou les modalités d'exécution des peines. Or, comme le souligne le professeur Pradel, « la vieille distinction des peines et des mesures de sûreté est [...] bien davantage qu'un cadavre qui bouge encore »². Une distinction assumée suppose la construction d'une autonomie véritable des mesures de sûreté, laquelle ne peut passer que par une consécration légale de celles-ci, avec un régime qui leur est propre.

Ainsi, loin de « supprimer les mesures de sûreté »³, il convient au contraire de renforcer leur autonomie en délimitant plus clairement leurs contours. En ce qui concerne plus particulièrement la rétention et la surveillance de sûreté, la présente étude parvient au constat qu'il est nécessaire non de les abroger⁴ mais de les maintenir en rationalisant leur régime⁵. Il semble par conséquent permis de s'opposer au constat fait par la garde des Sceaux, selon

¹ V. *supra*, n° 540 s.

² J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 630, p. 530.

³ Comme cela avait été préconisé par la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive en 2013 : Rapport du jury de la Conférence de consensus remis au Premier ministre, *préc.*, p. 29, recommandation n° 10. En ce sens, également : Proposition de loi, Sénat, doc. n° 734, 31 juill. 2012 ; É. Bonis-Garçon, « Vers un droit pénal raisonné ? - À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », *art. cit.*, p. 285 s.

⁴ Idée avancée par l'Observatoire international des prisons, l'Association Nationale des Juges de l'Application des Peines et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté : Observatoire international des prisons, Section française, *Contribution aux travaux de la Commission de refonte du droit des peines présidée par Bruno Cotte et instaurée le 31 mars 2014*, septembre 2014 ; ANJAP, *Observations et propositions de l'ANJAP à la Commission de refonte du droit des peines présidée par Bruno Cotte*, 17 janvier 2015, point 3-4 ; CGLPL, *Avis du 5 octobre 2015 relatif à la rétention de sûreté*, NOR : CPLX1525592V, *J.O.* 5 nov. 2015, texte 59.

⁵ Pour le régime que nous proposons, v. *infra*, n° 824 s. Ainsi, par exemple, la rétention de sûreté devra être rendue entièrement insusceptible de rétroagir, tandis que la surveillance de sûreté devra servir de point de départ à une refonte de toutes les mesures de surveillance, au contenu identique, existantes. S'agissant des nombreuses critiques opposées au critère de la dangerosité, pierre angulaire de toutes les mesures de sûreté, cette notion mérite de faire l'objet d'une définition législative et sa détermination d'une réglementation précise : v. *supra*, n° 679 s.

lequel « l'abrogation s'impose »¹ – conformément aux engagements pris lors de la campagne présidentielle, en 2012, par le Président de la République, François Hollande.

Le fait que d'autres travaux de recherche menés simultanément aux nôtres² aboutissent, peu ou prou, au même résultat, ne doit rien au hasard : au contraire, ce constat conforte notre argumentation en faveur de la nécessité d'une refonte des mesures de sûreté – et, plus largement, des sanctions pénales. Si les solutions ainsi dégagées semblent, à certains égards, relever de l'évidence³, il est permis de se demander pourquoi le législateur français n'a pas encore franchi le pas d'ordonner en un système cohérent ces deux voies de sanctions pénales que sont les peines et les mesures de sûreté.

Afin d'atteindre une autonomie aboutie des mesures de sûreté, il paraît inévitable de reconnaître la notion de mesure de sûreté en consacrant un dualisme des sanctions pénales dans le Code pénal français comme le fait le code pénal allemand (Section 1). La consécration d'un régime propre aux mesures de sûreté est, en conséquence, souhaitable (Section 2).

Section 1 :

La consécration inévitable d'un dualisme des sanctions pénales dans le Code pénal

789. Critères du dualisme. Malgré les discussions auxquelles a donné lieu l'existence autonome des mesures de sûreté⁴, l'idée d'un dualisme des sanctions pénales est désormais admise par une part non négligeable de la doctrine⁵. Il convient, toutefois, de se détacher de certains critères qui ne donnent pas un indice fiable de ce dualisme. Ainsi la gravité d'une sanction (privative de liberté ou simplement patrimoniale, par exemple) n'est-elle pas un bon critère pour la répartition entre peines et mesures de sûreté. Il en va de même de certains effets pouvant découler des deux catégories de sanctions (comme le traitement d'une personne ou, au contraire, son exclusion), lesquels expliquent d'ailleurs que celles-ci puissent être ressenties de la même manière par celui auquel elles s'appliquent. On assiste également,

¹ Christiane Taubira devant l'Assemblée nationale, 3^e séance du 5 juin 2014.

² V. la thèse de L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, op. cit.

³ Rappelons qu'une position similaire a été défendue par une partie de la doctrine il y a plus d'un siècle déjà ; la double voie des sanctions pénales ayant été adoptée par le législateur allemand en 1933. V. *supra*, n° 63 s.

⁴ V. *supra*, n° 495 s.

⁵ V. not. L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapport avec la peine (Considérations de droit comparé) », art. cit., p. 22 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, op. cit., n° 652, p. 822 s. ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 493, p. 409 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 617 s., p. 517 s. ; M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, op. cit., n° 482 s., p. 511 s. D'autres auteurs se montrent toutefois plus réticents à admettre la distinction : v. p. ex. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1230 s., p. 873 s.

on l'a vu, à une convergence progressive entre peines et mesures de sûreté, du point de vue notamment de leurs finalités¹. Pourtant, « l'évolution vers une unité inéluctable entre les mesures de sûreté et les peines ne pourra que très difficilement conduire à une fusion absolue »².

Bien que la frontière entre les deux types de sanctions soit parfois ténue, il semble impossible de soumettre les peines et les mesures de sûreté au même régime juridique³. Par contraste avec la peine, la mesure de sûreté a un caractère indéterminé et révisable⁴ et n'est pas toujours prononcée par la même autorité, ces éléments pouvant servir de point de départ à l'élaboration d'un régime propre. Il est donc nécessaire de réfléchir à des indices permettant d'établir une distinction, dans le but de forger un « statut-cadre » des mesures de sûreté⁵. En raison des spécificités irréductibles des mesures de sûreté (§ 1), la reconnaissance de celles-ci se montre indispensable (§ 2).

§ 1 : Les spécificités irréductibles des mesures de sûreté

790. La différence conceptuelle entre peines et mesures de sûreté, mise en évidence par leurs traits distinctifs (A), est confortée par le droit européen (B).

A. Les traits distinctifs des peines et des mesures de sûreté

791. Particularités respectives des peines et des mesures de sûreté. Depuis longtemps, les peines et les mesures de sûreté sont distinguées par la doctrine. Or, on l'a vu, la consécration des mesures de sûreté est inachevée en droit positif français car le législateur ne reconnaît pas expressément leur existence et ne procède à aucune classification ordonnée. En Allemagne au contraire, elles ont une existence légale depuis que la loi de 1933 a instauré le système de la double voie en les insérant dans le code pénal (*Strafgesetzbuch*), si bien qu'elles font ouvertement partie des sanctions pénales. Le droit pénal englobe donc toutes les sanctions pénales, peines et mesures de sûreté. Est-il dès lors sensé de parler de « voie

¹ V. *supra*, n° 558 s.

² J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 45.

³ V., en ce sens, B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 493, p. 410, note 1.

⁴ B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 427.

⁵ Pour le statut-cadre que nous proposons, v. *infra*, n° 824 s.

unique » et de « double voie », ou s'agit-il là de termes artificiels dépourvus d'incidences pratiques ?

En dépit de la tendance grandissante des peines et des mesures de sûreté à se rapprocher et à se confondre, il semble impossible de retenir une sanction pénale unique aux modalités différenciées en raison des particularités irréductibles de chaque type de sanction pénale. On peut donc dire que « bien que controversée, la distinction entre les peines et les mesures de sûreté est alimentée par la réalité du droit positif »¹. Partant, il nous semble plus exact de parler d'une double voie des sanctions pénales. Comme le souligne le professeur Mascala, même si « concrètement il est évident que la personne qui subit la contrainte d'une mesure de sûreté la perçoit comme une peine, peu important la sémantique juridique, [...] juridiquement la distinction s'impose, elle est incontestable même s'il n'est pas toujours aisé de la mettre en œuvre en pratique tant pour le législateur que pour le juge »².

Les traits distinctifs qui permettent d'opposer les peines aux mesures de sûreté sont, avant tout, leurs fondements (1) et leurs finalités (2).

1. Les fondements différents

792. Faute et dangerosité. Une différence essentielle réside dans le fondement respectif de la peine et de la mesure de sûreté, la première reposant sur la culpabilité du délinquant, la seconde sur sa dangerosité. La peine suppose en effet une faute préalable alors que la mesure de sûreté peut en théorie se concevoir sans que l'état dangereux de la personne ne se soit manifesté par une infraction³. La peine est non seulement fondée sur l'infraction commise ; elle est également, par voie de conséquence, déterminée en tenant compte de la gravité de cette infraction. Ainsi, « 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 »⁴.

La peine, qui implique chez l'auteur la conscience et la volonté de l'acte, ne peut frapper que *post delictum*, ce qui en principe ne vaut pas pour la mesure de sûreté qui, essentiellement utilitaire, peut être envisagée *ante delictum*. La peine intervient en réponse à la responsabilité

¹ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 41.

² C. Mascala, « Rapport de synthèse », in : S. Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, *op. cit.*, p. 273 s., cit. p. 283.

³ R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 183. Rappelons toutefois que dans la pratique, les mesures de sûreté supposent, elles aussi, le plus souvent une infraction préalable : v. *supra*, n° 761 s.

⁴ *Ibid.*

pénale de la personne jouissant de son libre arbitre, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la mesure de sûreté. Si la pratique montre que les mesures de sûreté s'appliquent en réalité le plus souvent *post delictum*, l'infraction commise n'est pas leur raison d'être, mais seulement l'élément déclencheur de l'appréciation de la dangerosité. Elles s'appliquent indépendamment de la responsabilité de la personne, donc également en cas d'irresponsabilité pénale. On le sait, certaines mesures telles l'hospitalisation d'office n'exigent pas l'élément subjectif de l'infraction puisqu'elles s'appliquent à des personnes privées de discernement, donc auxquelles aucune faute n'est imputable. La peine en revanche a nécessairement un fondement moral ; même si la peine moderne est orientée de plus en plus vers la réinsertion du coupable et non la répression de l'acte, elle ne saurait en aucun cas s'appliquer à une personne irresponsable.

En substance, la mesure de sûreté n'est pas tournée vers le passé, comme c'est principalement le cas de la peine, mais vers l'avenir¹. D'ailleurs, la peine se contente de l'existence d'une infraction imputable à l'auteur, alors que la mesure de sûreté requiert, en outre, un état dangereux. La mesure étant adaptée à la personnalité de l'auteur, l'acte n'est qu'une condition de sa mise en œuvre. Tout acte prohibé, donc fautif et injuste, ne saurait justifier l'application d'une mesure de sûreté ; seul celui qui est révélateur d'une dangerosité sociale de l'individu le peut. Ainsi le moment de l'appréciation de la dangerosité se situe-t-il au moment du jugement, tandis que pour la peine c'est au moment de la réalisation de l'acte que l'on se place pour apprécier l'imputabilité de celui-ci à son auteur. En d'autres termes, si la dangerosité peut, à certains égards, influencer la détermination judiciaire de la peine², « la dangerosité avérée est seulement un critère de choix de la peine qui intervient en réponse à une infraction clairement établie »³ ; elle n'est jamais son fondement.

En définitive, on peut dire que la mesure de sûreté est prononcée à l'*occasion* et non en *raison* de la commission d'une infraction et qu'elle est motivée par l'état dangereux du sujet⁴. Il ressort, en ce sens, des définitions respectives de la peine et de la mesure de sûreté avancées par un auteur en 1929⁵ que la différence essentielle entre ces deux notions réside dans le fait que la première est prononcée à cause de l'infraction, alors que la seconde est prononcée contre l'auteur d'une infraction à cause de son état dangereux. La première est exécutée dans

¹ Bien que ce constat doive être nuancé par son lien avec une infraction commise : v. *supra*, n° 762 s.

² V. *supra*, n° 545 s.

³ F. Fiechter-Boulvard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *art. cit.*, p. 285.

⁴ En ce sens, Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 68.

⁵ T. Givanovitch, *Les problèmes fondamentaux de droit criminel*, *op. cit.*, p. 185 et 188.

l'intérêt général, alors que la seconde l'est tant dans l'intérêt général que dans l'intérêt propre du délinquant.

Un autre trait distinctif des peines et des mesures de sûreté réside dans leurs finalités différentes.

2. Les finalités différentes

793. Si leurs finalités se recoupent, ce n'est qu'en partie, la peine empruntant à la mesure de sûreté certains aspects préventifs. Mais en aucun cas, la mesure de sûreté ne peut se voir assigner une finalité rétributive ou une quelconque coloration morale.

794. Répression et prévention. Les finalités des deux types de sanctions paraissent fondamentalement opposées, la peine poursuivant un but de rétribution et d'intimidation, et la mesure de sûreté visant à empêcher les infractions futures. La peine est, dès lors, essentiellement répressive, tandis que la mesure de sûreté est uniquement préventive.

Deux grandes théories doctrinales ont expliqué la raison d'être des peines¹. La théorie absolue, dont Kant est le plus illustre représentant, affirmait que la peine était une rétribution et n'avait d'autres buts que le châtement. Selon cette théorie, la répression doit suivre l'infraction. La théorie utilitaire de la peine soutient au contraire que celle-ci a pour unique finalité de lutter contre la criminalité. Ce but large devra être atteint par la prévention générale ainsi que la prévention spéciale : la peine doit protéger la société par son exemplarité, en dissuadant les citoyens de commettre des infractions, en même temps qu'elle doit empêcher le condamné en particulier de commettre de nouveaux méfaits.

Les fonctions reconnues à la peine sont étroitement liées aux fondements du droit de punir. La peine est, en effet, une réaction de la société à un acte antisocial commis, intervenant dans un but à la fois moral et utilitaire². Visant à expier une faute morale, celle-ci est à la fois la source et la mesure de la punition. Le professeur Givanovitch affirmait en ce sens, en 1929, que « les buts qui donnent la *raison* (ratio) à la *peine*, qui sont donc ses buts *spécifiques* (ou *propres*), sont la *rétribution*, l'*intimidation* et la *mise en garde morale* », tandis que « la *correction* et l'*amendement* » sont « ses buts *impropres* »³.

¹ V. aussi S. Plawski, *Droit pénitentiaire*, op. cit., p. 37 et s.

² V. B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 5.

³ T. Givanovitch, *Les problèmes fondamentaux de droit criminel*, op. cit., p. 176.

On l'a vu, une partie des fonctions de la peine, actuellement énumérées à l'article 130-1 du Code pénal, sont communes à toute sanction pénale¹. Elles ne permettent donc pas de la distinguer de la mesure de sûreté. En effet, la peine a connu une évolution qui l'a progressivement éloignée de son caractère purement expiatoire pour s'enrichir d'autres fonctions : « la peine moderne, sans renoncer à sa fonction d'intimidation, doit agir sur le délinquant pour le réadapter à la vie sociale, pour le *re-socialiser* »². Il n'en demeure pas moins que certaines finalités lui sont exclusivement attribuées.

795. Finalité propre à la peine : la rétribution. Il en va ainsi de la rétribution, qui est un objectif traditionnellement assigné à la peine. Celle-ci est censée compenser le préjudice causé à la société par l'infraction ; c'est pourquoi elle est déterminée, dans sa nature ainsi que son *quantum*, par rapport à la gravité de la faute. La peine est « rétributive de la conduite reprochable »³ de l'agent et destinée à rétablir l'équilibre social rompu par la commission du délit.

La peine est alors conçue comme une sanction expiatoire que la société inflige à ceux qui, par leurs actes, ont violé le pacte social. Ces actes, qualifiés de crimes, délits ou contraventions par la loi, considérés comme un préjudice infligé à la société, appellent donc de la part de cette dernière une répression, consistant en « un autre mal destiné à compenser le premier et à rétablir un certain équilibre »⁴. La répression repose ainsi sur une idée de vengeance collective. Cette fonction rétributive était notamment reconnue par Platon, Saint Thomas d'Aquin, Grotius, Leibniz ou Kant⁵. En milieu du XX^e siècle, le magistrat Maurice Patin a ainsi pu affirmer que « la peine trouve son fondement dans le droit que la société se reconnaît de faire expier, à celui qui a violé la loi, le mal qu'il a fait »⁶. Selon lui, « l'objet de la peine est d'appliquer au délinquant un châtement proportionné à la fois à la faute qu'il a commise et au degré d'indulgence dont il peut être digne », alors que « la mesure de sûreté vise seulement, en dehors de toute question de responsabilité personnelle, à garantir la société

¹ V. *supra*, n° 558 s.

² L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté, sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.*, p. 31.

³ *Ibid.*, p. 30. Le professeur Jimenez de Asua insistait sur ce point en affirmant que « toute peine, la plus modeste amende et la plus grave réclusion, a une nature rétributive, car elle est prononcée contre un délinquant imputable qui a commis un fait défini comme délit par la loi et pour lequel il est déclaré coupable » (*ibid.*, p. 29).

⁴ B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 5.

⁵ J.-L. Bergel, « Une problématique des sanctions pénales ? », *art. cit.*, p. 92.

⁶ M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rapport préc.*, p. 415.

contre le délinquant, soit en l'éliminant s'il n'est pas amendable, soit en l'amendant par des mesures appropriées, si la chose paraît possible »¹.

La peine inscrite dans la loi et concrètement appliquée par le juge traduit les devoirs de chacun envers la société et l'importance de la faute commise en cas de violation des règles. Elle doit donc permettre d'effacer la faute commise ; on dit souvent que le délinquant « paye sa dette » envers la société. C'est d'ailleurs en raison de ce but de rétribution que les déments et les jeunes enfants échappent à la peine classique². Les mesures de sûreté ont en aucun cas une telle vocation moralisatrice. Elles ont été conçues pour compléter ou suppléer la peine dans certains cas, notamment lorsque celle-ci est inapplicable ou inopportune.

796. Limites de la finalité rétributive. Il y a donc, en pratique, une proportionnalité entre les infractions commises et les peines prononcées, même si cette fonction moralisatrice de la peine est aujourd'hui largement remise en cause par ses autres fonctions, notamment celle de réadaptation sociale, réduisant ainsi sa spécificité par rapport aux mesures de sûreté. En effet, l'aspect rétributif de la peine ne saurait prédominer au point de compromettre le but de réadaptation et de réinsertion sociale³ qui est aujourd'hui une priorité de la politique criminelle⁴. En ce sens, Marc Ancel dénonçait la conception classique du châtement rétributif en invitant à penser la réaction contre le délit dans l'avenir et non dans le passé, « parce que rien ne peut faire que ce qui a été n'ait pas été »⁵, la peine n'effaçant aucunement la faute commise.

En outre, les délinquants ressentent la peine plus souvent comme une injustice que comme la rétribution de l'injustice qu'ils ont eux-mêmes commise, ce qui rend peu opérante la fonction de rétribution que le système pénal veut attribuer à celle-ci⁶. La finalité de rétribution a ainsi été « peu à peu délaissée par la pratique judiciaire, depuis la fin du XIX^e siècle, au profit d'autres fonctions de la peine, dont celle de réadaptation sociale »⁷, la politique criminelle étant principalement guidée par le souci de prévenir la délinquance.

797. Réaffirmation de la finalité rétributive. Si l'équivalence entre l'infraction et la peine, censée réparer le mal causé, « se situe à un niveau essentiellement symbolique, et non

¹ *Ibid.*

² B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 6.

³ *Ibid.*, p. 6.

⁴ V. les fonctions communes de la peine et de la mesure de sûreté, *supra*, n° 558 s.

⁵ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, op. cit., p. 212.

⁶ R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie*, op. cit., p. 730.

⁷ *Ibid.*, p. 731.

matériel »¹, on peut observer un certain retour à la finalité punitive de la peine avec les réformes récentes². Ainsi, l'idée de réadaptation sociale est parfois abandonnée au profit d'un retour à davantage de sévérité : l'instauration en cas de récidive légale de peines planchers³, aujourd'hui abrogées⁴, l'a montré.

De même, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 a tenu à rappeler, dans une disposition générale chapeautant, au sein du Code pénal, le Titre III dédié aux peines, que l'une des fonctions de celles-ci est de « *sanctionner l'auteur de l'infraction* » (article 130-1 CP). On peut y déceler une volonté de réaffirmer la finalité rétributive de la peine et lui conférer une certaine crédibilité aux yeux tant de la société que du délinquant. Le rappel de cette fonction est d'ailleurs essentiel, car celle-ci « apporte une limite à la justification utilitariste de la peine : la peine rétribue le mal causé à la société, ni plus ni moins »⁵. Bien que la formulation retenue (« *sanctionner* ») puisse, de prime abord, inclure les mesures de sûreté (dans le sens où celles-ci font partie des « sanctions » pénales⁶), elle doit plutôt être entendue comme rappelant que la peine est censée rétribuer le trouble causé à la société en faisant expier le mal commis. À ce titre, il serait peut-être plus clair de remplacer l'expression « *sanctionner l'auteur* » par celle de « punir l'auteur » ou « réprimer la faute commise », afin de distinguer plus clairement les fonctions de la peine de celles de la mesure de sûreté.

Le même article dispose que la peine vise à « *restaurer l'équilibre social* ». Il y a donc nécessairement, malgré l'individualisation de la peine, une certaine proportionnalité de cette dernière par rapport à la faute commise – ce qui n'est pas le cas des mesures de sûreté. Il convient toutefois de distinguer entre les finalités de la peine au stade de son prononcé – la

¹ M. van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale », *art. cit.*

² V. plus en détail, P. Poncela, « Éclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in : F. Blondieau *et al.* (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Vol. 1 de Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris: Série Philosophie du droit, PUF, 1983, p. 11 s.

³ Anc. art. 132-34, al. 3 (issu de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009) en combinaison avec l'anc. art. 132-19-1 (issu de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007).

⁴ Si les peines planchers ont été abandonnées par la loi du 15 août 2014, elles existent toujours dans de nombreux pays, à l'instar de l'Allemagne, et rien ne garantit qu'elles ne seront pas réinstaurées ultérieurement en France, tant les réformes varient au gré des changements politiques. De plus, la loi du 12 décembre 2005 avait excepté de toute obligation de motivation les juges prononçant une peine d'emprisonnement ferme à l'encontre d'un récidiviste, en exigeant une motivation en cas d'une peine minorée (anc. art. 132-19, al. 3 CP ; v. p. ex. Cass. crim., 28 mai 2008, n° 08-81403 : *Dr. pén.*, 2009, chron. 3, n° 5, obs. Garçon ; Cass. crim., 13 janv. 2010, n° 09-80854 : *Dr. pén.*, 2011, chron. 2, n° 7, obs. Bonis-Garçon). Cependant, la loi du 15 août 2014 est revenue sur cette règle.

⁵ J. Leblois-Happe, « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine – vers des principes directeurs en matière de peine ? », *art. cit.*, p. 11.

⁶ V. *supra*, n° 3.

rétribution de la faute – et au stade de son exécution – la réinsertion sociale du délinquant et la protection de la société (comme le rappelle l'article 707, II CPP)¹.

Sa finalité rétributive reflète d'ailleurs que si la peine repose, en grande partie, sur son utilité, elle ne saurait être exclusivement utilitaire, mais doit être à la fois utile et juste. La mesure de sûreté s'en distingue car elle est guidée exclusivement par son utilité.

798. Absence de finalité rétributive des mesures de sûreté. La mesure de sûreté se désintéresse du passé, étant par conséquent « dépourvue de connotation rétributive ou d'effet intimidant »². Elle procède donc d'une logique tout à fait différente que la peine traditionnelle, et ce sont précisément ses particularités qui lui ont permis de venir combler certaines lacunes de cette dernière. Elle constitue un moyen supplémentaire de protection sociale, « réservé plus particulièrement à certaines catégories de délinquants à l'égard desquels l'application des peines classiques se révèle, soit inopportune, soit inefficace »³.

Il est ainsi des domaines où la peine n'a pas vocation à intervenir, notamment à l'égard des auteurs irresponsables. Pour ces derniers, la mesure de sûreté constitue l'unique moyen de réaction aux actes objectivement prohibés par la loi. Par ses vertus curatives, ou à défaut neutralisatrices, elle contribue à empêcher que l'individu malade ne commette d'autres actes.

Dans d'autres domaines comme en matière de lutte contre la récidive, la peine s'est révélée d'une efficacité limitée. La mesure de sûreté a alors l'avantage de prendre en considération avant tout la personnalité du délinquant, sans égard aux actes commis. Elle présente, il est vrai, ainsi le risque de le déresponsabiliser. Cette crainte mérite toutefois d'être relativisée puisque la mesure de sûreté cessant en même temps que l'état dangereux du sujet, celui-ci aura tout intérêt à participer activement à sa propre resocialisation.

L'absence de coloration morale de la mesure de sûreté explique qu'elle puisse s'appliquer à une chose périlleuse en dépit des droits du propriétaire ou en l'absence de culpabilité de l'auteur⁴.

799. La finalité préventive : finalité unique des mesures de sûreté et finalité secondaire des peines. À côté de la fonction morale, on l'a vu, les peines ont une fonction utilitaire préventive⁵. Celle-ci peut consister soit en l'amendement et la réadaptation du

¹ V. aussi *supra*, n° 567.

² J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 31.

³ M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rapport préc.*, p. 417.

⁴ V. *supra*, n° 477 s.

⁵ V. *supra*, n° 558 s..

délinquant, appelée prévention « positive », soit en l'intimidation individuelle¹ et collective², appelée prévention « négative ». Cette dernière forme de prévention est propre aux peines, contrairement à la fonction de prévention « positive », qu'elles ont en commun avec les mesures de sûreté.

Pour Marc Ancel, la fonction intimidante de la peine est une fiction, s'agissant d'une hypothèse valable tout au plus pour certaines catégories de délinquants³. Mais un auteur a rappelé, à juste titre, que « si [...] nous exagérons le but de la peine en l'envisageant comme un simple moyen de rééducation ou d'amendement, la fonction de la *prévention générale* ne pourra être remplie »⁴.

En définitive, bien que la peine et la mesure de sûreté poursuivent, toutes deux, une finalité préventive, « la mesure de sûreté est, de façon exclusive, tournée vers l'avenir », alors que la peine « poursuit une double mission, préventive certes, mais à l'évidence aussi, répressive »⁵. Si on a donc vu le domaine de la finalité préventive de la peine s'accroître progressivement, celle-ci demeure tout au plus une finalité secondaire et souvent aléatoire de la peine qui est, avant tout, punitive⁶. La mesure de sûreté, au contraire, est à vocation exclusivement préventive. De plus, la peine assure aussi bien la prévention générale que la prévention spéciale, alors que la mesure de sûreté n'est préventive qu'à l'égard d'un seul individu en agissant directement sur les causes de la criminalité par un traitement adapté⁷. Si

¹ La prévention négative individuelle par l'intimidation des personnes se trouvant déjà dans l'activité délictuelle passe par la souffrance entraînée par la peine, visant à détourner le délinquant de la récidive. Or, la pratique montre que malgré l'application de la peine, et malgré l'aggravation de celle-ci en cas de récidive, le taux de cette dernière demeure très élevé. La peine serait donc inefficace : v. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 725.

² La prévention négative générale correspond à la dissuasion de la collectivité de commettre des infractions, passant par la crainte qu'évoque l'existence de la peine, considérée comme une souffrance. Le législateur va donc choisir des peines qui frappent l'opinion publique par leur sévérité, leur promptitude et leur sûreté : v. B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, p. 7. Il n'est toutefois pas certain que cette finalité remplisse réellement son rôle, car son efficacité est mise en doute et les statistiques ne démontrent pas l'influence des sanctions prévues et de leur sévérité sur le taux de la délinquance. Ainsi, l'abolition en France de la peine de mort en 1981 ne semble pas avoir entraîné une diminution des crimes qui en étaient punissables et la répression de nouvelles infractions économiques n'en a pas tari le nombre, ni la fréquence (v. R. Gassin, S. Cimamonti, Ph. Bonfils, *Criminologie, op. cit.*, p. 712 s.). La cruauté de la peine ne paraît donc pas avoir d'effet pratique sur l'évolution de la criminalité.

³ M. Ancel, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de défense sociale », *RSC*, 1973, p. 191 et s.

⁴ L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté, sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.*, p. 35.

⁵ J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 31.

⁶ V., en ce sens, M. van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale », *art. cit.*; R. Gassin, « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 18, 1994, p. 60.

⁷ V. L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté, sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.* p. 34.

elle peut, dans certains cas, avoir un effet intimidant, il ne s'agit là que d'un effet secondaire, non recherché, et nullement d'une finalité.

800. Caractère répressif : propre à la peine. La suite logique des constats qui précèdent est que la mesure de sûreté ne présente en théorie aucun caractère répressif alors que la peine est afflictive et infamante. Le caractère répressif de la peine dérive, en effet, de sa finalité rétributive et de son fondement moral ; il correspond à l'idée de responsabilité du coupable doté de son libre arbitre. La peine est afflictive dans le sens où elle impose au condamné un mal mesuré à la gravité de son infraction, et infamante car elle traduit la réprobation de la société devant le crime commis et l'état du criminel. Elle est donc ressentie par le condamné comme une souffrance ou une privation qu'il a méritée en raison de son comportement. Or, si toutes les peines afflictives étaient aussi infamantes, comme la peine de mort ou la réclusion criminelle¹, les peines seulement infamantes, comme le bannissement ou la dégradation civique², ont disparu depuis 1994, ces formes d'élimination sociale d'ordre purement moral n'étant pas compatibles avec les droits de l'homme³.

La mesure de sûreté, elle, est dépourvue de coloration morale ; elle se veut socialement neutre. Uniquement liée à l'état dangereux de l'individu, elle ne traduit aucun reproche de la part de la société mais vise simplement à prévenir la commission éventuelle d'une infraction. Il en découle que la mesure de sûreté ne devrait, en théorie, causer aucune souffrance à l'individu qui en est l'objet. Il faut cependant constater qu'en pratique la mesure de sûreté entraîne le plus souvent une gêne plus ou moins importante et peut être ressentie par la personne concernée comme une peine. Parfois même, les conséquences liées à une mesure de sûreté se révèlent subjectivement plus graves que celles attachées à certaines peines. Ceci est notamment le cas lorsque la mesure entraîne une restriction ou une privation de liberté d'une durée indéterminée, comme c'est le cas de la rétention de sûreté.

Il convient, de ce fait, d'insister sur le fondement de la souffrance infligée au sujet : la souffrance liée à la peine est causée de façon intentionnelle⁴, puisque le but de la peine est de rétablir un équilibre qui a été rompu par la commission d'une infraction. Pour la mesure de

¹ Art. 7 anc. Code pénal.

² Art. 6 et 8 anc. Code pénal.

³ Il convient toutefois de soulever qu'il est actuellement question de réintroduire une peine semblable à la dégradation civique, appelée la « dégradation nationale », sanction fortement controversée : v. J.-J. Urvoas, *Rapport d'information par la commission des lois (...) sur la peine d'indignité nationale*, AN, doc. n° 2677, 25 mars 2015.

⁴ H. Frister, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvormutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Vol. 62 de *Strafrechtliche Abhandlungen*, Duncker & Humblot, 1988, p. 16.

sûreté, la souffrance présente uniquement une « conséquence secondaire et non intentionnelle » de la prévention spéciale¹. N'étant pas la finalité même de la mesure, il faut limiter la souffrance à ce qui est strictement nécessaire pour neutraliser la dangerosité de l'individu. Le principe est celui de la plus grande clémence possible envers l'intéressé. Parmi plusieurs mesures applicables sera donc choisie la moins lourde, tant qu'elle est à même de protéger la collectivité contre la personne dangereuse².

801. Propos conclusifs. Aux tenants d'une conception unitaire de la sanction pénale, remettant en question la distinction entre peines et mesures de sûreté, on répondra que celle-ci s'avère irréductible. La peine et la mesure de sûreté ne sauraient se confondre complètement. Partant, pour parvenir à une délimitation logique, il faut rechercher, dans un premier temps, le fondement de chaque sanction pénale : la culpabilité pour les peines, la dangerosité pour les mesures de sûreté. Dans un second temps, il est nécessaire d'identifier le but principal, voire exclusif de la sanction : si c'est la rétribution d'une faute, il s'agit d'une peine, si c'est uniquement la prévention d'infractions futures, il s'agit d'une mesure de sûreté.

Ces traits distinctifs amènent au constat de la différence conceptuelle entre peines et mesures de sûreté, différence que conforte le droit européen.

B. La différence conceptuelle entre peines et mesures de sûreté confortée par le droit européen

802. En raison de la différence conceptuelle entre peines et mesures de sûreté, il s'avère nécessaire de maintenir, voire de renforcer la distinction entre ces deux types de sanctions pénales. Comme l'affirme le professeur Bouloc, « même si le nouveau code pénal ne prévoit que des peines, il existe des mesures de sûreté, comme l'incapacité d'exercer une activité de professionnel de l'immobilier »³. Ainsi, « fidèle aux enseignements du professeur Levasseur », l'auteur estime « utile de maintenir la théorie et la nomenclature des mesures de

¹ H. Kammeier, *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, op. cit., p. 230.

² C'est d'ailleurs en raison du caractère répressif de la peine que cette dernière, sous ses différentes formes, revêt toujours une unité conceptuelle, tandis que les mesures de sûreté sont extrêmement variées : entre l'internement des délinquants d'habitude et le placement avec un but curatif d'un toxicomane, il existe en effet une différence substantielle. En ce sens, L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté, sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », art. cit., p. 33.

³ B. Bouloc, « Les incapacités professionnelles sont des mesures de sûreté », art. cit., p. 539 s.

sûreté »¹. Le droit européen conforte le constat de cette différence conceptuelle dans la mesure où il fait une place aux mesures de sûreté en les distinguant des peines. Il arrive fréquemment, en effet, que des textes européens se réfèrent au concept de mesure de sûreté. Si ces normes ne fournissent pas de définition claire de la notion, la différence entre peine et mesure de sûreté y semble sous-entendue. Les mesures de sûreté sont reconnues aussi bien par le droit de l'Union européenne (1) que par celui du Conseil de l'Europe (2).

1. La reconnaissance des mesures de sûreté par le droit de l'Union européenne

803. Le droit de l'Union européenne prend fréquemment en compte la notion de mesure de sûreté, témoignant de sa reconnaissance en tant que concept plus ou moins autonome, non assimilable à celui de la peine. Néanmoins, s'il suggère une définition des « sanctions alternatives »², il n'en fait pas de même pour les mesures de sûreté, peut-être en raison de la grande diversité existant entre les ordres juridiques nationaux. Sans prétendre à l'exhaustivité, on donnera un aperçu des domaines dans lesquels la notion apparaît.

804. Reconnaissance mutuelle, coopération judiciaire et entraide judiciaire. Le principe de reconnaissance mutuelle qui, depuis les conclusions du Conseil européen de Tampere de 1999 constitue « la pierre angulaire » du fonctionnement de l'Union en matière de justice, doit permettre d'exécuter plus facilement dans un État membre les sanctions prononcées dans un autre.

Plusieurs instruments adoptés dans ce cadre concernent les mesures de sûreté. Il en va ainsi notamment des règles relatives à l'extradition et au mandat d'arrêt européen³ qui se réfèrent aux mesures de sûreté. Ainsi, la Convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne (article 2), délimite le domaine des infractions susceptibles de donner lieu à extradition par rapport à la peine privative de liberté ou la mesure de sûreté privative de liberté encourue⁴. Le Conseil a adopté le mandat

¹ *Ibid.* V. aussi B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 409 s.

² Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 30 avr. 2004, COM/2004/0334 final, chap. 2.1.10.

³ Sur la nature du mandat d'arrêt européen, v. V. Malabat, « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », *Dr. pén.*, n° 12, déc. 2004, étude 17.

⁴ Aussi, la Convention européenne d'extradition signée le 13 décembre 1957 dispose-t-elle que « *donneront lieu à extradition les fait punis par les lois de la Partie requérante et de la Partie requise d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté [...]* » (art 2, 1°).

d'arrêt européen par une décision-cadre du 13 juin 2002¹. Première concrétisation, dans le domaine du droit pénal, du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, il permet l'arrestation et la remise des personnes à un État membre en vue de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté (article 1). En ce qui concerne le champ d'application du mandat d'arrêt, l'article 2 précise qu'il peut être émis pour des faits punis par la loi de l'État membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins douze mois ou, lorsqu'une condamnation à une peine est intervenue ou qu'une mesure de sûreté a été infligée, pour des condamnations prononcées d'une durée d'au moins quatre mois.

Notons que les dispositions relatives à l'extradition et au mandat d'arrêt européen ayant été transposées par la France dans le Code de procédure pénale², celui-ci fait également référence aux mesures de sûreté, sans pour autant se soucier de leur définition ni de leur reconnaissance en droit positif.

La décision-cadre du Conseil du 27 novembre 2008 (2008/909/JAI) concerne l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne³. Il ressort des dispositions de ce texte⁴ que la reconnaissance mutuelle est limitée aux jugements prononçant une mesure de sûreté après une condamnation, les mesures de sûreté appliquées aux personnes irresponsables se trouvent donc exclues.

On peut encore évoquer la mise en place des échanges d'informations en matière de coopération judiciaire concernant un certain nombre d'infractions punissables dans l'État membre requérant ou émetteur d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté

¹ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 (2002/584/JAI), relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (*J.O.* L 190 du 18 juil. 2002, p. 1), telle que modifiée par la décision-cadre du Conseil du 26 février 2009 (2009/299/JAI).

² Le mandat d'arrêt européen et son champ d'application sont définis aux articles 695-11 et 695-12 CPP. V. également notamment les articles 695-17, 695-21, 695-22-1, 695-23, 695-24, 695-42, 695-46, 695-47, 695-55, 695-56 CPP.

³ *J.O.* L 327 du 5 déc. 2008, p. 27.

⁴ L'article 7 § 1 énumère une liste d'infractions qui, telles qu'elles sont définies par le droit de l'État d'émission, donnent lieu à la reconnaissance du jugement et à l'exécution de la condamnation prononcée sans contrôle de la double incrimination, si elles sont punies dans l'État d'émission d'une peine ou d'une mesure privative de liberté d'une durée maximale d'au moins trois ans. L'article 1 définit la notion de « *condamnation* » comme « *toute peine ou mesure privative de liberté prononcée pour une durée limitée ou illimitée en raison d'une infraction pénale à la suite d'une procédure pénale* ». Enfin, selon le Considérant n° 20 de la décision-cadre, un État peut refuser de reconnaître le jugement et d'exécuter la condamnation dans les cas où la personne n'a pas été reconnue coupable d'une infraction pénale bien que l'autorité compétente ait appliqué une mesure privative de liberté autre qu'une peine de prison à la suite d'une infraction pénale.

d'un maximum d'au moins cinq ou six ans¹ ; de même que l'obligation de renseignement en matière d'entraide judiciaire, concernant les faits punissables d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins deux ou quatre ans².

805. Harmonisation de certaines mesures. Au-delà de la référence aux mesures de sûreté, certaines mesures qui y ressortissent font l'objet d'une harmonisation au niveau de l'Union européenne. À titre d'illustration, on peut citer la confiscation et la déchéance du droit de conduire.

Il ressort de la décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 (2001/500/JAI) concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime³ (articles 1 et 3) que les États membres sont tenus d'assurer la possibilité d'avoir recours à la mesure de confiscation⁴, dans la mesure où l'infraction est punie d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an⁵. La décision-cadre du Conseil du 6 octobre 2006 (2006/783/JAI) relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation⁶ définit dans son article 2, c) la « *décision de confiscation* » comme « *une peine ou une mesure définitive ordonnée par une juridiction à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, aboutissant à la privation permanente du bien* ».

¹ Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité (*J.O.* L 138 du 4 juin 2009, p. 14) : modifie l'art. 13, al. 6 a).

² V. not. l'acte n° 2001/C 326/01 du Conseil du 16 octobre 2001 établissant le protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (*J.O.* n° 326 du 21 nov. 2001, p. 2-8) prévoit, en son art. 1^{er}, une obligation de renseignement sur les comptes bancaires situés sur son territoire si l'enquête concerne un fait punissable d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans dans l'État membre requérant et d'au moins deux ans dans l'État membre requis.

³ *J.O.* L 182 du 5 juil. 2001, p. 1.

⁴ Il est précisé dans le Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, *préc.*, chap. 3.1.5 que « *La confiscation a normalement un caractère spécifique (par exemple en Allemagne, en Belgique, au Danemark, au Luxembourg, aux Pays Bas, en Italie ou au Royaume Uni), s'appliquant aux objets qui ont servi à commettre l'infraction et aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction ou aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et même aux revenus de ces avantages investis. Si ces choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui leur sera équivalente (par exemple en Belgique, au Danemark, au Luxembourg et en France)* ».

⁵ Dans ce cas, les États membres ne peuvent pas formuler ou maintenir de réserves à l'article 2 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 (*Traités du Conseil de l'Europe*, n° 141. Ouverte à la signature le 8 novembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993) relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. Cette dernière prévoit que chaque Partie à la Convention doit adopter les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer des instruments et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits.

⁶ *J.O.* L 328 du 24 nov. 2006, p. 59.

S'agissant de la déchéance du droit de conduire, l'acte du Conseil du 17 juin 1998 établissant la convention 98/C 216/01 relative aux décisions de déchéance du droit de conduire¹ définit celle-ci, en son article premier, comme « *toute mesure qui est prise à la suite d'une infraction à la réglementation routière, qui a pour effet le retrait ou la suspension du droit de conduire d'un conducteur de véhicule à moteur et qui n'est plus susceptible de recours. Cette mesure peut consister aussi bien en une peine principale, complémentaire ou accessoire qu'en une mesure de sûreté et peut avoir été prise aussi bien par une autorité judiciaire que par une autorité administrative* ». Le mécanisme de reconnaissance prévu par cette convention demeure cependant relativement faible, puisque l'interdiction du droit de conduire n'est pas reconnue directement dans tous les États membres de l'Union, mais suppose le relais de l'État membre de résidence². On remarque d'ailleurs que tout en harmonisant les sanctions évoquées, le droit de l'Union européenne ne détermine pas si elles constituent des peines ou des mesures de sûreté, laissant aux États une marge d'appréciation.

806. Prévention ou lutte contre certaines formes de criminalité. Afin de lutter contre certaines formes de criminalité, l'Union européenne fournit des définitions communes dans des domaines sensibles. Il en va ainsi du concept d' « *organisation criminelle* », laquelle est définie par référence aux infractions projetées, punissables 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 grave³.

Pour ne citer qu'un autre exemple, la notion d' « *activité criminelle* » est définie comme tout type de participation à une « *infraction grave* », comprenant, entre autres, 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, dans les États dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois⁴.

¹ J.O. C 216 du 10 juil. 1998, p. 2-12. V. Rapport explicatif sur la Convention relative aux décisions de déchéance du droit de conduire (J.O. C 211 du 23 juil. 1999, p.1).

² V. Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, *préc.*, chap. 3.2.3.

³ V. L'action commune 1998/733/JAI relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, adoptée par le Conseil le 21 décembre 1998 (J.O. L351 du 29 déc. 1998, p.1) et la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée (J.O. L 300 du 11 nov. 2008, p. 42-45, art. 1 § 1).

⁴ Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (J.O. L 309 du 25 nov. 2005, p. 15), art. 3 § 5, f).

807. Propos conclusifs. L'expression récurrente « puni » ou « punissable » d'une peine ou d'une mesure de sûreté laisse penser que l'Union européenne ne fait pas de distinction conceptuelle entre ces deux types de sanctions pénales. Pourtant, on observe que des termes différents sont employés pour désigner la manière dont la sanction est appliquée : il s'agit d'une condamnation pour la peine, alors que la mesure de sûreté est « infligée », sans plus de précisions. Le droit de l'Union européenne n'ignore pas l'existence de telles mesures en les distinguant des peines, reconnaissant implicitement leur spécificité ; il ne va toutefois pas au-delà.

La reconnaissance par le droit du Conseil de l'Europe semble en revanche plus aboutie.

2. La reconnaissance des mesures de sûreté par le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme

808. Tant les instruments du Conseil de l'Europe que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme font une place considérable aux mesures de sûreté.

809. Conventions du Conseil de l'Europe faisant référence aux mesures de sûreté. Il suffit de citer trois Conventions afin de se convaincre de la place qu'occupent les mesures de sûreté au sein du droit issu du Conseil de l'Europe. En premier lieu, la Convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des personnes condamnées conclue le 21 mars 1983¹ a pour objet principal de favoriser la réinsertion sociale des personnes condamnées à des peines ou des mesures privatives de liberté, en permettant à un étranger privé de sa liberté à la suite d'une infraction pénale de purger sa peine ou le reste de sa peine dans son milieu social d'origine.

En deuxième lieu, la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition du 30 novembre 1964² favorise l'aide mutuelle nécessaire au reclassement social des personnes condamnées à l'étranger. Elle vise à permettre aux personnes condamnées d'être placées sous la surveillance appropriée des autorités d'un autre État. Sont concernées les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation emportant privation de liberté, et bénéficiant d'un sursis ou d'une libération conditionnelle anticipée. Si la convention ne vise, *a priori*, que les mesures d'aménagement

¹ Elle a été ratifiée par cinquante-deux États dont une partie n'est pas membre du Conseil de l'Europe. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1985.

² Élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe, elle a été signée le 30 novembre 1964 et est entrée en vigueur le 22 août 1975. Elle a été ratifiée par seize États.

de la peine privative de liberté, il serait envisageable de l'étendre aux mesures de sûreté de surveillance dès lors qu'elles se substituent ou s'ajoutent à une privation de liberté. De surcroît, l'article 1^{er} de la Convention dispose que « *les Parties contractantes mettront à exécution [...] la peine ou la mesure de sûreté privatives de liberté prononcées contre le délinquant et dont l'application avait été suspendue* ».

En troisième et dernier lieu, on peut se référer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui autorise, en son article 5 § 1, e), la détention d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane, ou même d'un vagabond. Implicitement, ce texte semble autoriser des mesures de sûreté sur le fondement de la dangerosité des catégories de personnes visées.

810. Recommandation du Conseil de l'Europe relative aux délinquants dangereux.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a élaboré une Recommandation relative aux délinquants dangereux¹, dans laquelle il reconnaît clairement l'existence des mesures de sûreté – appelées « mesures de sécurité »² – qu'il vise précisément à encadrer. Après avoir défini notamment le terme de « délinquant dangereux »³, la Recommandation se réfère ainsi à deux principales mesures de sûreté, à savoir, d'une part, la « détention préventive de sûreté » – laquelle correspond à la rétention de sûreté française et à l'internement de sûreté allemand – et, d'autre part, la « surveillance préventive » – laquelle correspond à la surveillance de sûreté en France et à la surveillance de conduite en Allemagne. Elle précise, ensuite, que par détention préventive de sûreté, « on entend la détention imposée par l'autorité judiciaire à une personne, qu'elle doit effectuer pendant ou après la peine d'emprisonnement ferme conformément à son droit interne » (n° 1, g). Cette détention préventive de sûreté est considérée comme une mesure de protection publique et non uniquement une sanction pénale, et elle peut être d'une durée déterminée, même si elle est le plus souvent d'une durée indéterminée⁴. S'agissant de la surveillance préventive, elle « désigne des mesures de

¹ *Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux, préc.* V. également CM(2014)14 add1, 21 janv. 2014, *Projet de recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux*, *Projet de commentaire*.

² V. Partie V, n° 41 de la Recommandation.

³ V. *supra*, n° 686.

⁴ *Commentaire de la recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux (CM(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/elle pourrait présenter à l'avenir.

contrôle, de suivi, de surveillance ou de restriction des déplacements, imposées à l'encontre d'une personne après qu'elle a commis un crime et après qu'elle a purgé une peine d'emprisonnement, ou bien en lieu et place d'une peine d'emprisonnement » (n° 1, h). Pour les deux mesures, il est en outre précisé qu'elles ne sont pas imposées en raison uniquement d'une infraction commise par le passé, mais qu'elles reposent aussi sur une évaluation établissant que le délinquant pourrait commettre d'autres crimes d'une extrême gravité à l'avenir. Sont donc visées les deux principales mesures de sûreté, respectivement restrictive et privative de liberté, applicables aux délinquants responsables.

Ces définitions étant posées, la Recommandation fournit aux autorités nationales des orientations générales sur les principales règles à observer à l'endroit des délinquants dangereux. Il convient de les prendre en compte pour tenter d'établir un régime satisfaisant, permettant de « traiter les délinquants dangereux, comme tous les délinquants, dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et en tenant dûment compte de leur situation particulière et de leurs besoins individuels, tout en veillant en même temps à protéger efficacement la société contre leurs agissements »¹. En d'autres termes, il s'agit de trouver un juste équilibre entre la protection de la sécurité publique et la protection des droits des délinquants. Dans le cadre de l'élaboration d'un régime complet des mesures de sûreté², il conviendra d'y prêter attention.

811. Principes énoncés par la Recommandation. Les principes énoncés sont de six ordres. Premièrement, toute décision pouvant aboutir à une privation ou à une restriction de liberté à l'encontre d'un délinquant dangereux devra être prise ou avalisée par l'autorité judiciaire, garante des libertés individuelles.

Deuxièmement, en vertu du principe de proportionnalité et de subsidiarité, les mesures ne devront pas être disproportionnées par rapport au risque émanant du délinquant. Partant, il conviendra de prendre la mesure la moins contraignante possible de nature à assurer la protection de la société et la réduction du risque. Il en découle que la détention préventive de sûreté sera justifiée uniquement s'il est établi qu'il n'existe pas d'autre mesure moins restrictive qui soit adaptée. Elle devra être considérée comme l'« *ultima ratio* », autrement dit, l'ultime solution à laquelle recourir pour traiter les délinquants dangereux. Pour ce qui est de la surveillance préventive, elle aussi devra être réservée en priorité aux délinquants considérés comme extrêmement dangereux, de sorte qu'elle ne devienne pas une mesure

¹ Annexe à la Recommandation CM/Rec(2014)3, Partie I – Définitions et principes fondamentaux, n° 3.

² V. *infra*, n° 824 s.

courante applicable à tout délinquant violent¹. Aussi, il convient d'utiliser la surveillance électronique² avec mesure et toujours en association avec d'autres mesures de réhabilitation mises en œuvre par des travailleurs sociaux. Il est également rappelé que la Cour européenne des droits de l'homme s'efforce constamment de trouver un juste milieu entre l'exigence de défendre l'intérêt général de la communauté et l'exigence de protéger les droits fondamentaux de l'individu, et qu'elle y parvient au moyen du principe de proportionnalité³.

Troisièmement, en ce qui concerne l'évaluation de la dangerosité à laquelle sont subordonnées les mesures de sûreté, les critères d'identification des « délinquants dangereux » devront être strictement encadrés. Ces délinquants devront être définis de façon très étroite en tant que groupe spécifique. En outre, il est important de fonder l'évaluation sur un large éventail d'informations fiables collectées par divers moyens. En ce sens, les critères devront inclure, entre autres, des preuves de crimes graves avec violence commise antérieurement, de délinquance sexuelle, la caractérisation de traits de personnalité ou d'agissements du délinquant faisant apparaître un risque concret et persistant de violence ou de délinquance sexuelle, ainsi que des preuves de l'inadéquation de mesures moins lourdes (telles que le fait que, par le passé, l'intéressé ne se soit pas conformé à de telles mesures et qu'il ait persisté dans ses agissements). La Recommandation ajoute que la durée de la peine prononcée ou le comportement généralement récidiviste du délinquant ne pourront pas constituer le seul critère permettant de caractériser un délinquant comme dangereux. L'évaluation de la dangerosité devra être ordonnée par l'autorité judiciaire, l'intéressé devant disposer de la possibilité de demander un autre rapport d'expertise. Le rapport doit établir qu'il existe une forte probabilité que le délinquant commette, à l'avenir, un crime sexuel ou violent d'une extrême gravité contre une ou plusieurs personnes. Il devra inclure une analyse détaillée des comportements antérieurs et des facteurs historiques, personnels et circonstanciels ayant provoqué ces comportements ou y ayant contribué. De plus, il devra être structuré, fondé sur des preuves et reposer sur des outils validés appropriés, ainsi que sur un processus professionnel de prise de décision. L'autorité judiciaire devra disposer de ce rapport avant de prendre une décision sur l'évaluation du risque posé par le délinquant. De cette manière, les juges devront pouvoir s'appuyer sur ces conclusions d'experts pour arrêter leurs décisions,

¹ *Commentaire de la recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux (CM(2014)14 add1)*, n° 99.

² Sur la surveillance électronique, v. plus en détail la *Recommandation CM/Rec(2014)4 du Comité des Ministres aux États membres relative à la surveillance électronique*, adoptée par le Comité des Ministres le 19 février 2014 lors de la 1192^e réunion des Délégués des Ministres.

³ *Commentaire de la recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux (CM(2014)14 add1)*, n° 52.

toutefois sans préjudice de leur indépendance, puisque le rapport ne devra pas être imposé aux autorités judiciaires en tant qu'élément contraignant¹. Par la suite, au cours de l'exécution de la peine qui précède l'application de la mesure de sûreté, la dangerosité devra faire l'objet de réévaluations dynamiques et de contrôles périodiques. De manière globale, il conviendra de répéter périodiquement l'évaluation afin de s'assurer qu'elle reste pertinente et actualisée. Étant donné le fait que la dangerosité correspond à une « probabilité très élevée » d'un nouveau passage à l'acte, notion non définie par le droit, l'exposé des motifs de la recommandation précise qu'il appartiendra au tribunal d'apprécier cet aspect dans chaque affaire, en s'appuyant sur des rapports d'experts². Aussi, selon la Recommandation, il convient d'entreprendre des recherches sur l'utilisation et l'élaboration d'outils fiables d'évaluation du risque. Elle rappelle que les différents types d'évaluation, à savoir clinique ou actuarielle, présentent chacun des avantages et des limites et qu'il convient de les combiner pour obtenir les résultats les plus précis. Ainsi, une combinaison de différentes approches peut promouvoir la systématisation et la cohérence, tout en restant assez flexible pour tenir compte de la diversité des délinquants³.

Quatrièmement, il est question des finalités des mesures de sûreté que la Recommandation aborde sous l'expression de « gestion du risque posé par les délinquants dangereux ». Il en ressort que les mesures devront avoir pour objectif, à long terme, la réinsertion de ces derniers en toute sécurité dans la société, dans des conditions compatibles avec la protection de la société contre le risque présenté par le délinquant. À cet effet, il conviendra notamment d'établir un programme individuel prévoyant un processus progressif de réadaptation au moyen d'interventions appropriées. Une telle réinsertion suppose, en outre, des mesures positives visant à éviter la discrimination et la stigmatisation, et à remédier aux problèmes spécifiques que les délinquants dangereux pourraient rencontrer en prison ou dans le cadre de leur surveillance préventive hors institution. Le programme de gestion du risque devra mettre en balance les mesures de réhabilitation et les mesures de restriction. Il est souligné que la réinsertion de tout délinquant dans la société est au cœur de la mission de chaque système de justice pénale⁴. Il devra, enfin, exister un lien manifeste entre les interventions visant la prévention de la récidive et l'évaluation continue des risques présentés par un délinquant.

¹ *Ibid.*, n° 84.

² *Ibid.*, n° 36.

³ *Ibid.*, n° 122.

⁴ *Ibid.*, n° 170.

Cinquièmement, les mesures de sûreté devront être soumises à un contrôle régulier et indépendant exercé par une autorité judiciaire ou par un autre organisme indépendant autorisé à rendre visite aux intéressés et ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. La Recommandation insiste sur l'importance de la possibilité pour le délinquant de contester sa détention, ou la restriction de sa liberté, devant une juridiction au moins tous les deux ans.

Sixièmement, les conditions de l'internement devront être compatibles avec le respect de la dignité humaine. Les mesures de sûreté devront être limitées au minimum nécessaire, et le niveau de sécurité révisé à intervalles réguliers. Un traitement approprié dans un établissement adéquat devra être mis en place à la lumière des renseignements obtenus sur les besoins spécifiques relatifs au risque, les capacités et les dispositions de l'intéressé, ce traitement pouvant inclure une prise en charge médicale, psychologique et/ou sociale. Le traitement devra être basé sur le consentement éclairé du délinquant. De surcroît, la Recommandation précise que toute personne présentant ou développant des troubles mentaux devra recevoir un traitement approprié. La mesure doit favoriser le sens de la responsabilité des délinquants dangereux et encourager des attitudes et des compétences de nature à les aider à mener une vie respectueuse de la loi et à subvenir à leurs besoins. Il convient de proposer aux délinquants dangereux un régime structuré d'activités, ainsi qu'un accès à un soutien psychosocial, afin de rendre plus constructive la privation de liberté. Les conditions de détention doivent donc être tolérables et, si possible, meilleures que dans les prisons ordinaires, ce qui a été rappelé dans l'affaire *M. c. Allemagne* du 17 décembre 2009¹.

Il est à préciser que la Recommandation exclut expressément de son champ d'application les délinquants dangereux atteints de troubles mentaux – pour n'inclure que ceux présentant éventuellement des troubles de la personnalité – en précisant que les premiers devront être traités sous un autre régime tel que celui des hôpitaux psychiatriques. Cela est actuellement le cas en France ainsi qu'en Allemagne et ne pose donc aucun problème au regard des principes énoncés.

Il est enfin recommandé que les autorités, organismes, professionnels et associations concernés bénéficient d'une formation aux droits de l'homme².

812. La place des mesures de sûreté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme, bien qu'adoptant une

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*, § 127.

² *Commentaire de la recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux (CM(2014)14 add1)*, n° 184.

interprétation autonome des notions juridiques¹, n'ignore pas l'existence des mesures de sûreté qu'elle oppose aux peines. Si la conception adoptée par la Cour pour identifier ce qu'elle considère substantiellement comme une peine ou une mesure de sûreté ne correspond pas aux critères habituellement retenus en droit interne pour identifier une mesure de sûreté – à savoir notamment son fondement qu'est la dangerosité et l'absence de finalité rétributive² –, il ressort néanmoins de la jurisprudence européenne que le concept de mesure de sûreté est reconnu. Rappelons, d'une part, que la Cour de Strasbourg a estimé que l'inscription au FIJAISV constituait une telle mesure³. D'autre part, au-delà de cette reconnaissance formelle d'une mesure de sûreté, la Cour a clairement mis en avant, dans l'affaire *Maiorano et autres c. Italie*⁴, l'obligation de l'État de protéger ses citoyens contre les délinquants dangereux. Or, cela semble impliquer l'obligation positive, mise à la charge des autorités, de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique, afin de protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui. Partant, on y retrouve clairement l'idée d'une protection préventive de la société, passant nécessairement par des mesures de sûreté dès lors que les peines s'avèrent insuffisantes. Qui plus est, les nombreux arrêts rendus contre l'Allemagne en matière de détention de sûreté laissent apparaître une parfaite acceptation par la Cour européenne de cette mesure fondée sur la dangerosité, à la condition que soit respecté un certain nombre d'exigences assurant la conformité de la mesure aux garanties fondamentales⁵.

813. Propos conclusifs. L'étude des instruments juridiques européens constitue, à n'en point douter, une preuve de la différence conceptuelle entre peines et mesures de sûreté. Ces dernières existant dans la pratique, les normes supranationales y font référence dans nombreux domaines. Devant le constat d'une impossible assimilation aux peines, une reconnaissance des mesures de sûreté s'avère nécessaire afin de conforter leur autonomie.

¹ V. *supra*, n° 515 s.

² V. *supra*, n° 791 s.

³ CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*, § 43.

⁴ CEDH, *Maiorano et autres c. Italie*, 15 déc. 2009, n° 28634/06, *préc.*

⁵ V. *supra*, n° 533 s. et, de manière plus générale, n° 587 s.

§ 2 : La reconnaissance indispensable des mesures de sûreté

814. L'analyse qui précède a mis en évidence les différences irréductibles qui existent entre les peines et les mesures de sûreté. Cela amène au constat d'une reconnaissance indispensable de la notion de mesure de sûreté, avec, comme le souhaitait le professeur Levasseur plus particulièrement pour l'interdiction de séjour, « les conditions juridiques et techniques d'intervention et de fonctionnement qui conviennent à sa nature »¹. Les mesures de sûreté sont, en effet, nécessaires à l'égard de certaines catégories de délinquants (A) et peuvent être classées en fonction de plusieurs critères (B).

A. La nécessité des mesures de sûreté à l'égard de certains délinquants

815. Complément ou substitut nécessaire de la peine. Le magistrat Maurice Patin constatait en 1948 que les mesures de sûreté personnelles étaient nécessaires à l'égard de trois catégories de délinquants : les « aliénés criminels » qui ne peuvent être frappés par aucune peine, les « semi-responsables » qui doivent être guéris de leurs mauvaises habitudes criminelles et enfin les récidivistes et les délinquants d'habitude « chez qui le sens moral paraît absent et qui représentent pour la société un danger permanent »². Bien qu'on ne parle plus aujourd'hui de délinquants d'habitude, cette affirmation conserve toute son actualité. La mesure de sûreté a en effet vocation à s'appliquer aux personnes irresponsables, dans la mesure où la peine ne saurait trouver à s'appliquer quand bien même une infraction aurait matériellement été commise. En ce qui concerne les personnes à responsabilité atténuée, une mesure de sûreté à finalité curative est sans doute plus adaptée qu'une peine, la fonction morale de cette dernière ne pouvant pleinement déployer ses effets. Face aux délinquants qui persistent dans la criminalité, l'action répressive a montré ses limites et devra alors être complétée par une action purement préventive, ce qui sera précisément le rôle des mesures de sûreté. Mentionnons, en outre, l'importance de ces mesures à l'égard des mineurs délinquants qui doivent faire l'objet, avant tout, de mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation³. En effet, soit la peine leur est inapplicable en raison de leur bas âge ou de l'absence de discernement, soit la peine est applicable avec l'excuse de minorité⁴ ; mais dans

¹ G. Levasseur, « Une mesure qui va prendre son vrai visage : l'interdiction de séjour », *art. cit.*, p. 39.

² M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rapport préc.*, p. 423-426.

³ Art. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴ L'article 122-8 CP dispose que « *Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi*

tous les cas une mesure éducative sera plus adaptée¹. Il apparaît alors clairement que la mesure de sûreté constitue le complément, voire le substitut, indispensable de la peine dont elle vient pallier les carences dès lors que cette dernière se révèle inefficace ou inopportune². En faisant entrer la dangerosité dans la sphère du droit pénal alors que celui-ci est traditionnellement fondé exclusivement sur la culpabilité, le législateur s'impose d'y apporter une réponse spécifique, obéissant à une logique différente de celle des peines. Les mesures de sûreté apparaissent, dès lors, comme la sanction privilégiée face à certaines catégories de délinquants dangereux.

816. Nécessité d'insérer les mesures de sûreté au sein du Code pénal. La mesure de sûreté est la grande oubliée du Code pénal qui opère une assimilation erronée entre les différentes sanctions pénales. La place des mesures de sûreté n'est pas dans le Code de procédure pénale car il ne s'agit ni de modalités d'application ou d'exécution de la peine, ni de mesures procédurales préjudicielles (à la différence de la garde à vue, du contrôle judiciaire et de la détention provisoire). Au sein du Code pénal, leur place ne devrait en aucun cas être parmi les peines, comme cela est actuellement le cas de quelques mesures éparées, puisque l'on a démontré que ces deux concepts ne sont pas assimilables. Il faut donc absolument éviter la confusion. Presqu'un siècle plus tard, on peut reprendre le constat évident que « du désir de séparer la peine et la mesure de sûreté on a tiré la conclusion qu'il serait bon que le code pénal comportât, à côté d'une partie générale applicable aux peines, une autre partie générale régissant les mesures de sûreté »³.

À l'intérieur de cette partie générale qui devrait être dédiée aux mesures de sûreté, une classification s'impose.

particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge ». Les mesures en question sont prévues par l'article 15 de l'ordonnance du 2 février 1945.

¹ Il est à préciser qu'il ressort de l'article 122-8 que même les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation sont subordonnées à la capacité de discernement et, partant, la responsabilité pénale du mineur. En ce domaine, les mesures de sûreté se distinguent donc des mesures de sûreté applicables aux délinquants majeurs, en ce que ces dernières sont en principe indifférentes à la responsabilité pénale et fondées uniquement sur la dangerosité de l'individu. Cependant, des mesures d'assistance éducative à caractère obligatoire peuvent également être prononcées en faveur du mineur en danger (art. 375 du Code civil), ce qui permet, en pratique, de prendre en charge des mineurs dangereux et dépourvus de discernement, et de prévenir en même temps qu'ils ne tombent dans la délinquance.

² V. F. Grispigni, « Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 776 ; M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rapport préc.*, p. 417 ; R. Schmelck, « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté », *art. cit.*, p. 184.

³ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 123.

B. La classification des mesures de sûreté

817. Une classification des mesures de sûreté au sein du Code pénal paraît indispensable, le régime n'étant pas identique pour toutes les mesures. La présente étude a adopté une première grande classification, permettant d'aborder les mesures existantes selon qu'elles sont privatives ou non privatives de liberté. À ce critère s'ajoute, on l'a vu, celui de leur finalité, selon que les mesures sont neutralisatrices, curatives ou probatoires. Il convient également de distinguer entre les mesures réelles et personnelles¹. Ces différents critères de classification conduisant à des recoupements, seules deux distinctions méritent à la vérité d'être retenues. En effet, les mesures de sûreté doivent être ordonnées selon le sujet auquel elles ont vocation à s'appliquer (1) et selon leur nature (2).

1. La distinction des mesures de sûreté selon leur sujet

818. Distinction entre mesures de sûreté applicables aux délinquants responsables et irresponsables. Cette distinction paraît essentielle puisque les mesures applicables aux personnes irresponsables pénalement sont complètement détachées de toute imputabilité et, par extension, de toute culpabilité. Elles sont même, par définition, applicables en raison de l'inaccessibilité de la personne à la peine et constituent donc un substitut parfois indispensable pour la personne elle-même, ainsi que pour la société. Il doit être rappelé que de telles mesures ne sauraient être appliquées de manière arbitraire à la seule discrétion du juge, mais supposent, au contraire, l'accomplissement d'un acte objectivement délictueux². Elles ne sont pas pour autant l'expression d'une résurgence d'une responsabilité pénale « objective » – « celle en œuvre du temps des sociétés archaïques jusqu'à celui de l'Ancien Régime »³ – qui autorisait à « juger des fous » et à leur appliquer une peine, abstraction faite de leur état mental. Il ne faut pas davantage y voir la résurgence d'une responsabilité « sociale »⁴ – celle qui, selon la doctrine positiviste, permettait la mise en œuvre de mesures de sûreté en raison

¹ Pour ces classifications, v. *supra*, n° 235.

² V. *supra*, n° 772.

³ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁴ Comme le redoutent certains auteurs : v., p. ex., P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s. Selon ce dernier, « s'il est autorisé, aujourd'hui comme à l'époque des théories positivistes, de percevoir et traiter les délinquants sexuels ou les malades mentaux comme *des choses ou des animaux*, c'est que, dans le même temps, il n'est pas rejeté l'idée de leur *possible exclusion de la communauté des hommes* », aboutissant à l'éclipse de leur dignité.

de la seule menace représentée par un individu pour la société afin de neutraliser son état dangereux. Il s'agit plutôt de prendre en considération la dangerosité psychiatrique des personnes irresponsables, extériorisée à travers la commission d'un acte contraire à la norme pénale, sans que l'on attende d'elles qu'elles répondent de cet acte. Le procès pénal pouvant aboutir au prononcé de mesures de sûreté n'est pas tant la traduction d'une réprobation à leur égard que le moyen d'atteindre la plus ou moins grande certitude que leur discernement faisait défaut du temps de l'action. Il permet d'apporter une réponse à la dangerosité qui s'est manifestée au travers des faits et qui ne peut être purement et simplement ignorée.

Au fond, le résultat du procès de la personne irresponsable ne diffère pas tellement des mesures qu'aurait pu prononcer, en d'autres circonstances, l'autorité administrative. Une différence fondamentale réside toutefois, en amont, dans le fait que la dangerosité de l'individu a été révélée par une « infraction » dans son acception matérielle, ce qui peut aisément expliquer la compétence du juge pénal pour connaître du problème. La décision de ce dernier ne doit donc pas être perçue comme un jugement moral, mais, avant tout, comme l'expression de la garantie des libertés individuelles. Ce n'est pas parce qu'une personne malade est jugée qu'elle est pour autant condamnée.

Il n'est pas question de remettre en cause les règles de l'imputabilité – préalable nécessaire à toute culpabilité et donc à toute peine –, mais de prendre en compte, au-delà de la responsabilité ou de l'irresponsabilité, la dangerosité des délinquants. La mesure de sûreté étant, dans son fondement théorique, complètement détachée de la question de la responsabilité, son applicabilité tant aux personnes responsables qu'aux personnes irresponsables ne doit, en aucun cas, mener à une assimilation, dans une perspective répressive, des secondes aux premières. À l'égard des responsables, un cumul entre peine et mesure de sûreté est, en effet, possible, lorsqu'à la culpabilité s'ajoute la dangerosité ; les personnes irresponsables, au contraire, ne sauraient être soumises qu'aux mesures de sûreté, à l'exclusion des peines. Les mesures de sûreté, tournées exclusivement vers l'avenir, dépourvues de connotation morale et fondées sur la dangerosité, ne sont donc pas l'expression d'un abandon de la notion de faute, pas plus que de l'exigence de l'imputabilité pour l'engagement de la responsabilité pénale.

819. Considérations nuancées face au jugement des malades mentaux. La perspective d'un procès pour le malade mental suscite des réactions nuancées.

D'un côté, dans un sens favorable au jugement des malades, il a pu être affirmé qu'en dispensant l'aliéné de répondre de ses actes, la justice générerait un risque d'exclusion ; car « si

la décision de non-lieu interdit en effet à l'individu atteint d'un trouble psychique l'accès au tribunal, "lieu symbolique où s'exerce la fonction de la Loi", elle le prive en même temps d'une place assignée dans la société, "même [de] celle, pourtant peu enviée, de détenu" »¹.

Dans le même sens, une partie de la doctrine soulignait, très justement, que le non-lieu psychiatrique rendu par le juge d'instruction à la suite d'une expertise se prononçant sur l'état mental de la personne soupçonnée d'avoir commis les faits, ne laissait pas entier le principe de la présomption d'innocence². Le magistrat Marcel Lemonde critiquait ainsi le non-lieu sur le fondement de l'ancien article 64 du Code pénal, sans pour autant remettre en cause le fond de cet article, aboutissant à déclarer le malade mental irresponsable. La solution envisagée était la possibilité d'une césure du procès pénal³, consistant à scinder la déclaration de culpabilité (au sens matériel) de la question de la psychologie de l'agent, la juridiction de jugement se prononçant sur les deux. Pour appuyer son propos, le magistrat faisait remarquer que les psychiatres admettent qu'en refusant de juger le malade, on lui ôte toute perspective de responsabilité et donc on réduit à néant ses chances de curabilité. « Le fou est, au sens propre, anéanti dans la négation de son acte (ou... dans la non-reconnaissance de son innocence). Cet anéantissement le conduit à la mort psychique qui rend impossible toute démarche thérapeutique »⁴.

On peut également se référer à la théorie de la « déshumanisation du malade mental », selon laquelle on lui refuse sa qualité de sujet de droit sous prétexte de sa non-imputabilité⁵. Ce « déni juridiquement organisé de la responsabilité du malade mental dans la survenance des faits à lui reprochés l'empêche[rait] précisément d'accéder à toute prise de conscience du méfait commis, ainsi qu'à toute volonté d'amendement et possibilité de guérison »⁶. Ainsi, selon cette théorie, il convenait d' « interdire l'utilisation de la folie comme moyen de défense », ceci afin de « rendre au fou la gestion de sa folie »⁷.

¹ C. Sévely, « Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité », *RSC*, 2005, p. 483 (citant P.-M. Martin, « L'endroit du non-lieu », *Revue freudienne*, n° 52, Avoir droit, Dunod, 1993, p. 173).

² M. Lemonde, « L'article 64 est-il incurable ? », *art. cit.*, p. 521 s.

³ En se référant à un amendement parlementaire, au moment des débats relatifs à la réforme de l'ancien article 64 lors de l'élaboration du Code pénal de 1994, qui proposait que, dans tous les cas, la juridiction de jugement se prononçât préalablement sur la culpabilité : Sénat, séance du 11 mai 1989, *J.O.* p. 651.

⁴ M. Lemonde, « L'article 64 est-il incurable ? », *art. cit.*, p. 521 s. L'auteur mentionne également les idées développées au sein de la Commission Justice pénale et droits de l'homme présidée par Mireille Delmas-Marty et Serge Lasvignes, dans le cadre de la réflexion sur une réforme d'ensemble de la procédure pénale : V. *La mise en état des affaires pénales*, Rapport de la Commission La Doc. fr., 1991, p. 204.

⁵ Théorie relatée et critiquée par P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁶ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

⁷ V. P. Poncela, « Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité », *RSC*, 1986, p. 61 s., spéc. 64.

De l'autre côté, opposé au jugement des malades, Monsieur Delage soutient que « la responsabilité souhaitée être reconnue par les psychiatres n'est pas celle qu'exige[nt] les pénalistes : ce que revendiquent les premiers, c'est la reconnaissance par le malade mental d'un lien de cause à effet entre le comportement par lui adopté et le préjudice survenu, et non l'admission d'avoir commis ce même acte selon son libre arbitre ; en clair, c'est d'imputation dont il s'agit dans le discours psychiatrique, non d'imputabilité »¹. Pour cet auteur, une forme de déshumanisation réside dans la perspective de pouvoir juger les irresponsables pénaux, ce que l'auteur qualifie d' « instrumentalisation par le procès ». Le procès des irresponsables revient donc, pour lui, à « accepter que soit altéré le difficile équilibre de la justice pénale, reposant tout entier sur les principes du procès équitable, mais aussi que soit niée la dignité de l'irresponsable pénal, dont la sauvegarde interdit toute forme de relégation au rang d'instrument ou objet, cette même relégation serait-elle susceptible de procurer quelque bénéfice, soulagement ou satisfaction à autrui »². Le professeur Matsopoulou affirme, dans le même sens, que le fait de « faire subir à des personnes qui souffrent de graves troubles mentaux les conséquences fâcheuses d'une lourde et longue procédure judiciaire [...], entraînant l'application de certaines mesures particulièrement contraignantes [...] n'apparaît pas [...] compatible avec la dignité de la personne humaine »³.

820. Position intermédiaire du droit positif. Une position intermédiaire a été retenue par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 qui a instauré la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental⁴. En permettant au juge de se prononcer, dans un premier temps, sur la réalité des faits commis par la personne poursuivie, on lui permet, *a contrario*, de prononcer l'innocence de celle-ci indépendamment de son état mental. Cette césure semble plus respectueuse de la présomption d'innocence que la procédure classique dans laquelle étaient assimilées les personnes irresponsables n'ayant pas commis matériellement les faits et celles les ayant commis. Dans un deuxième temps, le juge se penche sur la psychologie de l'intéressé – lequel n'est en aucun cas condamné ou instrumentalisé si l'élément moral de l'infraction fait défaut – pour se prononcer, par la suite, sur les mesures à prendre à son égard, adaptées à sa pathologie. Rappelons, à ce titre, que le juge judiciaire est garant des libertés individuelles.

¹ P.-J. Delage, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *art. cit.*, p. 797 s.

² *Ibid.*

³ H. Matsopoulou, « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *art. cit.*, n° 20.

⁴ V. *supra*, n° 698.

Un point insatisfaisant de la procédure ainsi instaurée réside toutefois dans le fait que le juge ou la chambre de l'instruction puissent prononcer respectivement une ordonnance d'irresponsabilité pénale ou un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹, tout en indiquant qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés. La chambre de l'instruction peut même prononcer, le cas échéant, des mesures de sûreté. Il semble, dès lors, y avoir une confusion entre les fonctions du juge d'instruction et celles du juge de jugement, portant atteinte, selon nous, à la présomption d'innocence².

821. Refonte souhaitable des mesures de sûreté applicables aux personnes irresponsables. S'agissant des mesures pouvant être appliquées aux personnes irresponsables, il conviendrait de procéder à une refonte des mesures non privatives comme privatives de liberté³.

En premier lieu, on a vu que les mesures non privatives de liberté énumérées à l'article 706-136 CPP étaient également applicables aux personnes responsables sous la dénomination de « peines » alternatives (article 131-6 CP). Afin d'éviter toute confusion sur la véritable nature de ces mesures, elles devraient, de manière générale, être nommées mesures de sûreté. Par conséquent, elles devraient être illimitées dans le temps, puisque toute mesure de sûreté doit être adaptable à l'évolution de l'état dangereux de l'intéressé. Cela vaut à plus forte raison en présence d'une personne irresponsable de ses actes, auquel cas toute référence à la gravité des faits commis pour déterminer à l'avance la durée des mesures applicables n'a aucune justification juridique. Il serait aussi opportun de revoir, dans le fond, la liste des mesures pouvant être prononcées, afin de mettre l'accent sur la nécessité d'un traitement médical en milieu ouvert, s'accompagnant au besoin d'une surveillance de la personne. Le texte actuel indique en effet simplement que les interdictions pouvant être prononcées « *ne doivent pas constituer un obstacle aux soins dont la personne est susceptible de faire l'objet* »⁴. Or, il est permis de douter de l'effectivité de certaines des interdictions en question, compte tenu de l'absence de lucidité de l'intéressé. L'état mental de ce dernier risque de compromettre la compréhension et, partant, le respect des mesures prononcées à son égard⁵. Il

¹ Art. 706-120 et 706-125 CPP.

² V. aussi *supra*, n° 698 et 699.

³ Sur les critiques opposées au droit positif, v. également *supra*, n° 261 et 475.

⁴ Art. 706-136, al. 8 CPP.

⁵ L'article D. 47-30 CPP précise d'ailleurs que lorsque la personne concernée fait l'objet d'une hospitalisation d'office, les mesures ne lui sont notifiées que lorsque son état « *lui permet d'en comprendre la teneur* ».

semble, de ce fait, préférable de prévoir en priorité, pour les personnes irresponsables – à l’instar de ce qui est prévu pour les « semi-responsables » par l’article 706-136-1 CPP –, une obligation de soins. Les autres interdictions pourront, le cas échéant, s’ajouter en fonction du degré du discernement de l’intéressé. La sanction de la méconnaissance des mesures prononcées devrait consister en un renforcement du traitement allant, au besoin, jusqu’à une hospitalisation psychiatrique. Le fait de faire encourir une peine d’emprisonnement à une personne initialement déclarée irresponsable ne fait, en effet, qu’accroître la confusion souvent entretenue par le droit positif actuel entre malades et délinquants.

En second lieu, le caractère d’*ultima ratio* de la mesure d’internement psychiatrique devrait être renforcé par une subsidiarité de cette mesure par rapport aux soins en milieu ouvert. S’agissant d’une privation de liberté, il faudrait vérifier systématiquement que tous les moyens moins attentatoires à la liberté individuelle soient insuffisants. Afin d’assurer davantage encore la proportionnalité de la mesure, son prononcé par le juge pénal devrait être subordonné à des critères objectifs renforcés, par référence notamment à la gravité matérielle des actes commis par la personne et, partant, des actes que l’on peut redouter de sa part à l’avenir (en fonction, avant tout, de sa maladie mentale). Dès lors, un internement ne pourra pas être justifié par un simple risque d’infractions futures (une forte probabilité étant requise), ni par une simple probabilité d’infractions contre les biens (un certain seuil de gravité devant être atteint). Le bien-fondé du maintien de la mesure devra, par la suite, faire l’objet de contrôles réguliers ; l’intensité de ceux-ci devant augmenter avec la durée de la mesure, afin d’assurer le respect du principe de proportionnalité.

Globalement, le régime des mesures applicables devrait impérativement s’appuyer, de manière plus explicite, sur la dangerosité psychiatrique des personnes jugées irresponsables pénalement. Celle-ci, bien que constituant leur fondement exclusif, n’est actuellement mentionnée par aucun des textes. Une telle lacune ne saurait être acceptable, dans la mesure où le législateur a fait le choix de faire entrer ces personnes dans le champ du droit pénal. À défaut de pouvoir faire reposer les mesures en question sur la culpabilité – qui n’est pas le fondement naturel des mesures de sûreté et qui, de surcroît, est absente chez les personnes irresponsables –, le fondement et la finalité des mesures devraient ressortir plus clairement des textes.

Une seconde distinction au sein des mesures de sûreté repose sur leur nature.

2. La distinction des mesures de sûreté selon leur nature

822. Distinction entre mesures de sûreté privatives et non privatives de liberté. La distinction entre les mesures de sûreté privatives et non privatives de liberté est essentielle, car c'est elle qui conditionne l'application des garanties fondamentales du droit pénal, telles que la non-rétroactivité *in pejus*¹. Plus une mesure est contraignante, plus les garanties qui l'entourent doivent être importantes.

Cette distinction qui permet de « déterminer une ligne de partage entre les domaines respectifs de la liberté d'aller et venir et de la liberté individuelle »² (protégée par les articles 66 de la Constitution et 5 de la Convention européenne des droits de l'homme) ne va pas toujours de soi. En effet, les domaines de ces deux libertés se recoupent parfois – la privation de liberté affectant nécessairement la liberté d'aller et venir de la personne concernée –, la privation de liberté pouvant dès lors s'analyser comme une restriction de liberté aggravée³. En ce sens, la Cour européenne estime qu'il n'existe entre restriction et privation de liberté qu'une « *différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* » et que « *dans certains cas marginaux il s'agit d'une pure affaire d'appréciation* »⁴. Il faut, pour cela, apprécier le degré de contrainte qui pèse sur la personne, en s'attachant à l'objet, à la durée et aux effets de la restriction.

La présente étude a permis de constater qu'il existe, en droit allemand et français, trois sortes de mesures privatives de liberté⁵ : les détentions de sûreté, l'internement psychiatrique et la cure de désintoxication. Les mesures non privatives de liberté⁶, quant à elles, se déclinent en une multitude de mesures de surveillance et de contrôle, essentiellement probatoires, mais on y trouve également les mesures privatives ou restrictives de droits, entraînant des interdictions, incapacités ou déchéances. Les premières étant plus attentatoires aux libertés individuelles que les secondes, les garanties qui les entourent devront être plus fortes. La

¹ Sur la confrontation des mesures de sûreté aux principes fondamentaux du droit pénal, v. *supra*, n° 587 s.

² L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2012, n° 217, p. 182.

³ *Ibid.*

⁴ CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *préc.*, § 93. CEDH, *Medvedyev et autres c. France*, 29 mars 2010, GC, n° 3394/03 : CEDH 2010 ; *D.*, 2009, p. 600, note Renucci ; *ibid.* 2008, p. 3055, note Hennion-Jacquet ; *AJ pénal*, 2008, p. 469, obs. Saas ; *RSC*, 2009, p. 176, obs. Marguénaud ; *JCP* 2009. I. 104, chron. Sudre ; § 73. - CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92, *préc.*, § 42. Une assignation à résidence ou toute autre forme de surveillance spéciale ne constitue ainsi pas une privation de liberté (v. CEDH, *Raimondo c. Italie*, 22 févr. 1994, n° 12954/87 ; CEDH, *Labita c. Italie*, 6 avr. 2000, n° 26772/95 ; CEDH, *Denizci et autres c. Chypre*, 23 mai 2001, n° 25316/94, 25317/94, 25318/94), alors qu'une assignation à domicile a été qualifiée de privation de liberté par la Cour européenne (v. CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *préc.* ; CEDH, *Vittorio et Luigi Mancini c. Italie*, 2 août 2001, n° 44955/98).

⁵ V. *supra*, n° 238 s.

⁶ V. *supra*, n° 349 s.

distinction a donc un impact pratique essentiel, devant être pris en compte lors de l'élaboration d'un régime propre aux mesures de sûreté.

823. Conclusion de la Section 1. La différence entre les peines et les mesures de sûreté, bien réelle et non fictive, est caractérisée par certains traits distinctifs irréductibles. On retiendra essentiellement, à l'instar de ce que font les instances constitutionnelles en France et en Allemagne pour distinguer les mesures de sûreté des peines ou « sanctions punitives », le fondement et les finalités respectifs de ces deux types de sanctions pénales. Rappelons, à cet égard, que la mesure de sûreté repose sur la dangerosité de l'individu et poursuit un objectif exclusivement préventif, contrairement à la peine qui est rétributive et fondée sur la culpabilité. Il convient, par conséquent, de construire une autonomie véritable des mesures de sûreté en consacrant un système dualiste de sanctions pénales au sein du Code pénal français, à l'image du code allemand. Les mesures de sûreté pourraient ainsi prendre place, aux côtés des peines, dans un système complet et cohérent de sanctions pénales.

Les mesures de sûreté étant nécessaires à l'égard de certains délinquants, en complément ou en substitut à la peine, leur reconnaissance officielle par le législateur s'avère indispensable. Au sein des mesures de sûreté, deux distinctions méritent d'être opérées, l'une en fonction de leur sujet, et l'autre selon leur nature. Cette classification témoigne de la grande diversité des mesures existantes, lesquelles ne sauraient toutes être soumises exactement au même régime.

Il sera alors possible d'élaborer un régime propre aux mesures de sûreté, proportionnel à leur gravité respective.

Section 2 :

La consécration souhaitable d'un régime propre aux mesures de sûreté

824. Création dans le Code pénal d'un titre dédié aux mesures de sûreté. Si l'existence des mesures de sûreté et leur utilité sont indéniables, celles-ci souffrent de l'absence d'un régime propre et fonctionnent, de ce fait, selon des règles d'emprunt désordonnées. Or, la notion de mesure de sûreté est incompatible avec le régime de la peine, car elle nécessite, par essence, une plus grande souplesse. Afin de pouvoir déployer pleinement leurs fonctions, tout en étant encadrées par des garanties indispensables à toute sanction pénale, les mesures de sûreté appellent la consécration d'un régime qui leur soit propre. Celui-ci doit être fonctionnel et adapté à l'atteinte portée aux libertés individuelles, par une augmentation proportionnelle des garanties.

Comme pour les peines, le régime des mesures de sûreté mériterait d'être organisé par le Code pénal sous un titre qui leur soit consacré et qui serait inséré à la suite de celui qui est dédié aux peines. Il pourrait ainsi être créé, au sein du Livre premier du code, un Titre IV intitulé « Des mesures de sûreté »¹. Il comporterait, en guise de chapeau, quelques dispositions générales énonçant la définition de ces mesures, ainsi que les principes directeurs gouvernant la matière. On y trouverait notamment l'énoncé des fondements et des finalités assignés aux mesures de sûreté. Ces dispositions générales seraient suivies d'un régime détaillé et cohérent. Compte tenu de la numérotation actuelle du Code pénal, la réglementation des mesures de sûreté donnerait lieu à la création des articles 140-1 et suivants².

Il convient, dès lors, de s'atteler à l'esquisse d'un régime des mesures de sûreté qui s'organiserait autour de leur prononcé (§ 1), de leur exécution (§ 2) et de leur cessation (§ 3). Ce régime prendrait appui sur les règles existant actuellement en droit allemand et en droit français, ainsi que sur les principes formulés par la Recommandation du Conseil de l'Europe relative aux délinquants dangereux³.

¹ Il serait également envisageable de reformuler le Titre III en le nommant « Des sanctions pénales », lequel serait divisé en deux chapitres s'intitulant respectivement « Des peines » et « Des mesures de sûreté ».

² V. plus en détail, *infra*, la Proposition de réforme législative en annexe.

³ V. *supra*, n° 810 et 811.

§ 1 : Le prononcé des mesures de sûreté

825. Pour des raisons évidentes tenant au respect des garanties les plus fondamentales dans un État de droit, les mesures de sûreté ne devraient pouvoir être prononcées que par l'autorité judiciaire (B) laquelle doit nécessairement choisir parmi celles qui sont légalement prévues (A). En effet, « le caractère judiciaire des mesures de sûreté implique que, comme pour les peines, la loi et le juge interviennent dans leur fixation »¹. Leur application temporelle (C) est une question particulièrement complexe devant donner lieu à des réponses nuancées.

A. Le respect du principe de légalité *stricto sensu*

826. Pas de mesure de sûreté sans texte. Les mesures de sûreté doivent être scrupuleusement soumises au principe de légalité *stricto sensu*, supposant qu'un texte légal prévoit les mesures que le juge peut prononcer². Le principe de « légalité des peines » doit donc être étendu à toute sanction pénale, si bien qu'il apparaît préférable d'utiliser l'expression plus globale de « légalité criminelle », permettant de marquer son appréhension de l'ensemble de la matière³. Étendu aux mesures de sûreté, l'adage *nulla poena sine lege* pourrait donc être formulé par la règle selon laquelle « Nulle mesure de sûreté ne peut être prononcée que sous les conditions et dans les cas prévus par la loi », comme l'avait fait l'article 7 de l'avant-projet de révision du Code pénal français de 1934⁴. De la même manière, le professeur Légal affirmait qu'à la règle de la légalité des peines devait faire écho désormais le principe « Pas de mesure de sûreté sans texte »⁵. Ce texte pourrait compléter les dispositions du Code pénal relatives au principe de légalité et donner lieu à la création d'un article 111-3-1.

La pratique des droits pénaux positifs allemand et français est déjà en ce sens. En effet, toute mesure de sûreté applicable est prévue par un texte légal et le juge ne peut en ajouter à sa guise. Plus précisément, « le droit pénal français fait application du principe de légalité au

¹ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 773, p. 584.

² V. aussi *supra*, n° 632 s.

³ Ce même constat a été opéré par le professeur de Lamy au sujet de l'extension du principe de légalité à la procédure pénale : B. de Lamy, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. cit.*

⁴ J. Magnol, *L'avant-projet de révision du Code pénal français (Partie générale)*, *op. cit.*, p. 212.

⁵ M. Légal, « Les délinquants alcooliques et intoxiqués », Rapport oral au Colloque du XX^e anniversaire de la Revue de Science Criminelle (19-20-21 avril 1956), *RSC*, 1956, p. 488 s., spéc. p. 490. En ce sens, également, P. Chambon, *Les mesures de sûretés*, *op. cit.*, p. 111.

choix des mesures de sûreté comme à l'incrimination des états dangereux »¹. Aussi, « le législateur français prend à cet égard toutes précautions pour éviter tout arbitraire judiciaire dans l'appréciation de l'état dangereux générateur de certaines mesures de sûreté particulièrement graves »². C'est donc dans les limites légales que le juge fixe la nature et la durée de la mesure de sûreté qu'il prononce afin de remédier le plus efficacement possible à l'état dangereux constaté³. La Cour de cassation a également eu l'occasion de rappeler le principe à plusieurs reprises⁴. S'il est vrai que le juge doit nécessairement choisir parmi les sanctions pénales prévues par la loi, le fait que toutes les mesures de sûreté substantielles ne soient pas encore officiellement reconnues comme telles peut poser problème au regard du principe de légalité. Il serait donc souhaitable que le législateur reconsidère les qualifications formelles de toutes les mesures existantes, afin de restituer l'appellation adéquate à chacune d'entre elles, avant de se livrer à l'élaboration d'un régime spécifique.

827. Intervention *post delictum* des mesures de sûreté. Une conséquence essentielle du principe de légalité réside dans l'intervention *post delictum* des mesures de sûreté⁵, de manière à permettre aux justiciables de connaître, à l'avance, les réponses pénales que leur comportement est susceptible d'entraîner. Rappelons toutefois qu'il existe certaines exceptions isolées de mesures *ante delictum* pouvant être prononcées par le juge d'instruction ou le procureur de la République, alors qu'aucun acte n'a encore été jugé. Il en va ainsi en matière de cure de désintoxication, celle-ci pouvant même, si elle est correctement suivie, constituer une cause d'extinction de l'action publique⁶. De même, les mesures de sûreté applicables aux personnes déclarées irresponsables peuvent être prononcées par la chambre de l'instruction⁷. Ainsi, comme le constatait déjà le Doyen Bouzat en 1957, au sujet des interventions prédélictuelles prônées par les positivistes, « notre législation pénale elle-même, malgré sa prudence, vient d'en prescrire certaines à l'encontre des toxicomanes et des alcooliques »⁸. Une telle dérogation au principe de légalité peut sans doute s'expliquer par au moins deux arguments. D'une part, la finalité exclusivement curative de l'internement psychiatrique et des cures de désintoxication témoigne de ce que ces mesures sont prises dans

¹ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 774, p. 584.

² R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 659, p. 831.

³ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 782, p. 588-589.

⁴ V. *supra*, n° 192.

⁵ V. *supra*, n° 761 s.

⁶ V. *supra*, n° 272 et 273.

⁷ Art. 706-125 CPP. V. *supra*, n° 698.

⁸ P. Bouzat, « Le Centenaire d'Enrico Ferri. L'œuvre du maître. Son actualité », *RSC*, 1957, p. 1 s., spéc. p. 11.

l'intérêt de la personne qui y est soumise. D'autre part, à l'égard des personnes irresponsables, aucune infraction n'est, par définition, constituée dans tous ses éléments ; la mesure intervient donc en théorie toujours *ante delictum*, que ce soit la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement qui la prononce¹.

Il serait néanmoins préférable, afin de préserver les libertés individuelles, de conférer la compétence exclusive pour prononcer les mesures de sûreté aux juridictions de jugement, celles-ci pouvant établir, en amont, la matérialité des faits susceptibles d'être qualifiés pénalement. La présomption d'innocence se trouverait de cette manière préservée et tout risque d'arbitraire serait écarté.

828. Qualité des définitions légales. Outre l'exigence d'une base textuelle pour l'application des mesures de sûreté, les textes doivent encore revêtir une certaine qualité pour pouvoir être considérés comme satisfaisants². Dans un souci de clarté et de précision de la norme, il s'avère, à cet égard, indispensable de poser une définition légale de la notion de mesure de sûreté³. En outre, afin de conférer aux mesures de sûreté une base légale incontestable, il serait nécessaire que le législateur définisse, avec autant de précision possible, le fondement de ces mesures qu'est la dangerosité⁴. Il convient, de surcroît, de distinguer la dangerosité criminologique de la dangerosité psychiatrique. Ces définitions pourraient figurer en tête du dispositif, directement sous le Titre IV « Des mesures de sûreté ». Au sein des règles générales régissant les mesures de sûreté, il serait enfin souhaitable d'introduire un article énonçant clairement leurs finalités consistant en la protection de la société contre les individus dangereux par la prévention de la commission de nouvelles infractions. Dans le respect des libertés individuelles, ces mesures remédient à la dangerosité de l'individu en favorisant sa réinsertion et, si cela s'avère nécessaire, en le neutralisant physiquement par l'enfermement⁵.

Une fois ces textes légalement consacrés, les mesures de sûreté pourraient, sans risque d'arbitraire, être prononcées par l'autorité compétente.

¹ Néanmoins, le terme « *post factum* » nous paraît, dans pareille hypothèse, plus adapté.

² V. aussi *supra*, n° 636 s.

³ Pour notre définition retenue, v. *supra*, n° 7 et *infra*, la Proposition de réforme législative en annexe.

⁴ Pour notre définition retenue, v. *supra*, n° 690 et *infra*, la Proposition de réforme législative en annexe.

⁵ V. *infra*, la Proposition de réforme législative en annexe.

B. L'autorité compétente

829. Dans la mesure où les mesures de sûreté interviennent à la suite d'une infraction pénale ayant révélé la dangerosité de l'auteur, l'autorité compétente pour les prononcer est nécessairement l'autorité judiciaire. En matière de mesures de sûreté, les juridictions pénales ordinaires ont été complétées par des juridictions spéciales (1) qui n'ont pas tardé à entrer en fonction. Le fonctionnement actuel de ces juridictions *ad hoc* mérite néanmoins de faire l'objet de certaines améliorations (2).

1. La compétence des juridictions pénales ordinaires et spéciales

830. **Opinions doctrinales sur la compétence juridictionnelle en matière de mesures de sûreté.** La nécessité de soumettre le prononcé des mesures de sûreté à la compétence de la juridiction de jugement et, plus précisément, du juge pénal, est mise en avant par la doctrine depuis plus d'un siècle déjà. Le professeur Carl Stooss écrivait ainsi qu' « en recevant dans ses attributions le soin de prononcer les mesures de sûreté, le juge pénal accomplit une tâche de politique criminelle, qui est en rapport avec son activité pénale »¹. Le criminologue Franz Exner, quant à lui, estimait que la compétence du juge pénal pour ordonner les mesures de sûreté se justifiait de plusieurs points de vue : pour des raisons tenant à l'État de droit, le juge étant le garant de la liberté individuelle, pour des raisons de politique procédurale, à savoir l'économie et l'opportunité et, enfin, par des considérations de politique criminelle, les mesures de sûreté étant le complément et le substitut nécessaire des peines². Un auteur concluait sa thèse sur les mesures de sûreté en constatant que « la liberté individuelle sera effectivement défendue seulement si, *même en l'absence d'une infraction*, une autorité judiciaire est appelée à décider, en dernier ressort, de l'application d'une mesure de sûreté ; cette action de l'autorité judiciaire pouvant être celle d'une instance de recours »³. L'avant-

¹ C. Stooss, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Vienne, 1909-1911, p. 25.

² F. Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, *op. cit.*, p. 187 s.

³ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, *op. cit.*, p. 137. L'auteur estimait, toutefois, que seules devraient appartenir au domaine administratif les mesures à prendre à l'égard des déficients mentaux dangereux qui n'ont pas encore commis d'actes suffisamment graves pour mettre en action la justice répressive (p. 96). Cela est aujourd'hui effectivement le cas, en France, avec l'hospitalisation d'office, laquelle, en l'absence de toute infraction, ne relève pas du domaine des mesures de sûreté pénales mais des mesures administratives.

On peut encore citer le magistrat Maurice Patin, selon lequel « il importe que l'internement d'un criminel, même aliéné, soit ordonné par l'autorité judiciaire » (M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rapport préc.*, p. 424) ; ou le magistrat Marc Ancel qui affirmait que les mesures de

projet de révision du Code pénal français de 1934 abondait d'ailleurs déjà en ce sens¹. Dès lors qu'il s'agit d'une branche des sanctions pénales, il est en effet logique que les mesures de sûreté soient prononcées par le juge pénal. Nonobstant le parallélisme avec les peines qui en résulte, cette compétence ne devrait pas être considérée comme portant atteinte à l'autonomie des mesures de sûreté, étant simplement le signe de leur appartenance au champ du droit pénal.

Pour une doctrine minoritaire², au contraire, la mesure de sûreté présente un caractère administratif ne nécessitant pas de sentence judiciaire. Si cette affirmation se vérifie effectivement dans quelques rares hypothèses existantes³, elle demeure l'exception.

831. Solutions du droit positif. Le droit des mesures de sûreté combine aujourd'hui l'intervention des juridictions pénales classiques avec celle de juridictions spéciales, mais toutes font partie de l'ordre judiciaire et présentent, de ce fait, les garanties requises en matière de sanctions pénales. Comme il vient toutefois d'être rappelé, dans certaines rares hypothèses, les mesures de sûreté peuvent être prononcées par le procureur de la République ou le juge d'instruction⁴, ce qui n'est guère satisfaisant.

832. Intervention des juridictions pénales ordinaires. Les mesures de sûreté faisant partie des sanctions pénales, elles relèvent de la compétence des juridictions pénales classiques, tant des juridictions de jugement que des juridictions de l'application des peines. Intervenant la plupart du temps après l'exécution de la peine, ces mesures sont souvent prononcées par la juridiction de l'application des peines qui en assure également la mise en œuvre, puis prolongées par ce même juge tant que l'état dangereux est supposé persister. Il en va ainsi de la surveillance judiciaire et du placement sous surveillance électronique mobile⁵.

sûreté sont « en règle générale, appliquées par le juge » (M. Ancel, *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport préc., p. 21).

¹ J. Magnol, *L'avant-projet de révision du Code pénal français (Partie générale)*, op. cit., p. 95.

² V. p. ex. P. Chambon, *Les mesures de sûreté*, op. cit., p. 86.

³ Notons, à titre d'exemple, que la relégation, avant d'être dévolue à l'autorité judiciaire, relevait de l'autorité administrative (Décret du 8 déc. 1851, art. 1^{er}) ; l'internement en hôpital psychiatrique relevait jusqu'à la loi du 25 février 2008 exclusivement de l'autorité administrative, et désormais tantôt de celle-ci, tantôt de l'autorité judiciaire ; actuellement la cure de désintoxication peut encore être décidée par l'administration ; et certaines mesures sont même purement administratives (le placement en rétention d'un étranger (art. L. 551-1 CESEDA), la reconduite à la frontière (art. L. 511-1 CESEDA)).

⁴ V. les mesures applicables aux personnes toxicodépendantes (*supra*, n° 272 et 273) ou, pour la compétence de la chambre de l'instruction, les mesures applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables (*supra*, n° 698).

⁵ Les dispositions régissant ces mesures de sûreté opèrent, à cet effet, par renvoi aux dispositions de droit commun relatives au JAP : v. p. ex. l'art. 723-31 CPP relatif à la surveillance judiciaire, ou l'art. 763-10 CPP

Notons néanmoins que le PSEM peut être prononcé tant par la juridiction de l'application des peines que par la juridiction de jugement ou la JRRS, selon le cadre dans lequel la mesure s'inscrit¹. La surveillance judiciaire, quant à elle, est prononcée par le tribunal de l'application des peines², tandis que le JAP est compétent pour ordonner, au préalable, l'expertise médicale, placer éventuellement l'intéressé au Centre National d'Évaluation et saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté³. Une fois que la surveillance judiciaire est prononcée, les mesures et les obligations auxquelles le condamné est astreint sont mises en œuvre par le JAP qui peut modifier ces dernières ou y mettre fin⁴. En cas d'inobservation de celles-ci par le condamné, il est compétent pour retirer tout ou partie de la durée des réductions de peine dont il a bénéficié et ordonner sa réincarcération⁵.

En ce qui concerne les mesures les plus graves (la rétention de sûreté française et l'internement de sûreté allemand), elles doivent, dans un premier temps, être expressément prévues en tant qu'éventualité par les juges du fond lors du jugement de condamnation⁶. Ultérieurement, à l'issue de l'exécution de la peine, le prononcé de la mesure devra, si la dangerosité le justifie, être confirmé lors d'une deuxième audience. Si, en Allemagne, cette confirmation ressort de la juridiction pénale classique⁷, elle relève, en France, d'une juridiction spéciale, la juridiction régionale de la rétention de sûreté⁸. L'internement de sûreté primaire, quant à lui, est même prononcé de manière définitive par la juridiction de jugement⁹. S'agissant de l'internement de sûreté *a posteriori*, c'est également une juridiction pénale classique qui est compétente, tandis que cette exigence procédurale peut, en France, être contournée par le biais de la rétention de sûreté intervenant consécutivement à la surveillance de sûreté. La prolongation ultérieure de l'internement de sûreté, lors du contrôle périodique de son bien-fondé, relève, en Allemagne, de la chambre de l'application des peines (*Strafvollstreckungskammer*)¹⁰. En matière de rétention de sûreté, le rôle du JAP est, au

relatif au PSEM qui renvoient, tous deux, à l'art. 712-16 CPP. L'étendue du rôle que joue le JAP en matière de mesures de sûreté ressort de l'analyse détaillée de ces dernières (*supra*, n° 234 s.) et de l'étude de l'évaluation de la dangerosité (*supra*, n° 734 s. et 750 s.). V. aussi, pour le prononcé d'une surveillance judiciaire, l'art. 706-53-14, *in fine* CPP.

¹ V. plus en détail, *supra*, n° 385.

² Art. 723-29 CPP, depuis la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 : avant, la compétence revenait au JAP.

³ Art. 723-31; art. 723-31-1 CPP.

⁴ Art. 723-33, al. 2; art. 723-34, al. 1 et 2 CPP.

⁵ Art. 723-35, al. 1 CPP.

⁶ Art. 706-53-13, al. 3 CPP; § 66a StGB.

⁷ § 275a StPO ; § 74f GVG ; § 120a GVG.

⁸ V. *infra*, n° 833.

⁹ § 66 StGB.

¹⁰ V. W. Stree et J. Kinzig, in: A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 67e Überprüfung, n° 1.

contraire, très limité. Il ne consiste qu'à saisir la CPMS aux fins d'un premier prononcé de la mesure¹, ou à donner son avis sur son renouvellement, trois mois avant la fin prévue de la rétention, au procureur général près la cour d'appel².

En matière de surveillance de sûreté, en revanche, les juridictions de droit commun ne jouent qu'un rôle résiduel. Cette mesure pourra, en effet, s'appliquer sans avoir été prévue par la cour d'assises, bien qu'elle soit fondée objectivement sur les mêmes infractions que la rétention de sûreté, pouvant même déboucher sur une telle privation de liberté en cas de non-respect de ses obligations. Ce non-respect est, de surcroît, d'autant plus probable de se produire que la mesure de surveillance peut durer sans limitation dans le temps. C'est alors qu'intervient le JAP pour décerner un mandat d'arrêt ou d'amener contre la personne, afin de permettre, le cas échéant, sa présentation devant le président de la JRRS³. Pendant la durée de la surveillance de sûreté, la personne est placée sous le contrôle du JAP qui lui rappelle les obligations auxquelles elle est astreinte et l'informe des conséquences susceptibles de résulter de leur méconnaissance⁴. Là encore, le JAP intervient trois mois avant la fin prévue de la mesure, en faisant procéder à l'expertise médicale et en saisissant éventuellement la CPMS pour avis, puis en saisissant la JRRS un mois au moins avant l'expiration de la mesure, accompagné de son avis motivé⁵.

Pour ce qui est, en dernier lieu, du prononcé des mesures applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables pour cause de trouble mental, la décision revient également, depuis la réforme opérée par la loi du 25 février 2008, aux juridictions pénales classiques (selon les hypothèses, la chambre de l'instruction, la cour d'assises ou le tribunal correctionnel, voire la chambre des appels correctionnels)⁶. Le JAP, quant à lui, ne joue aucun rôle en ce domaine, les demandes de modification ou de mainlevée de ces mesures étant adressées au juge des libertés et de la détention⁷.

Il doit, enfin, être mentionné que les mesures et sanctions éducatives applicables aux mineurs délinquants sont, bien évidemment, prononcées par les juridictions spécialement compétentes en matière de droit pénal des mineurs dont l'analyse ne sera pas approfondie.

¹ Art. R. 53-8-53 CPP.

² Art. R. 53-8-54 CPP.

³ Art. 706-53-19, *in fine*, qui renvoie à l'art. 712-17 CPP.

⁴ Art. R. 53-8-49 CPP. Il tient en outre un dossier relatif au déroulement de la mesure. Précisons enfin que si la surveillance de sûreté intervient à l'issue d'une rétention de sûreté, le JAP en est avisé avant sa sortie du centre socio-médico-judiciaire de sûreté, afin de permettre une prise en charge immédiate de l'intéressé : art. R. 53-8-50 CPP.

⁵ Art. R. 53-8-51 CPP.

⁶ V. *supra*, n° 698.

⁷ Art. 706-137 CPP.

833. Intervention des juridictions exorbitantes du droit commun. La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 a instauré, en sus des juridictions pénales classiques, la juridiction régionale de la rétention de sûreté qui est une juridiction exorbitante du droit commun¹. Ainsi, si la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, créant le « premier train des mesures de sûreté »² (la surveillance judiciaire et le placement sous surveillance électronique mobile), s'était contentée de confier la mission de prononcer les mesures de sûreté aux juridictions ordinaires, celle de 2008, instaurant le « second train »³ de ces mesures (rétention de sûreté, surveillance de sûreté et assignation à domicile), a préféré créer des juridictions spéciales. Cela s'explique, sans doute, par la volonté du législateur de justifier de l'étiquette de mesure de sûreté, ne faisant toutefois qu'ajouter à la confusion processuelle qui règne en ce domaine⁴. En effet, la juridiction régionale de la rétention de sûreté constitue une formation de la cour d'appel. Le second degré de juridiction, la juridiction nationale de la rétention de sûreté, se situe, de ce fait, au niveau de la Cour de cassation laquelle statue, de manière inédite, en fait et en droit. Un pourvoi en cassation est, dès lors, possible devant une autre formation de cette dernière, à savoir la chambre criminelle⁵. Il convient alors de veiller à l'impartialité des magistrats siégeant au sein de celle-ci⁶. Entre 2011 et 2013, la JRRS a déjà ordonné quatre placements en rétention de sûreté consécutivement à la violation des obligations de la surveillance de sûreté⁷, ce qui témoigne du fait que les juridictions n'ont pas tardé à entrer en fonction. En dépit de la non-rétroactivité de la rétention de sûreté sous sa forme *ab initio*, la possibilité d'un prononcé ultérieur de la mesure par la JRRS peut, dès à présent, être prévue par la cour d'assises.

834. Composition et compétence. La composition de ces juridictions spéciales est, contrairement à celle de la CPMS⁸, judiciaire. Plus précisément, la juridiction régionale est composée d'un président de chambre et de deux conseillers de la cour d'appel qui sont désignés par le premier président de celle-ci pour une durée de trois ans⁹. Notons que ne peut être désigné comme président de cette juridiction le président de la chambre de l'application

¹ M. Herzog-Evans, « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *art. cit.*, p. 2146 s.

² Expression empruntée à M. Herzog-Evans, *ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Art. R. 53-8-43 CPP.

⁶ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine, op. cit.*, n° 1576, p. 668.

⁷ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, *préc. V. supra*, n° 337.

⁸ *V. supra*, n° 757.

⁹ Art. 706-53-13, al 1^{er}; R. 53-8-40, al. 1^{er} CPP.

des peines ou le président de la CPMS¹, ce qui représente une certaine garantie en termes d'impartialité. Pour ce qui est de la juridiction nationale, elle se compose de trois conseillers à la Cour de cassation qui sont désignés par le premier président de celle-ci pour une durée de trois ans². Dans les deux cas, la désignation des membres intervient après l'avis de l'assemblée générale des magistrats du siège et le premier président désigne, pour la même durée et selon les mêmes modalités, trois membres suppléants. Enfin, le ministère public est assuré par le parquet général. Il s'agit donc, comme pour les juridictions de droit commun, de garants de la liberté individuelle³, avec, simplement, une compétence spéciale.

Elles ont compétence pour ordonner le placement en rétention de sûreté ou sous surveillance de sûreté, ainsi que le renouvellement de ces mesures ou leur cessation dès lors que les conditions ne se trouvent plus remplies⁴. La possibilité, pour la personne retenue, de saisir la juridiction régionale tous les trois mois aux fins d'obtenir la mainlevée de la mesure présente, de ce fait, une garantie supplémentaire permettant certainement d'assurer, sur ce point, la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme⁵.

835. Pouvoirs des membres de la juridiction régionale de la rétention de sûreté. À l'instar des juridictions intervenant dans l'exécution des peines, le président de la JRRS dispose d'un pouvoir général d'enquête⁶. Les magistrats de la juridiction ont également la possibilité de consulter le répertoire des données à caractère personnel qui centralise les diverses expertises, évaluations et examens réalisés dans le cadre des procédures judiciaires⁷. Notons, enfin, que le président de la JRRS dispose du pouvoir d'ordonner seul, en urgence, le placement de la personne en rétention de sûreté lorsqu'elle a violé les obligations qui lui étaient imposées en vertu de la surveillance de sûreté et que cela fait apparaître sa particulière dangerosité⁸.

¹ Art. R. 53-8-40, al. 3 CPP.

² Art. R. 53-8-42 CPP.

³ Ce point a été souligné par le rapport Lecerf qui rappelait que « Gardienne de la liberté individuelle aux termes de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est en principe compétente pour décider d'une mesure privative de liberté » et que le dispositif paraissait donc conforme au principe constitutionnel de la compétence judiciaire pour prononcer une mesure privative de liberté : J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 37.

⁴ Art. 706-53-15 s. CPP. Pour une étude approfondie de ces mesures et de leurs conditions d'application et de renouvellement, v. *supra*, n° 286 s. (rétention de sûreté) et n° 374 s. (surveillance de sûreté).

⁵ Celle-ci exige, on l'a vu, un contrôle exercé par l'autorité judiciaire, à intervalles raisonnables, sur le maintien en détention. En ce sens, J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 37. V. également, plus en détail, *supra*, n° 624.

⁶ L'article R. 53-8-40 CPP (créé par le décret n° 2008-1129 du 4 nov. 2008) dispose en effet, en son dernier alinéa, que ce dernier « peut faire procéder, sur l'ensemble du territoire national, à tous examens, auditions, enquêtes, expertises, réquisitions ou vérifications utiles à l'exercice de ses attributions ».

⁷ Art. 706-56-2 CPP, créé par la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010. V. *supra*, n° 741.

⁸ Art. 706-53-19, al. 3 CPP.

Il apparaît néanmoins que des améliorations théoriques et pratiques seront à apporter au fonctionnement de ces juridictions *ad hoc*.

2. Les améliorations nécessaires du fonctionnement des juridictions *ad hoc*

836. Les juridictions *ad hoc* dédiées aux mesures de sûreté, lesquelles fonctionnent selon des règles dérogatoires au droit commun, soulèvent, en dépit de certaines garanties procédurales existantes, des critiques.

837. Règles procédurales dérogatoires au droit commun. Une originalité de la procédure devant ces juridictions tient au fait que, contrairement à l'audience en chambre du conseil qui domine l'exécution des sanctions pénales, l'audience est obligatoirement publique si le condamné le demande¹. De la même manière, en vertu du principe du procès équitable, les parties peuvent faire citer des témoins comme devant les juridictions pénales de jugement, mais contrairement à ce qui prévaut en matière d'exécution des peines. Ainsi, lors de la première audience relative au prononcé d'une surveillance de sûreté, la juridiction régionale a convoqué des personnes et représentants d'organismes ayant pris en charge le condamné sur le plan sanitaire².

Une autre particularité consiste à soumettre la saisine de cette juridiction par le parquet à l'avis favorable de la CPMS³, qualifiée par le professeur Herzog-Evans d'« organisme étonnant »⁴. Ainsi, contrairement à l'objectif poursuivi par le législateur en instaurant ces commissions – à savoir présenter une apparente garantie aux justiciables qui feraient l'objet de mesures de sûreté par essence attentatoires aux libertés individuelles en créant un filtre supplémentaire, d'une part, et pallier l'absence de criminologues en France, d'autre part – ces institutions conduisent à renforcer le consensus qui se fait autour du prononcé de la mesure, chaque participant à la procédure voyant sa propre responsabilité diluée et la composition de la commission étant largement favorable au placement sous mesure de sûreté⁵. L'auteur critique également l'avis rendu par cette commission qui fait écran au rapport de qualité

¹ Art. 706-53-15, al. 2 CPP.

² JRRS Paris, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *préc.*

³ Art. 706-53-15, al. 2 CPP. Sur cette commission, v. *supra*, n° 749 s.

⁴ M. Herzog-Evans, « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *art. cit.*, p. 2146.

⁵ *Ibid.*

réalisé par le Centre National d'Évaluation dont il ne constitue « qu'un piètre et inutile résumé »¹.

Il est à noter que, indépendamment de la compétence juridictionnelle, certaines règles procédurales doivent être adaptées aux particularités des mesures de sûreté. Il en va ainsi de la liberté d'appréciation de la juridiction d'appel. En matière purement répressive, l'effet dévolutif de l'appel empêche d'aggraver la peine sur le seul appel du prévenu, alors qu'en matière de mesures de sûreté, ce principe ne devrait pas jouer ; le juge du second degré devrait même pouvoir ajouter une nouvelle mesure à celle prononcée en première instance². En effet, les mesures curatives ne sont pas soumises, en droit allemand, à l'interdiction de la *reformatio in pejus*³, contrairement, toutefois, à l'internement de sûreté qui est une mesure neutralisante⁴. On voit donc qu'une gradation existe entre les mesures de gravité différente, la rétention de sûreté, en raison de sa particulière sévérité, devant obéir à un régime plus strict.

Précisons enfin qu'en matière de mesures de sûreté, le juge est appelé à intervenir tout au long de leur exécution afin d'adapter leur contenu à l'évolution de la situation de l'intéressé et contrôler l'opportunité de leur maintien, pouvant prolonger leur durée ou, au contraire, ordonner leur cessation. Il n'est donc pas réellement dessaisi par la sentence initiale⁵.

838. Garanties procédurales. Certaines garanties, conformes aux règles procédurales de droit commun, tiennent à l'assistance d'un avocat⁶ ainsi qu'à l'aide juridictionnelle accessible à toutes les personnes assistées devant l'ensemble des juridictions intervenant dans le cadre de la rétention et de la surveillance de sûreté⁷.

Les jugements de la juridiction régionale prononçant une rétention de sûreté doivent, en outre, faire l'objet d'une motivation spéciale⁸ portant, d'une part, sur l'offre effective de prise

¹ *Ibid.*

² En ce sens, v. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 785, p. 591.

³ § 331, al. 2 StPO.

⁴ V. *supra*, n° 280.

⁵ V. B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 786, p. 591.

⁶ Art. 706-53-15, al. 2 CPP.

⁷ Décret n° 2008-1129 du 4 nov. 2008, modifiant le tableau de l'art. 90 du décret n° 91-1266 du 19 déc. 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juil. 1991 relative à l'aide juridique. La loi n° 2010-242 du 10 mars 2010, modifiant la loi n° 91-647 du 10 juil. 1991, vise également les décisions disciplinaires prises à l'encontre des personnes placées en rétention de sûreté, afin d'assurer le bon ordre du centre socio-médico-judiciaire de sûreté.

⁸ Art. 706-53-15, al. 4 CPP.

en charge pendant l'exécution de la peine et, d'autre part, sur les éléments contenus à l'article 706-53-14 CPP lesquels correspondent à une partie des conditions de fond de la mesure¹.

La JRRS statue après un débat contradictoire au cours duquel sont entendus le procureur général, la personne concernée et son avocat². La décision de placement en rétention de sûreté est immédiatement exécutoire à l'issue de la peine du condamné³ (afin d'éviter que la personne dangereuse ne soit remise en liberté entre les deux sanctions), mais toute décision de cette juridiction peut faire l'objet d'un recours – non suspensif⁴ – devant la JNRS. Le délai pour exercer le recours est celui de droit commun, soit de dix jours à compter de la notification de la décision⁵, les titulaires du recours étant soit la personne concernée, soit le ministère public⁶.

Cette juridiction statue, elle aussi, par une décision motivée qui est, à son tour, susceptible d'un pourvoi en cassation devant la chambre criminelle⁷. Le pourvoi doit être formé dans le délai de droit commun de cinq jours à partir de la notification de la décision⁸ et n'a pas d'effet suspensif⁹. Signalons que la juridiction nationale statue au vu des éléments du dossier, après un débat contradictoire au cours duquel sont entendus le ministère public et l'avocat de la personne¹⁰. L'intéressé est donc exclu de l'audience, ce qui peut paraître très critiquable¹¹. En effet, au regard de la gravité de l'enjeu, et plus encore que lorsqu'il s'agit de juger un acte, il semblerait primordial d'entendre la personne considérée comme dangereuse.

¹ Sont visés l'évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité par le centre spécialisé et l'avis motivé de la commission pluridisciplinaire accompagné de l'expertise médicale au sujet de la particulière dangerosité, ainsi que les conditions tenant au principe de subsidiarité, au caractère exceptionnel de la mesure et à la possibilité de bénéficier, au préalable, de soins adaptés en détention. On remarque cependant que le texte ne renvoie pas aux autres conditions de fond de la mesure, à savoir le risque élevé de récidive et le trouble grave de la personnalité, énoncées à l'article 706-53-13. Or, au regard de la formulation de cet article, on peut considérer que ces différentes conditions de fond sont indissociablement liées, la dangerosité étant caractérisée par la probabilité de récidive et résultant du trouble de la personnalité.

² Art. R. 53-8-40, al. 6 CPP.

³ Art. 706-53-15, al. 5 CPP.

⁴ Art. R. 53-8-41, al. 2 CPP.

⁵ En vertu de l'art. R. 53-8-40, al. 7 CPP, les décisions de la juridiction régionale sont notifiées, selon le cas, par le directeur de l'établissement pénitentiaire ou son délégué si la personne est détenue, par le directeur des services pénitentiaires du centre socio-médico-judiciaire de sûreté ou son délégué si la personne est retenue ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception si la personne est libre.

⁶ Art. R. 53-8-41, al. 1 CPP.

⁷ Art. 706-53-15, dernier alinéa CPP.

⁸ Selon l'art. R. 53-8-42, dernier alinéa CPP, les décisions de la juridiction nationale sont notifiées selon les mêmes modalités que celles des chambres de l'application des peines de la cour d'appel.

⁹ Art. R. 53-8-43 CPP. Comme l'a précisé la jurisprudence, les articles 706-53-15 et R. 53-8-43 CPP, relatifs à la procédure applicable à la JNRS, ne dérogent en effet pas aux conditions de recevabilité du pourvoi en cassation fixées par les articles 576 et 577 CPP : Cass. crim., 12 déc. 2012, n° 12-83240, *Bull. crim.*, n° 280.

¹⁰ Art. R. 53-8-42, al. 5 CPP.

¹¹ V. sur ce point, M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 534.126, p. 769.

En matière de surveillance de sûreté, la majorité de ces dispositions s'appliquent également (par renvoi aux conditions procédurales de l'article 706-53-15), avec les différences inhérentes aux conditions de fond de la mesure. Ainsi, la motivation spéciale ne porte pas sur les mêmes éléments, mais sur une dangerosité atténuée et une subsidiarité réduite, la surveillance devant, elle aussi, constituer l'unique moyen de prévenir la récidive dont le risque est très élevé.

839. Premières décisions des juridictions spéciales. Lorsque la juridiction régionale de Paris a été amenée à prononcer, pour la première fois, une surveillance de sûreté¹, « il a fallu dépêcher des magistrats civilistes manifestement peu préparés à aborder ce type de question »² ; c'est ainsi que la juridiction en est arrivée à qualifier de « *peine* » la période de sûreté qui assortissait la peine infligée à l'intéressé. On peut également déplorer l'insuffisance de la motivation des décisions rendues par ces juridictions spécialisées eu égard à la gravité des mesures qu'elles sont amenées à prononcer. Ainsi, dans la décision relative au premier placement sous surveillance de sûreté, les conditions légales ont été vérifiées avec peu de rigueur. D'une part, s'agissant du risque de récidive d'une probabilité élevée, l'expertise n'en faisait état qu'en cas d'arrêt du traitement suivi par l'intéressé. D'autre part, s'agissant de la subsidiarité de la mesure par rapport à l'inscription au FIJASV et de son caractère exceptionnel (devant être l'unique moyen pour prévenir la commission des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 CPP), la juridiction est restée muette sur la première condition et très sommaire sur la seconde, une seule des infractions en cause ayant été redoutée de la part du condamné.

La décision de la JNRS, qui est venue infirmer le jugement tendant à prolonger cette même mesure³, n'était pas non plus dépourvue d'insuffisances. En effet, elle a répondu à une critique portant sur l'article 7 de la Convention européenne en se retranchant derrière la décision du Conseil constitutionnel qui avait, de manière tout à fait lacunaire, validé l'application rétroactive de la surveillance de sûreté⁴. Si la solution retenue sur le fond de l'affaire ne peut qu'être approuvée, c'est davantage la manière d'y parvenir qui soulève des

¹ JRRS Paris, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *préc.*

² M. Herzog-Evans, « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *art. cit.*, p. 2146 s.

³ JNRS, 1^{er} juill. 2010, n° 10JNRS001, *préc.* Cette décision a infirmé le jugement de la JRRS du 15 avril 2010 tendant à prolonger la mesure car le placement sous surveillance de sûreté n'apparaissait pas nécessaire, le condamné ayant été hospitalisé sous le régime du placement d'office.

⁴ Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.* V. *supra*, n° 220.

doutes¹. L'opposition, rappelée par la juridiction, entre peines et mesures de sûreté pour justifier le régime dérogatoire de la surveillance de sûreté, renvoie plus généralement à la controverse existant au sujet de ces mesures. Le professeur Herzog-Evans déplore ainsi le « raisonnement de type label juridique tenant à la nature de "mesure de sûreté" – par opposition à celle de peine, qui légitimerait, à s'en tenir à un raisonnement purement positiviste où le droit s'autojustifie, y compris les normes les plus iniques »². Or, si cet auteur préconise de soumettre, comme cela est le cas dans d'autres pays, toutes les sanctions pénales à la « légalité du système juridique général », « au lieu de faire reposer des dispositions présentant de sérieux risques pour les libertés individuelles sur des régimes juridiques d'exception », il serait, pour le moins, souhaitable d'ériger un régime complet aux mesures de sûreté afin de les entourer des garanties nécessaires.

D'autres incohérences sont apparues lors de l'intervention des nouvelles juridictions spéciales, comme le soulève le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. En effet, sur les quatre personnes ayant été placées en rétention de sûreté à la date du 6 février 2014, la CPMS dont l'avis favorable est pourtant nécessairement requis avant tout placement³, s'est prononcée dans la moitié des cas défavorablement sur la perspective d'un placement⁴. De plus, l'une des personnes concernées avait fait l'objet d'une condamnation à dix ans de réclusion – alors que le dispositif exige au moins quinze ans – et a été placée en rétention de sûreté à tort. Or, il a fallu attendre une décision de la juridiction compétente pour lever le placement, au terme de 88 jours de privation de liberté irrégulière⁵.

840. Critiques soulevées. La nécessité de créer des juridictions spéciales pour prononcer les mesures de sûreté est discutable, d'autant plus que les membres qui les composent ne sont finalement pas davantage compétents en la matière que les juridictions pénales ordinaires. Paradoxalement, ces juridictions spéciales s'appellent juridiction régionale ou nationale « de

¹ Ainsi, en ce qui concerne l'argument invoqué par le requérant selon lequel la mesure ne pouvait pas être prolongée pour deux ans alors que le texte applicable au moment du prononcé initial de la mesure ne prévoyait qu'un renouvellement pour la durée d'un an, un auteur souligne que « le raisonnement de la JNRS est particulièrement léger » : M. Herzog-Evans, « La première surveillance de sûreté prend fin », sous Juridiction nationale de la rétention de sûreté, 1^{er} juillet 2010, *AJ pénal*, 2010, p. 559. En effet, bien que la loi du 10 mars 2010 qui a rallongé cette durée ait spécifié que ces dispositions concernant la mesure étaient d'application immédiate, la juridiction nationale s'est contentée d'énoncer que, contrairement à l'article 723-37 CPP, l'article R. 53-8-44 du même code n'a pas été modifié.

² M. Herzog-Evans, « La première surveillance de sûreté prend fin », *art. cit.*, p. 559.

³ V. *supra*, n° 755.

⁴ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, *préc.*, n° 10.

⁵ *Ibid.*, n° 6.

la rétention de sûreté », alors qu'il eut été plus adéquat de les baptiser plus largement juridictions « des mesures de sûreté », dans la mesure où elles connaissent également de la surveillance de sûreté¹. Toutefois, elles ne sont pas compétentes pour les autres mesures de sûreté. Leur existence conduit donc non seulement à une éviction partielle des juridictions de droit commun de l'application des peines, mais également à un « émiettement juridictionnel »², « dans une architecture judiciaire déjà complexe »³.

Il aurait peut-être suffi d'avoir recours aux juridictions déjà existantes, le cas échéant en renforçant la collégialité du tribunal de l'application des peines. À l'inverse, il serait envisageable d'étendre la compétence de la JRRS à toutes les mesures de sûreté, dans un souci de cohérence. Le fait de viser uniquement la rétention et la surveillance de sûreté témoigne probablement du fait que le législateur, lui-même, considère ces deux mesures comme les mesures de sûreté par excellence, leur conférant le régime le plus abouti au regard de ce que commande leur technique particulière. Selon nous, la surveillance de sûreté a en effet, rappelons-le, vocation à venir supplanter les autres mesures de surveillance existantes, lesquelles présentent de nombreuses insuffisances⁴.

En définitive, le choix de créer des juridictions *ad hoc* est, sans doute, le meilleur moyen de conserver aux mesures de sûreté leur spécificité et leur caractère exceptionnel⁵. De surcroît, face aux personnes irresponsables pour cause de trouble mental, une compétence générale de ces juridictions aurait également un impact symbolique, en dissociant plus clairement le prononcé des peines de celui des mesures de sûreté afin de dissiper tout doute possible sur la nature juridique des mesures appliquées.

À cet égard, il nous paraît très intéressant de souligner que deux auteurs spécialistes du droit de la peine ont, dans la première édition de leur ouvrage consacré à ce dernier, analysé les JRRS comme des « juridictions de l'application des peines à compétence spéciale »⁶. Les auteurs précisait néanmoins que celles-ci n'étaient pas, à proprement parler, chargées de l'aménagement des peines puisque leur intervention concerne la période de « l'après-peine »⁷. Or, cette analyse a été abandonnée dans la seconde édition de l'ouvrage, l'étude de ces juridictions spéciales ayant été déplacée au sein d'une section consacrée spécifiquement à la

¹ En ce sens, v. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, n° 534.81, p. 766.

² V. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, *art. cit.*, n° 534.82, p. 766.

³ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 48.

⁴ V. *supra*, n° 425.

⁵ En ce sens, J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 48.

⁶ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, 1^{er} éd., Paris, Litec, 2010, n° 865 s., p. 350 s.

⁷ *Ibid.*, n° 868, p. 351.

rétenion de sûreté¹. Un tel changement de conception semble refléter l'autonomie de ces juridictions qui tient à l'autonomie émergente des mesures de sûreté – mesures que l'on ne saurait, plus longtemps, rattacher à l'exécution de la peine.

Il serait, dans cette optique, souhaitable de soumettre toutes les mesures de sûreté à la compétence spéciale de ces juridictions qui devraient être rebaptisées « juridictions des mesures de sûreté ».

841. Propos conclusifs. La compétence de l'autorité judiciaire pour prononcer les mesures de sûreté, ainsi que son intervention ultérieure à intervalles réguliers pour vérifier la régularité et la nécessité du maintien des mesures, semblent constituer des garanties procédurales satisfaisantes au regard de leur appartenance aux sanctions pénales. Ainsi, si la rétenion de sûreté n'est pas limitée dans le temps, elle doit être renouvelée tous les ans par décision expresse de la JRRS. La même remarque vaut pour la surveillance de sûreté, renouvelable tous les deux ans. Ce régime doit permettre de s'assurer que la mesure demeure proportionnelle au but poursuivi et conforme aux garanties fondamentales. La création de juridictions *ad hoc* permet de déceler la volonté du législateur de conférer, à terme, un régime autonome aux mesures de sûreté. Des améliorations restent cependant à apporter au fonctionnement théorique et pratique de ces juridictions, en passant par une redéfinition nécessaire de leur appellation et de leur champ de compétence. Il faudra également éclaircir la détermination des rôles respectifs de chaque acteur intervenant dans l'étape essentielle du prononcé des mesures de sûreté, ainsi que l'articulation entre les décisions juridictionnelles et celles des organes dédiés à l'évaluation de la dangerosité évoqués plus haut².

Lors du prononcé des mesures de sûreté par l'autorité compétente se pose la question essentielle de leur application dans le temps.

C. L'application temporelle des mesures de sûreté

842. Les mesures de sûreté sont, par essence, indéterminées dans leur durée (1) et obéissent à des règles spécifiques en matière d'application rétroactive (2). Il s'agit donc là de deux assouplissements du principe de légalité lorsqu'il est appliqué aux mesures de sûreté, en raison de leurs particularités par rapport aux peines.

¹ É. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 1564, p. 665 s.

² V. *supra*, n° 746 s.

1. La durée indéterminée des mesures de sûreté

843. Durée par essence indéterminée des mesures de sûreté. La durée des mesures de sûreté a un caractère en principe indéterminé en raison de leur fondement qu'est la dangerosité¹. Étant fondées non pas sur l'acte commis mais sur l'état dangereux de la personne, elles doivent pouvoir s'adapter à cet état, c'est-à-dire débiter après le constat de la dangerosité et cesser lorsque celle-ci disparaît. Leur durée doit, par conséquent, être indéterminée et la mesure doit pouvoir être renouvelée tant que perdure l'état dangereux. Comme le soulignait un auteur, en 1931 déjà, « les décisions judiciaires par lesquelles les mesures de sûreté sont ordonnées revêtent forcément le caractère de sentences indéterminées, du moment qu'il est impossible de connaître d'avance le temps nécessaire et suffisant pour supprimer un état personnel dangereux »².

Néanmoins, en droit positif et fort heureusement pour les libertés individuelles, les hypothèses d'indétermination absolue des mesures de sûreté n'existent presque pas. Celles-ci revêtent, le plus souvent, une durée initiale relativement courte, tout en pouvant faire l'objet de prolongations illimitées, tant que leur existence demeure justifiée par la réunion de toutes les conditions d'application et notamment la dangerosité de l'individu. Cela est effectivement le cas de la surveillance et de la rétention de sûreté. De plus, la personne soumise à l'une de ces mesures dispose de la possibilité de solliciter à intervalles réguliers, à savoir tous les trois mois, sa mainlevée³. Ces différents mécanismes assurent ainsi un contrôle fréquent de la nécessité du maintien de la mesure qui peut, le cas échéant, devenir perpétuelle si la dangerosité de la personne le justifie. Cela étant, le but des mesures de sûreté consiste évidemment à faire cesser la dangerosité, si bien qu'elles n'ont pas vocation à durer plus longtemps que ce qui est strictement nécessaire. Rappelons, à ce titre, que la finalité affichée de la rétention de sûreté est de permettre sa propre fin⁴. Il existe également d'autres hypothèses d'indétermination relative, telles que les mesures de prévention prévues par les articles 15 et 16 de l'ordonnance du 2 février 1945, qui prennent fin à la majorité de l'auteur si le jugement n'a pas statué différemment.

¹ Sur ce point, v. B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 152, p. 146 s. et n° 519 s., p. 428 s. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 165, p. 140 s.

² Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, op. cit., p. 107.

³ Art. 706-53-17 CPP pour la rétention de sûreté et art. 706-53-19 CPP pour la surveillance de sûreté.

⁴ Art. 706-53-13, al. 4 CPP.

Étant indéterminée dans le temps, la mesure de sûreté peut donc être remplacée, interrompue et surtout maintenue aussi longtemps que nécessaire, contrairement à la peine, laquelle ne peut être aménagée que dans un sens favorable au condamné.

844. Soumission au principe de proportionnalité. En raison de leur indétermination temporelle, les mesures de sûreté sont soumises, en droit allemand, au principe de proportionnalité¹ qui leur sert de cadre légal face au risque d'arbitraire judiciaire. Si une telle disposition n'existe pas en droit français, on a vu que le Conseil constitutionnel soumettait généralement ces mesures au principe de proportionnalité de la sanction². La proportionnalité des mesures de sûreté s'apprécie par rapport à l'importance de la dangerosité et du risque de renouvellement des infractions³. À la condition d'être strictement encadré par le législateur et rigoureusement appliqué par le juge, ce principe assure une certaine garantie au justiciable⁴.

La proportionnalité de la mesure de sûreté commande que soit vérifié qu'aucune mesure moins contraignante ne permette d'atteindre le même but, faisant de la rétention de sûreté l'*ultima ratio* des mesures existantes⁵. En outre, sa nécessité doit être vérifiée avant sa mise à exécution effective. Dans le cas d'une détention de sûreté, un tel contrôle doit donc intervenir avant la fin de l'exécution de la peine⁶, à défaut de quoi l'exécution de la mesure doit être interrompue⁷. Il est également prévu, tant par le droit allemand que celui français, que la mesure ne saurait être mise à exécution, faute de proportionnalité, si la personne n'a pas été mise en mesure de bénéficier, pendant son incarcération, d'une prise en charge suffisante et adaptée⁸. En droit allemand, un tel constat conduit, de manière paradoxale, non à la cessation définitive de la mesure, mais à un sursis à son exécution accompagné d'une surveillance de conduite⁹.

¹ § 62 StGB.

² V. *supra*, n° 227.

³ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1160, p. 1095. V. aussi p. ex. *supra*, n° 253.

⁴ V. *supra*, n° 649 s.

⁵ Art. 706-53-14, al. 5 CPP.

⁶ Art. 706-53-14, al. 1 CPP; art. 67c, al. 1 StGB. Dans l'hypothèse où l'internement de sûreté n'a pas été ramené à exécution pendant les trois ans suivant son prononcé sans que la personne ne se trouve incarcérée, sa mise à exécution doit faire l'objet d'une décision spéciale par la juridiction, qui doit envisager un sursis avec surveillance de conduite si cela permet d'atteindre le but de la mesure (§ 67c, al. 2 StGB).

⁷ V. OLG Rostock, 18 juil. 2012, I Ws 224/12, *NStZ*, 2013, p. 107.

⁸ Art. 706-53-14, al. 6 CPP; art. 67c, al. 1 StGB.

⁹ Cette solution implique que le sursis puisse, par la suite, être révoqué (en vertu des dispositions du § 67g StGB) si les raisons de cette révocation sont suffisamment graves pour rendre l'exécution de la mesure à nouveau proportionnée (v. BT-Drucks. 17/9874, p. 21). Une telle règle paraît critiquable: v. *supra*, n° 346. En ce sens, v. également H. Pollähne, « Vollstreckung und Vollzug der Sicherungsverwahrung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 249 s.

Le maintien d'une mesure de sûreté indéterminée dans sa durée est subordonné à un réexamen régulier, visant à vérifier que ses conditions sont toujours réunies, que sa prolongation est nécessaire et qu'elle demeure proportionnée à la dangerosité de la personne. En droit allemand, le § 67e du code pénal prévoit ainsi que le maintien des différentes mesures privatives de liberté est soumis à un contrôle judiciaire régulier, devant intervenir au moins tous les six mois pour l'internement en établissement de désintoxication, et tous les ans pour l'internement de sûreté et l'internement psychiatrique. Le § 67d du même code dispose en outre qu'au-delà d'une prolongation de dix ans de l'internement de sûreté, son maintien, qui constitue alors l'exception, est conditionné à un contrôle de proportionnalité plus strict. En droit français, à défaut de texte général, il ressort des différents dispositifs quels sont les délais d'un tel réexamen. Il s'agit d'un an pour la rétention de sûreté¹ et de deux ans pour la surveillance de sûreté².

845. Régime inadapté de certaines mesures. Il existe, en revanche, de nombreuses mesures qui disposent, en l'état actuel du droit positif, d'un régime inadapté à leur spécificité, ne leur permettant pas de déployer pleinement leur fonction préventive. Soit elles sont limitées dans leur durée ou interviennent obligatoirement, sans égard à la dangerosité de l'intéressé par laquelle elles sont pourtant justifiées, soit elles s'appliquent de plein droit sans pouvoir toujours faire l'objet d'un relèvement anticipé.

D'une part, certaines mesures sont limitées dans leur durée, telles que la surveillance judiciaire et le suivi socio-judiciaire et, partant, le PSEM dès lors qu'il épouse le cadre de ces mesures, ou encore les mesures applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables et les cures de désintoxication³. Lorsqu'elles atteignent la durée maximale prévue par la loi (voire la durée fixée *ab initio* par le juge pour certaines d'entre elles), ces mesures doivent s'éteindre sans considération pour l'évolution de la dangerosité de l'intéressé. On constate, à cet égard, que pour contourner les incohérences et inconvénients liés à cette durée limitée, le législateur a souvent eu recours à des durées maximales particulièrement longues, parfois proches de la perpétuité. Or, un auteur s'est très justement demandé si « fixer un maximum très élevé ne relève [...] pas de l'hypocrisie ». En effet, « n'aurait-il pas été plus pertinent [...] de prévoir un maximum moins élevé avec possibilité

¹ Art. 706-53-16 CPP.

² Art. 706-53-19 CPP.

³ Pour une analyse approfondie du champ d'application temporel des différentes mesures, v. *supra*, n° 234 s.

d'un nouvel examen de l'état dangereux du sujet au terme de la mesure, la prolongation ne pouvant être prononcée que pour des motifs très graves »¹ ?

Aussi, le suivi socio-judiciaire est-il applicable dans les cas prévus par la loi, parfois même obligatoirement, sans que le juge n'ait à faire état de la dangerosité de l'intéressé, sauf lorsque la mesure comprend une injonction de soins ou un PSEM. Pour déterminer la durée du suivi socio-judiciaire par exemple, le juge devra, en pratique, apprécier lui-même la dangerosité de la personne, en l'absence de rapport d'expertise. En réalité, il ne pourra se fonder que sur les actes commis – déjà sanctionnés par une peine d'emprisonnement – et devra, de surcroît, déterminer à l'avance quelle sera la durée de la mesure, en d'autres termes, prédire avec certitude la persistance de la dangerosité du condamné. Le seul remède à cette rigidité consistera à prononcer la mesure pour une durée particulièrement longue en vue d'avoir ultérieurement recours, si nécessaire, à la procédure de relèvement. Si celle-ci confère à la mesure une certaine adaptabilité, il est regrettable que toutes les mesures de sûreté ne disposent pas entièrement du caractère modulable inhérent à leur nature, se traduisant par une durée indéterminée².

D'autre part, il est des mesures de sûreté, appelées « *interdictions, déchéances ou incapacités* » par le Code pénal, qui résultent de plein droit d'une condamnation pénale. Pour pallier cette rigidité regrettable, l'article 132-21 prévoit qu'elles puissent, en tout ou partie, faire l'objet d'une demande de relèvement, pouvant être présentée au moment du jugement de condamnation ou ultérieurement. Cette demande doit être adressée à la dernière juridiction ayant statué ou, si la condamnation a été prononcée par une cour d'assises, à la chambre de l'instruction³. Parmi ces mesures on peut ranger l'incapacité d'exercer une activité commerciale⁴ ou la suspension du permis de conduire⁵. L'applicabilité automatique de ces mesures à la suite d'une condamnation est d'ailleurs contraire à leur nature de mesure de sûreté qui voudrait qu'elles soient prononcées expressément par une juridiction après le constat de la dangerosité du condamné. Qui plus est, le fait que ces mesures soient

¹ J. Castaignède, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *art. cit.*, p. 23 s.

² Il est également regrettable « que le relèvement du suivi socio-judiciaire soit prononcé par la juridiction de jugement, alors qu'il s'agit en réalité de l'exécution d'une sanction, et logiquement le maintien ou l'arrêt de cette mesure, en fonction de l'évolution de l'état médical ou psychologique du condamné, aurait dû appartenir à la juridiction chargée de l'exécution de la sanction, c'est-à-dire le JAP ou le TAP » : H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

³ Art. 702-1, al. 1^{er} CPP.

⁴ Cass. crim., 3 juil. 1980, *Bull. crim.*, n° 214 ; v. aussi Cass. crim., 14 mars 1996, n° 94-84135, *Dr. pén.*, 1996, comm. n° 220, obs. J.-H. Robert.

⁵ Cass. crim., 16 oct. 1978, n° 78-91301, *Bull. crim.*, n° 272 ; Cass. crim., 30 nov. 1988, n° 87-82703, *Bull. crim.*, n° 408.

généralement limitées dans leur durée n'est guère plus satisfaisant puisque la détermination de cette durée à l'avance est arbitraire et repose sur des présomptions de dangerosité difficilement justifiables.

Or, il est des mesures qui sont exclues du bénéfice de ce texte, telle l'annulation du permis de conduire qui, selon la Cour de cassation, constitue une mesure de police et de sûreté à caractère réel¹. Il en va de même de la confiscation des instruments de pesage faux qui ne peut, de ce fait, faire l'objet d'une dispense². Cela est regrettable. Le fait que la jurisprudence qualifie certaines mesures de « réelles » ne justifie pas leur exclusion de toute possibilité de révision ou de mainlevée, cette exclusion empêchant de tenir compte de l'évolution des circonstances ou de la personnalité de l'intéressé.

Enfin, il paraît critiquable que l'inscription au FIJASV ne cesse qu'au décès de l'intéressé ou à l'expiration d'un délai de trente ans en cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement, et de vingt ans dans les autres cas³, alors que la logique des mesures de sûreté voudrait qu'un retrait de cette inscription soit possible dès que l'état dangereux de l'individu cesse⁴. L'inscription au FIJASV est ainsi non seulement automatique, mais cette mesure est également soustraite au bénéfice de la demande de relèvement de l'article 132-21, comme à celui de la dispense de peine de l'article 132-59 CP⁵. Notons toutefois qu'il existe une procédure particulière prévue par l'article 706-53-10 CPP permettant d'obtenir l'effacement des informations figurant dans ce fichier. Quoi qu'il en soit, la juridiction de jugement n'a aucun pouvoir d'individualisation sur cette mesure qui découle de plein droit de la condamnation.

846. Propos conclusifs. Toutes les mesures de sûreté devraient, à l'instar de la rétention et de la surveillance de sûreté, revêtir une durée indéterminée permettant de les faire évoluer en fonction de la dangerosité de la personne à laquelle elles s'appliquent. Une indétermination absolue n'étant pas envisageable du fait du nécessaire respect des libertés individuelles, une durée maximale indicative doit être prévue par le texte légal, avec la faculté octroyée au juge

¹ Cass. crim., 17 juin 1986, n° 85-94859, *préc.*

² Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *préc.*

³ Art. 706-53-4 CPP.

⁴ La même remarque vaut également pour le fichier national automatisé des empreintes génétiques, dont la durée de conservation des informations enregistrées est déterminée par un décret en Conseil d'État, pris après avis de la CNIL (art. 706-54, dernier alinéa, CPP). Il ressort ainsi de l'article R. 53-14 CPP (créé par le décret n° 2000-413 du 18 mai 2000 et modifié par le décret n° 2004-470 du 25 mai 2004) que cette durée ne saurait excéder quarante ans, voire vingt-cinq ans en ce qui concerne certains résultats. Il s'agit donc de durées particulièrement longues, sans pouvoir adapter la mesure à la personne qu'elle concerne et sans possibilité de révision.

⁵ Cass. crim., 16 janv. 2008, n° 07-82115, *préc.*

de prolonger la mesure aussi longtemps que perdure la dangerosité de l'intéressé. La procédure de prolongation est destinée à vérifier régulièrement la persistance des conditions et une demande de relèvement permet à l'intéressé de contester le bien-fondé de la mesure. En outre, les mesures ne devraient, en aucun cas, être encourues automatiquement sans donner lieu à un examen initial de l'état dangereux, puis à une possibilité constante de révision de la mesure.

La disposition suivante pourrait être insérée au Code pénal : *Les mesures de sûreté revêtent une durée indéterminée. Elles peuvent être prononcées pour la durée maximale initiale prévue par la loi. À l'issue de cette durée, elles peuvent être prolongées aussi longtemps que perdure la dangerosité de l'intéressé, si les conditions d'application demeurent réunies. Leur maintien peut faire l'objet d'une demande de relèvement de la part de l'intéressé, dans les conditions fixées par la loi.*

La consécration d'un régime propre aux mesures de sûreté permettrait également d'encadrer leur application rétroactive.

2. L'application rétroactive des mesures de sûreté

847. Assouplissement nécessaire du principe de légalité. Si l'exigence du respect du principe de légalité *stricto sensu* par les mesures de sûreté a été rappelée précédemment¹, la question de leur soumission au corollaire de ce principe, la non-rétroactivité *in pejus*, peut toutefois se poser. Le principe de légalité s'applique en effet de manière atténuée en matière de mesures de sûreté².

848. Application immédiate sur le fondement d'une dangerosité présente. Fondées sur l'état dangereux de la personne, les mesures de sûreté n'ont pour point de repère que la dangerosité présente de la personne, évaluée au moment où l'on souhaite appliquer ces mesures. Partant, elles doivent pouvoir recevoir une application immédiate dès leur entrée en vigueur, sans égard à la date des infractions ou condamnations passées³. L'objectif de prévention commande que les dispositions nouvelles destinées à instaurer ou renforcer de telles mesures puissent être appliquées à tous ceux qui présentent actuellement un danger pour la collectivité.

¹ V. *supra*, n° 826.

² V. déjà la loi française du 27 mai 1885, *préc.*, art 94.

³ Sur ce point, v. J.-P. Céré, « Peine (Nature et prononcé) », *art. cit.*, n° 32. Selon cet auteur, « le but préventif de la mesure de sûreté milite indubitablement pour son application immédiate ».

Si, en France, cette solution est effectivement celle que retiennent le législateur et la jurisprudence pour la plupart des mesures de sûreté, aucune réglementation générale n'existe en revanche à ce sujet, puisque ces mesures n'ont pas de régime propre. En Allemagne, le § 2, alinéa 6 du code pénal consacre le principe selon lequel la loi applicable en matière de mesures de sûreté est celle en vigueur au moment de la prise de décision, sauf loi spécifique contraire. Autrement dit, les mesures de sûreté allemandes rétroagissent. Cela n'est toutefois pas sans soulever de problème eu égard à la conformité du droit interne à la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'a clairement affirmé la Cour de Strasbourg dans l'affaire *M. c. Allemagne*¹. Dans cette décision, rappelons-le, la Cour a déclaré contraire à la Convention l'application rétroactive de l'internement de sûreté qu'elle considérait comme une « *peine* » soumise au principe de légalité et à son corollaire, la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère². La décision ne porte donc que sur une mesure spécifique, la plus sévère existant en droit pénal allemand. *A contrario*, la Cour admet la rétroactivité des mesures qu'elle ne considère pas comme des peines, telles que l'inscription au FIJAISV³ ou les mesures applicables aux personnes déclarées pénalement irresponsables⁴. Le dispositif allemand réglementant l'application dans le temps des mesures de sûreté n'a, toutefois, pas été modifié à la suite des nombreuses condamnations par la CEDH.

849. Problèmes liés à une application rétroactive des mesures de sûreté. L'application rétroactive des mesures de sûreté peut paraître contestable au regard des importantes atteintes à l'exercice des droits fondamentaux que leur mise en œuvre entraîne⁵. C'est ainsi, on l'a vu, que le Conseil constitutionnel a été amené à censurer la disposition législative qui tendait à faire rétroagir la rétention de sûreté, en raison de l'exceptionnelle gravité de cette mesure et notamment de sa nature privative de liberté⁶. Le Conseil a ainsi soumis la rétention de sûreté à un régime spécifique tout en admettant son appartenance aux mesures de sûreté, une différence étant faite « sur le critère, non pas de la prévention dans son principe, mais des

¹ CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.* V. *supra*, n° 533 et 645.

² V. *supra*, n° 531 s.

³ CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*

⁴ CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.*

⁵ H. Matsopoulou, « Le renouveau des mesures de sûreté », *art. cit.*, p. 1607 s.

⁶ V. *supra*, n° 219.

modalités qu'elle peut connaître »¹. Rappelons, toutefois, qu'à titre de sanction de la méconnaissance de la surveillance de sûreté, la rétention peut rétroagir².

La rétroactivité expresse de la surveillance de sûreté soulève, elle aussi, des doutes à l'aune des normes en vigueur en matière d'application de la loi pénale dans le temps. Ainsi, l'article 112-2, 3° du Code pénal, relatif à l'application immédiate des lois relatives à l'exécution ou l'application de la peine, prévoit une limite pour les lois qui auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées. Ces dernières ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur. Peut-on considérer que ce texte puisse concerner la surveillance de sûreté ? Il est vrai que cette mesure a pour résultat d'aggraver le sort du condamné, en ce qu'elle vient prolonger le contrôle post-sentenciel à la suite d'une privation ou restriction de liberté. On pourrait en déduire qu'elle ne devrait pas pouvoir s'appliquer à des personnes ayant commis les faits avant l'entrée en vigueur des mesures qu'elle vient prolonger (à savoir respectivement le suivi socio-judiciaire et la surveillance judiciaire et le PSEM)³. En appliquant ce texte de manière stricte, on pourrait même considérer que la surveillance de sûreté ne puisse s'appliquer qu'aux faits commis après sa propre entrée en vigueur. Or, ce serait affirmer que la loi instaurant la surveillance de sûreté est une loi de forme et que cette dernière est une simple mesure d'exécution de la peine, alors qu'il s'agit, de toute évidence, d'une nouvelle sanction pénale à part entière. De plus, il convient de rappeler que l'article 112-2 n'a qu'une simple valeur législative et que le législateur peut y déroger par une autre loi⁴.

850. Jurisprudence favorable à une application rétroactive des mesures de sûreté. Ni la jurisprudence judiciaire, ni la jurisprudence constitutionnelle ne trouvent à redire à l'application extensive dans le temps des mesures de sûreté⁵, à quelques exceptions près – notamment en ce qui concerne la rétention de sûreté⁶. À ce titre, la Cour de cassation a

¹ Y. Mayaud, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *art. cit.*, p. 1359 s.

² V. *supra*, n° 131 et 219.

³ En ce sens, v. M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*, n° 513.53, p. 686.

⁴ On peut encore citer la surveillance judiciaire, elle aussi d'application immédiate, et deux ordonnances du 6 mai 2005 (Ordonnance n° 2005-428 du 6 mai 2005 relative aux incapacités en matière commerciale et à la publicité du régime matrimonial des commerçants, art. 2 ; Ordonnance n° 2005-429 du 6 mai 2005 modifiant le code monétaire et financier (partie législative), art. 9), qui prévoient expressément l'application immédiate de certaines incapacités d'exercer une profession commerciale ou industrielle ou des activités bancaires et financières aux personnes antérieurement condamnées.

⁵ V. *supra*, n° 194 et 215 s.

⁶ V. *supra*, n° 219.

approuvé, dans un arrêt du 21 janvier 2009¹, la rétroactivité de la surveillance judiciaire, pouvant se rapporter à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du suivi socio-judiciaire, sur lequel cette mesure prend appui. La Haute juridiction n'a donc pas étendu la solution retenue dans sa décision du 27 juin 2007 qui tendait à limiter la rétroactivité de l'obligation de soins aux infractions commises après l'entrée en vigueur de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 l'ayant instaurée². Il est permis d'y voir un revirement³, lequel a été confirmé par un arrêt du 2 septembre 2009 rendu à propos de l'application rétroactive de l'expertise de pré-libération de l'article 712-21 CPP. On voit donc apparaître une rétroactivité sans limite⁴ : le critère d'application d'une multitude de mesures de sûreté étant le suivi socio-judiciaire encouru – et non pas nécessairement prononcé – les mesures peuvent remonter aussi loin dans le temps que le législateur le souhaite. Qui plus est, dès lors que la surveillance de sûreté peut prendre le relais des autres mesures de surveillance, l'application de leur contenu n'est pas non plus limitée dans sa durée. Face à un domaine d'application temporel aussi étendu, on peut faire observer que « le législateur n'a [...] désormais plus de limite au moment de prévoir des dispositions rétroactives » et que « les principes appris dès la première année de faculté de droit et posés dans notre Déclaration des droits de l'homme n'ont plus grande pertinence »⁵.

La jurisprudence européenne relative à l'article 7 de la Convention s'avère, en ce domaine, de « peu de secours », puisque « peu exigeante et insuffisamment précise pour l'âme juridique française »⁶. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a décidé, dans l'arrêt *Kafkaris c. Chypre* du 12 février 2008⁷, que l'article 7 ne s'appliquait pas aux lois relatives à l'exécution de la peine quand bien même elles auraient pour effet d'aggraver la

¹ Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.*

² Cass. crim., 27 juin 2007, n° 06-86911, *AJ pénal*, 2007, p. 532, obs. M. Herzog-Evans, *D.*, 2008, Pan., p. 1020, obs. M. Herzog-Evans. Cette espèce concernait un refus d'octroi de réductions supplémentaires de peine au motif que l'intéressé n'a pas accepté de suivre le traitement qui lui avait été proposé durant son incarcération. La Cour a décidé que la règle posée par la loi du 12 décembre 2005, en vertu de laquelle un soin peut être imposé aux auteurs de faits pour lesquels le suivi socio-judiciaire était encouru, ne saurait concerner des faits antérieurs à l'adoption de la loi ayant instauré cette peine, puisque « *la peine complémentaire de suivi socio-judiciaire n'était pas encourue à la date de commission des faits* ». Cette divergence dans les solutions adoptées peut, sans doute, s'expliquer par le fait que dans l'arrêt de 2007, il s'agissait d'une modalité d'exécution de la peine défavorable (dont la rétroactivité est prohibée par l'article 112-2 CP), alors que dans celui de 2009, il s'agit d'une mesure de sûreté. De ce fait, les deux arrêts « se complètent de manière tout à fait harmonieuse » (G. Roujou de Boubée, « Application dans le temps de la surveillance judiciaire », note sous Cass. crim., 21 janv. 2009, *D.*, 2009, p. 1327).

³ *Contra*, J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, *op. cit.*, n° 10, p. 165.

⁴ En ce sens, v. M. Herzog-Evans, « Conflit de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? », *art. cit.*, p. 124 s.

⁵ M. Herzog-Evans, « À nouveau la rétroactivité pour des faits antérieurs à la loi "suivi socio-judiciaire" », sous Cass. crim., 2 sept. 2009, *AJ pénal*, 2009, p. 498.

⁶ *Ibid.*

⁷ CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *préc.*

peine prononcée, car cela n'équivaut pas à l'imposition rétroactive d'une peine plus forte¹. Il reste à voir si les juges européens, éventuellement saisis de la question de la surveillance de sûreté, considèreraient celle-ci comme une peine ou comme une mesure d'exécution de la peine, voire comme une mesure de sûreté.

851. Opportunité d'un régime proportionnel à la gravité des mesures de sûreté. Il est dommage que le législateur ne se soit pas saisi de la question de l'application dans le temps des mesures de sûreté, le régime applicable aux peines ne leur étant pas transposable. La consécration légale d'un régime propre aux mesures de sûreté permettrait de pallier ces incertitudes et de répondre aux craintes exprimées par un régime adapté tant à la finalité de ces mesures qu'au respect des normes supérieures protectrices de l'individu. Rien n'exclut, en effet, de soumettre les mesures à certaines garanties également applicables aux peines lorsque la sécurité juridique le commande². Une gradation devrait toutefois exister au sein du régime des mesures de sûreté selon la gravité de l'atteinte engendrée par chaque mesure. De cette manière, les mesures privatives de liberté seraient soumises à des conditions plus strictes et notamment à l'interdiction d'une rétroactivité *in pejus*, tandis que les mesures non privatives de liberté pourraient rétroagir. Le professeur Rassat estime, à cet égard, qu'« il est toujours socialement utile et qu'il peut être individuellement utile pour le délinquant d'appliquer immédiatement certaines mesures, raison pour laquelle on a toujours suivi cette règle pour les mesures concernant les mineurs. Mais il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas acceptable qu'on applique immédiatement à des faits antérieurs des mesures qui portent exagérément atteinte à la liberté individuelle et notamment à la liberté d'aller et de venir »³. Dans le même sens, le professeur Pradel fait observer au sujet de la détention de sûreté que « la position des juges constitutionnels français est probablement préférable à celle de leurs collègues allemands : la non-rétroactivité se fonde sur la sécurité juridique, et cette règle se justifie non seulement pour les peines, mais aussi pour les mesures de sûreté lourdes. Car le vrai fondement de la non-rétroactivité est bien la sécurité juridique »⁴.

Certes, le fait d'instaurer un régime d'exception pour les mesures les plus coercitives éloigne ces dernières des caractéristiques inhérentes à leur nature juridique, créant un risque

¹ Rappelons que la Cour a ainsi introduit une distinction entre les peines proprement dites et les mesures tendant à l'exécution ou l'application de celles-ci, distinction qu'elle a toutefois remise en cause dans l'arrêt *Del Rio Prada c. Espagne* du 21 octobre 2013. V. *supra*, n° 528.

² V. *supra*, n° 587 s.

³ M.-L. Rassat, « Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte », *art. cit.*, n° 46.

⁴ J. Pradel, « Mesures de sûreté privatives de liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 737 s.

de confusion avec le régime de la peine. Cela peut toutefois s'avérer nécessaire en termes de respect des libertés fondamentales. Par conséquent, il convient d'adhérer au constat selon lequel « l'applicabilité du principe de non-rétroactivité est fonction de la gravité de l'atteinte portée à la liberté plutôt que de la qualification formelle de la mesure »¹. Ce qui pose actuellement problème en droit positif, ce n'est pas tant la possibilité pour certaines mesures de sûreté de rétroagir – une telle rétroactivité répondant à leur technique propre exclusivement préventive – mais bien le fait que ces règles paraissent déroatoires au droit commun sans disposer d'aucun fondement juridique. L'élaboration d'un régime complet pour les mesures de sûreté s'avère, de ce fait, être un enjeu juridique majeur afin de fixer clairement leur cadre légal. Ce régime devrait être proportionnel à la gravité des différentes mesures qui seraient expressément reconnues comme telles.

Le critère essentiel, à cet égard, est le caractère privatif de liberté ou non de la mesure, mais ne doit toutefois pas être exclusif. En effet, la rétroactivité de l'internement psychiatrique et de la cure de désintoxication peut se justifier, nonobstant la nature privative de liberté de ces mesures, par leur caractère curatif et leur non-cumul avec une peine². Constituant l'unique réponse pénale envisageable face aux personnes irresponsables pénalement et étant, de surcroît, prises dans l'intérêt du malade, ces mesures doivent donc pouvoir être appliquées immédiatement.

852. Propos conclusifs. En définitive, le principe doit être l'application immédiate des mesures non privatives de liberté et des mesures curatives applicables aux délinquants souffrant de troubles mentaux ou d'addictions, et l'exception la non-rétroactivité de la rétention de sûreté en ce qu'elle engendre une atteinte particulièrement grave à la liberté individuelle. En d'autres termes, une disposition devrait être insérée au Code pénal, prévoyant qu'*en matière de mesures de sûreté, la loi applicable est celle en vigueur au moment du jugement, sauf en ce qui concerne la rétention de sûreté qui est régie par la loi en vigueur au moment de la commission des faits donnant lieu au jugement.*

Après la question de l'application temporelle des mesures de sûreté, la question de leur exécution nécessite, elle aussi, une réglementation légale.

¹ J.-R. Lecerf, *Rapport préc.*, p. 43.

² En ce sens, v. CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.*

§ 2 : L'exécution des mesures de sûreté

853. Dès lors que les mesures de sûreté s'inscrivent dans un système dualiste de sanctions pénales, il apparaît essentiel de régler leur articulation avec la peine et entre elles (A), avant de mettre l'accent sur l'individualisation de leurs modalités d'exécution (B).

A. L'articulation des mesures de sûreté avec la peine et entre elles

854. Les mesures de sûreté sont particulièrement nombreuses et variées, ce qui permet de les faire intervenir à la place de la peine quand celle-ci s'avère inappropriée, et accessoirement à la peine quand celle-ci se révèle insuffisante. Parfois, une application de plusieurs mesures de sûreté à la fois peut également être requise. Ces différentes hypothèses supposent de régler, d'une part, leur combinaison avec la peine (1), et, d'autre part, leur articulation entre elles (2).

1. La combinaison avec la peine

855. Il ressort de l'analyse menée que les peines et les mesures de sûreté devraient coexister à l'intérieur d'un système dualiste cohérent de sanctions pénales. La mesure de sûreté se trouve dans une relation de complémentarité avec la peine (a) dès lors qu'elle permet de dépasser les limites temporelles et fonctionnelles de cette dernière. Elle doit par conséquent pouvoir venir soit se cumuler avec la peine, soit se substituer à elle, ce qui suppose de régler l'ordre d'exécution des différentes sanctions pénales prononcées (b).

a. La complémentarité entre peine et mesure de sûreté

856. Le système unitaire écarté : coexistence entre la peine et la mesure de sûreté. S'agissant de l'articulation des peines et des mesures de sûreté à l'intérieur du système de sanctions pénales¹, on peut, au préalable, se référer à l'opinion exprimée en faveur d'un système unitaire, au milieu du XX^e siècle, par le professeur Jimenez de Asua, selon lequel « il faut remplacer la peine, qui s'est avérée radicalement inutile par les nombreuses récidives du

¹ Sur le problème de l'unification de la peine et des mesures de sûreté, v. le VI^e Congrès de l'Association internationale de droit pénal, Rome 1953, *RIDP*, 1953, Rapports particuliers, p. 459 s. ; Rapport général, p. 757 s.

sujet, par un internement efficace en maison de sécurité »¹. Il ajoutait que « la nature de cet *internement de sûreté* a un caractère mixte, capable de regarder dans le passé (le crime commis) et vers l'avenir (la possibilité d'empêcher les délits futurs) »². À cet égard, « la peine traditionnelle n'est pas suffisante pour lutter efficacement contre la criminalité d'habitude »³. L'auteur estimait alors qu' « il faut appliquer une peine *ou* une mesure de sûreté, mais *pas du tout* les deux successivement imposées : *d'abord* la peine et *après* les moyens de correction, guérison ou sécurité, [...] comme les législateurs de plusieurs pays l'ont établi dans les lois »⁴. S'il faut compléter la peine par d'autres moyens appropriés, il considérait toutefois que « le régime dualiste avec des régimes divers et dans des établissements différents n'est pas recommandable. La mesure spéciale ne doit pas être ajoutée à une peine. On doit appliquer une mesure unifiée et d'une durée relativement indéterminée »⁵.

Une telle unification étant difficilement envisageable d'un point de vue conceptuel⁶, la peine ne pouvant être illimitée dans le temps, on pourrait songer à un système dualiste, à l'intérieur duquel il n'y aurait non pas cumul, mais subsidiarité entre peine et mesure de sûreté. Ainsi, un choix devrait nécessairement intervenir, le juge pouvant prononcer à l'égard d'un délinquant soit une peine, soit une mesure de sûreté, mais point les deux parallèlement. Or, un tel système nous paraît insatisfaisant.

Dans un système dualiste assumé, les peines et mesures de sûreté ont en principe vocation à se combiner, en se cumulant, si besoin est, à l'égard d'un même délinquant lorsque celui-ci est à la fois responsable pénalement et dangereux au-delà de sa faute⁷. La mesure de sûreté n'a, en revanche, nullement vocation à venir se substituer entièrement à la peine qui demeure indispensable dans un système pénal fondé sur le libre arbitre et le principe de culpabilité. Elle doit, au contraire, prendre le relais de la peine lorsque celle-ci s'avère insuffisante ou inadaptée face à la dangerosité d'un délinquant donné. En cas de cumul, il serait toutefois concevable de laisser au juge le choix de l'ordre d'exécution des différentes sanctions. Un tel cumul suppose, bien évidemment, l'imputabilité de l'acte à la personne, à défaut de quoi la mesure de sûreté est vouée à venir se substituer à la peine qui est inapplicable.

¹ L. Jimenez de Asua, « La mesure de sûreté, sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) », *art. cit.*, p. 37.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 21 s.

⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁵ *Ibid.*, p. 37.

⁶ Sur la différence conceptuelle entre peine et mesure de sûreté, v. *supra*, n° 790 s.

⁷ V. en ce sens, P. Chambon, *Les mesures de sûretés*, *op. cit.*, p. 90-109.

857. Solutions du droit positif. En droit pénal allemand, les mesures de sûreté peuvent soit être ordonnées de manière autonome, pour une partie d'entre elles, soit se combiner avec la peine¹. Ainsi, si la personne est jugée irresponsable pénalement pour cause de trouble mental, aucune peine ne sera, en toute logique, prononcée et seules les mesures de sûreté seront applicables. Or, si la responsabilité de la personne souffrant d'un trouble mental est seulement atténuée de sorte qu'une peine puisse être prononcée à son encontre, celle-ci pourra se cumuler avec une mesure de sûreté et notamment l'internement en hôpital psychiatrique. En cas de condamnation pénale, les mesures visant les personnes responsables pourront venir s'ajouter à la peine prononcée pour pallier ses limites en matière de prévention de la délinquance.

Le droit français actuel est, lui aussi, globalement dans ce sens, sans pour autant comprendre des règles générales régissant ces hypothèses. En effet, il ressort des différents dispositifs que la mesure de sûreté peut souvent se cumuler avec une peine, dès lors que la personne a été jugée responsable de ses actes. Ainsi, par exemple, le suivi socio-judiciaire (article 131-36-5 CP), la surveillance judiciaire (article 723-29 CPP), l'interdiction de séjour (article 131-32 CP) ou encore la rétention de sûreté (article 706-53-15 CPP) accompagnent la peine prononcée. De même, le mineur faisant l'objet d'une condamnation pénale peut être placé, en sus, sous le régime de la liberté surveillée (article 19, alinéa 1 de l'ordonnance du 2 février 1945, modifié par la loi du 24 mai 1951) ; certaines mesures de sûreté peuvent se cumuler avec la peine frappant l'alcoolique dangereux pour autrui (article 12 de la loi du 15 avril 1954) ; enfin, l'injonction de soins en matière de consommation de stupéfiants peut s'ajouter à d'autres sanctions pénales prononcées (article L. 3424-2, alinéa 2 CSP).

Le professeur Bouloc estime que cette dualité est parfaitement logique puisque « la mesure de sûreté, qui doit être exclue lorsqu'il y a faute caractérisée sans état dangereux, et qui est indispensable lorsqu'il y a absence complète de faute personnelle mais risque grave (démence), doit coexister avec une peine (plus ou moins forte, et réduite parfois à une sanction de principe) lorsqu'il y a à la fois faute personnelle plus ou moins grave et état dangereux plus ou moins inquiétant pour l'avenir »². Charles-Jules Lavanchy estimait, au début du siècle dernier, que les mesures de sûreté étaient destinées à combler les lacunes de la peine dans le domaine de la prévention des infractions ; elles pouvaient entrer en action là

¹ V. § 71 et 72 StGB.

² B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 529, p. 435.

seulement où la peine était inefficace, insuffisamment efficace, nuisible, même inapplicable s'agissant d'irresponsables ou de jeunes délinquants¹.

Le principe de la coexistence étant admis, il s'agit alors de fixer les modalités techniques du cumul ou, le cas échéant, de la subsidiarité entre la peine et la mesure de sûreté.

858. Prononcé autonome d'une mesure de sûreté en cas d'irresponsabilité pénale. Un des principaux intérêts de la mesure de sûreté est de pouvoir s'appliquer à un individu irresponsable pénalement pour cause de trouble mental et donc inaccessible à la peine². On peut, à ce titre, citer Charles-Jules Lavanchy qui soulignait que « quand la peine paraît mal appropriée, il est de bonne logique qu'elle cède le pas à la mesure de sûreté, qui doit précisément pallier ses insuffisances ; cela surtout lorsque le délinquant considéré comme dangereux n'est pas accessible à l'action de la peine »³. Les mesures applicables aux personnes irresponsables pénalement jouissent donc d'une véritable autonomie, dans le sens où elles sont les seules réponses que le droit pénal est susceptible d'apporter à la dangerosité qui s'est manifestée à travers la commission matérielle d'une infraction. Non seulement ces mesures sont alors clairement séparées des peines, mais elles sont prononcées de manière parfaitement autonome, le droit pénal classique – au sens des peines rétributives – n'ayant pas vocation à s'appliquer. En l'absence de toute faute morale, seule une prévention d'éventuels actes futurs est envisageable, prévention qui ne peut être réalisé que par le biais des mesures de sûreté.

Le § 71 du code pénal allemand permet ainsi d'ordonner de manière autonome, en cas d'impossibilité de mener un procès pénal en raison de l'irresponsabilité pénale de l'auteur ou de son inaptitude au jugement⁴, certaines des mesures de sûreté existantes. Il s'agit de l'internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication, de l'interdiction professionnelle et de l'annulation du permis de conduire. Sont donc seuls exceptés de cette règle l'internement de sûreté et la surveillance de conduite, lesquels ne peuvent, de ce fait, être prononcés qu'aux côtés d'une peine privative de liberté. L'impossibilité d'exclure l'irresponsabilité pénale de l'auteur sera suffisante pour avoir recours aux mesures de sûreté, sauf pour le prononcé d'un internement en hôpital

¹ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal*, op. cit., p. 75.

² V. *supra*, n° 20 s.

³ *Ibid.*, p. 119.

⁴ Cette inaptitude résulte du fait que l'intéressé n'est pas en mesure de défendre raisonnablement ses intérêts au sein et en dehors du procès, d'assurer sa défense de manière raisonnable et compréhensible, ainsi que de recevoir et d'émettre des déclarations relatives au procès : BVerfG, 24 févr. 1995, 2 BvR 345/95, NJW, 1995, p. 1951.

psychiatrique qui requiert au moins la certitude d'une responsabilité atténuée de la personne. En cas d'inaptitude durable au jugement, il importe peu si la personne était pénalement responsable au moment de la commission de l'acte¹. Ces mesures sont alors prononcées au cours d'une « procédure de sûreté » (*Sicherungsverfahren*)², mais demeurent soumises aux règles communes à toutes les mesures de sûreté, notamment la possibilité d'accorder immédiatement un sursis à l'exécution de la mesure³. On le voit donc, même ces mesures supposent la commission matérielle d'un acte pénalement répréhensible, ainsi que des preuves suffisantes que cet acte puisse être objectivement imputé à l'intéressé. Tout autre obstacle aux poursuites pénales, comme la prescription de l'action publique, une tentative non punissable ou encore l'absence de plainte par la victime, fait également obstacle au prononcé autonome d'une mesure de sûreté.

Cette procédure de sûreté du droit allemand est comparable à la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale instaurée, en droit français, en février 2008, laquelle permet au juge pénal de prononcer à l'encontre de l'auteur matériel d'une infraction, mais irresponsable pénalement, des mesures de sûreté⁴.

859. Cumul entre peine et mesure de sûreté en cas de responsabilité pénale. En cas de responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction, la mesure de sûreté se cumule en principe avec la peine, dès lors que ces deux types de sanction pénale ne reposent pas sur le même fondement. Ces différentes sanctions ont ainsi vocation à se compléter, la peine venant sanctionner la faute passée et la mesure de sûreté visant à agir sur la dangerosité future de la personne une fois que celle-ci a purgé sa peine. La problématique tient cependant au fait que les mesures de sûreté, elles aussi, s'appuient sur l'infraction commise qui leur sert de condition objective. Les droits positifs français comme allemand autorisent en effet le prononcé cumulatif d'une peine et d'une mesure de sûreté à l'encontre d'un même délinquant⁵. On en arrive donc à cumuler deux sanctions pénales pour une seule et même

¹ V. W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 71 Selbständige Anordnung, n° 4.

² Règlementée aux § 413 et s. du code de procédure pénale (StPO). Lorsqu'un internement en hôpital psychiatrique est requis, ou dans l'hypothèse d'un délit puni d'une peine privative de liberté supérieure à quatre ans, c'est le tribunal correctionnel qui est compétent. La cour d'assises est compétente pour les crimes énumérés au § 74, al. 2 GVG. Les autres cas relèvent du tribunal d'instance. Le § 416 StPO prévoit la possibilité de passer d'une procédure de sûreté à une procédure pénale classique s'il s'avère ultérieurement que la personne n'est pas irresponsable pénalement ou inapte au jugement.

³ Prévue par le § 67b StGB.

⁴ V. *supra*, n° 698.

⁵ V. *supra*, n° 857.

infraction, ce qui peut paraître critiquable au regard du principe *ne bis in idem*¹, notamment lorsque ces deux sanctions sont de même nature.

S'agissant, en premier lieu, du cumul entre sanctions de nature différente (par exemple privative et restrictive de liberté), le cumul ne pose *a priori* aucun problème. Ainsi, il est tout à fait envisageable que la peine privative de liberté s'accompagne d'une surveillance de sûreté visant à éviter des « sorties sèches » et pouvant même, le cas échéant, favoriser une libération anticipée pour œuvrer à une meilleure resocialisation de l'intéressé. Il en va de même, par exemple, d'une interdiction professionnelle qui peut être prononcée simultanément à une peine et trouver à s'appliquer pendant et après celle-ci. Signalons, à ce titre, que les peines de nature différente peuvent, elles aussi, parfaitement se cumuler dès lors que la loi le prévoit. Aussi, « si la jurisprudence a admis que la règle du non-cumul des peines ne s'appliquait pas aux peines complémentaires, c'est parce que la plupart d'entre elles sont en réalité des mesures de sûreté qui fonctionnent sous la dénomination de peines »².

Mais qu'en est-il, en second lieu, du cumul entre sanctions de même nature ? Un non-cumul des sanctions de même nature (telles qu'une peine privative de liberté et une rétention de sûreté) paraît difficile à mettre en œuvre, à moins d'adopter un système unitaire avec confusion complète entre peines et mesures de sûreté. Or, leur prononcé cumulatif permet de préserver la distinction des fondements respectifs (la culpabilité et la dangerosité), la peine conservant ainsi sa fonction rétributive. Il s'agit, par conséquent, d'en limiter les effets dans la pratique en distinguant, aussi clairement que possible, leurs modalités d'exécution et en permettant des aménagements plus souples. Comme le souligne le professeur Bouloc, le régime des mesures de sûreté doit être organisé « de façon à ce que l'individu n'ait pas l'impression qu'on le punit d'une faute qu'on lui reproche, et à ce que le public ne considère pas comme déshonorant qu'un individu soit soumis à une mesure de protection préventive »³. On éviterait, de la sorte, un « parallèle fallacieux »⁴ entre la mesure de sûreté et la peine. Aussi, leur combinaison suppose-t-elle une meilleure articulation, la durée passée en détention en vertu de la première sanction devant éventuellement pouvoir être imputée sur l'autre sanction. Les deux régimes doivent favoriser une resocialisation de la personne, de telle sorte que le traitement de resocialisation commence dès la privation de liberté et permette au juge de pouvoir décider de l'ordre d'exécution des différentes sanctions. Ce traitement doit favoriser un retour à la liberté et, partant, rendre inutile l'exécution de la deuxième sanction

¹ Sur la confrontation des mesures de sûreté au principe *ne bis in idem*, v. *supra*, n° 669 s.

² B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 781, p. 588.

³ *Ibid.*, n° 518, p. 428.

⁴ *Ibid.*

privative de liberté. Dans un tel système, les finalités du prononcé et celles de l'exécution des sanctions pénales seraient plus clairement distinguées.

Le cumul étant admis, il convient de s'intéresser à une combinaison rationnelle des différentes sanctions pénales.

b. La combinaison rationnelle entre peine et mesure de sûreté

860. Ordre d'exécution des sanctions pénales. La combinaison entre peines et mesures de sûreté pose le problème de savoir dans quel ordre elles doivent s'exécuter : d'abord la peine ou d'abord la mesure, ou bien les deux en même temps¹ ? Souvent, une exécution simultanée n'est pas possible et il ne paraît pas toujours opportun de soumettre le délinquant à deux sanctions successives. On peut rappeler, à cet égard, l'exemple classique des délinquants partiellement responsables qui souffrent d'une maladie mentale : « il serait absurde de commencer à les punir avant de les soigner, et il y aurait autant d'inconvénients à les châtier après les avoir guéris »², ce qui compromettrait tous les effets bénéfiques de la mesure de sûreté, voire présenterait une « singulière cruauté »³. Ne serait-il pas envisageable alors de choisir entre les deux ? Comment établir une combinaison rationnelle ?

Le droit pénal allemand prévoit qu'en cas de cumul entre une peine privative de liberté et une mesure de sûreté curative (internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication), c'est la mesure de sûreté qui doit être exécutée en premier⁴, puisqu'elle a pour but de soigner le délinquant malade et de réduire ainsi sa dangerosité. Or, une fois la mesure exécutée, il ne sera pas toujours bon pour l'évolution de l'état de l'intéressé de le placer ensuite en établissement pénitentiaire, au risque d'anéantir les progrès obtenus avec son traitement. S'il est envisageable, dans cette situation, que l'individu bénéficie d'une remise de sa peine, encore faut-il que les conditions pour une telle remise soient réunies (§ 57 StGB). Ainsi, une mesure de sûreté peut prendre fin (parce que la durée maximale est atteinte, parce que ses conditions ne sont plus réunies ou parce que son maintien deviendrait disproportionné), sans pour autant que les conditions d'une remise de la peine ne soient réunies, parce que la personne n'est pas complètement resocialisée, par exemple. Se pose

¹ Sur cette question, v. M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rapport préc.*, p. 427.

² R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général.*, *op. cit.*, n° 657, p. 829.

³ M. Patin, « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », *Rapport préc.*, p. 427.

⁴ § 67, al. 1 StGB.

alors la question de savoir si, à l'issue de l'élargissement, il convient de mettre à exécution la peine restant à subir. En principe, le fait que le maintien de la mesure soit devenu disproportionné par rapport à la dangerosité de l'intéressé devrait jouer en faveur d'une remise de la peine¹. Mais il arrive également que la juridiction compétente décide de mettre celle-ci à exécution. Dans pareille hypothèse, le reste de la peine doit en principe être purgé dans l'établissement où la mesure de sûreté a été exécutée, afin d'éviter de compromettre les effets de la thérapie et l'évolution positive de l'état dangereux de l'intéressé². Pour autant, la peine à exécuter ne change pas de nature juridique et demeure soumise au régime des peines, ce qui signifie notamment qu'elle devra prendre fin au terme fixé, puisqu'elle est fondée sur la culpabilité et non sur la dangerosité. Seules ses modalités d'exécution changent. Par exception, la juridiction peut décider que la peine sera exécutée en établissement pénitentiaire si la personnalité du condamné le justifie³.

Cet ordre d'exécution peut cependant être inversé si la juridiction estime que la finalité de la mesure de sûreté sera plus facilement atteinte lorsque celle-ci est précédée par la peine⁴. La loi prévoit, en outre, qu'une partie de la peine doit être exécutée avant l'internement en établissement de désintoxication si la durée de la peine prononcée excède trois ans. La partie de la peine restant à subir après l'internement pourra alors donner lieu à une libération conditionnelle, dans les conditions du § 67, alinéa 5 StGB. La Cour constitutionnelle a toutefois rappelé qu'en cas d'internement en hôpital psychiatrique, l'exécution préalable de la peine était susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif visé puisque non seulement la maladie mentale de l'intéressé ne pourrait pas être soignée mais qu'elle s'en trouverait même probablement aggravée⁵.

L'internement de sûreté, quant à lui, est toujours exécuté après la peine privative de liberté, comme c'est également le cas en France.

861. Système d'imputation des sanctions privatives de liberté. Il existe, en droit allemand, un principe qui permet de limiter le cumul entre les peines et mesures privatives de

¹ BVerfG, 22 juin 2012, 2 BvR 22/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 385.

² § 67, al. 5, phrase 2 StGB. Cela peut aboutir, en pratique, à prolonger la cure de désintoxication au-delà de sa durée légale maximale : § 67d, al. 1, phrase 3 StGB. V. J. Peglau, « Vollstreckung einer nicht aussetzbaren Restfreiheitsstrafe nach Erledigung der Maßregel wegen Unverhältnismäßigkeit », à propos de OLG Düsseldorf, 2. Strafsenat, 12 déc. 2013, III-2 Ws 576/13, *jurisPR-StrafR*, 3/2014, Anm. 3. V. aussi H. Pollähne, in : U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, op. cit.*, StGB § 67, n° 15-32.

³ *Ibid.*

⁴ § 67, al. 2 StGB.

⁵ BVerfG, 27 mars 2012, 2 BvR 2258/09, *RuP*, 2012, p. 158; *NJW*, 2012, p. 1784 ; *StraFo*, 2012, p. 176.

liberté prononcées. C'est le principe de la « *Vikariierung* », signifiant que la durée exécutée au titre de la mesure de sûreté qui précède la peine peut être imputée sur celle-ci¹.

Ce dispositif a été introduit par la deuxième loi de réforme du droit pénal du 4 juillet 1969², mais a ensuite été limité par la loi du 13 avril 1986³ aux deux tiers de la peine. En réservant la possibilité de mettre le dernier tiers à exécution, à moins qu'il ne fasse l'objet d'un sursis si le pronostic social est favorable, la motivation de l'intéressé lors du traitement devait être favorisée. L'alinéa 4 du § 67 StGB⁴ prévoit désormais la possibilité d'une telle imputation uniquement sur la peine issue de la même procédure que celle ayant abouti au prononcé de la mesure de sûreté, et dans la limite des deux tiers de celle-ci.

Néanmoins, deux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle fédérale à propos du § 67, alinéa 4 sont venus assouplir cette limitation légale. L'un concernait la prise en compte d'un internement excessivement long (après une cessation conformément au § 67d, alinéa 6 parce que les conditions de la mesure ne sont plus réunies ou parce que son maintien deviendrait disproportionné) lors de la décision sur la mise à exécution du tiers restant et non exécuté de la peine⁵ ; l'autre était relatif à la possibilité de l'imputation de la durée d'une mesure sur des peines privatives de liberté prononcées dans une procédure distincte⁶. Ce dernier arrêt a insisté sur l'importance du droit fondamental à la liberté⁷ qui commande, en cas de cumul entre une peine et une mesure de sûreté privatives de liberté, que la liberté individuelle ne soit pas atteinte au-delà de ce qui est strictement nécessaire⁸. En effet, si un tel cumul est en principe autorisé en raison des finalités différentes de ces deux types de sanctions pénales, il présente toutefois un plus grand risque pour les libertés fondamentales⁹. Les limitations apportées à l'imputation des diverses sanctions doivent donc prendre en compte les finalités poursuivies, ce qui suppose d'éviter une mise à exécution de la peine dans l'hypothèse où celle-ci aurait pour conséquence de compromettre les succès thérapeutiques – la privation de liberté subie au titre de la mesure de sûreté remplaçant alors celle de la peine rétributive. La disposition légale ayant ainsi été déclarée inconstitutionnelle, elle doit être appliquée selon les

¹ § 67 StGB.

² *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (2. StrRG) du 4 juil. 1969, *préc.*

³ *Dreiundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz* (23. StrÄndG) du 13 avr. 1986, *BGBI. I*, p. 393.

⁴ Dans sa version issue de la loi du 16 juil. 2007 (*Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt*), *BGBI. I*, p. 1327.

⁵ BVerfG, 22 juin 2012, 2 BvR 22/12, *préc.*

⁶ BVerfG, 27 mars 2012, 2 BvR 2258/09, *préc.*

⁷ Prévu par l'art. 2, al. 2, 2^{ème} phrase de la Loi fondamentale.

⁸ BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, BVerfGE 91, 1 (31).

⁹ V. BVerfG, 12 avr. 2005, 2 BvR 581/01, BVerfGE 112, 304 (319 s.) ; BVerfG, 13 sept. 2005, 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196 (247) ; BVerfG, 10 juin 2009, 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186 (266).

règles posées par la Cour jusqu'à sa nouvelle réglementation¹. Les juges laissent cependant au législateur la liberté de déterminer certaines limites à l'imputation, dès lors qu'elles permettent, par le biais d'exceptions légales, de prendre en compte les circonstances particulières de chaque espèce. Il peut en effet s'avérer nécessaire ou utile, dans certaines hypothèses, de mettre à exécution la peine, si par exemple l'intéressé refuse le traitement ; ou, à tout le moins, de réserver cette possibilité au juge, la seule menace d'une incarcération pouvant avoir des effets préventifs.

Le principe de l'imputation ne valant que pour les mesures à visée curative, il n'est pas applicable à l'internement de sûreté qui est toujours exécuté après la peine. On voit ici clairement apparaître le particularisme de cette dernière mesure, d'une sévérité accrue, au sein des mesures de sûreté. Or il serait tout à fait envisageable d'étendre le principe d'imputation à l'internement de sûreté², d'autant que la personne concernée est, par définition, un auteur pénalement responsable. Le principe prendrait alors même tout son sens, puisque dans le cadre des mesures curatives, la personne est plus rarement soumise à une peine en raison de sa responsabilité atténuée ou abolie.

862. Risques liés à un cumul sans limites. Les mesures de sûreté présentent le risque d'avoir un effet délétère sur les aménagements de la peine. Cette crainte a été exprimée par l'ancien président de l'Association nationale des juges de l'application des peines (ANJAP), selon lequel la possibilité de contrôler les délinquants après leur incarcération pourrait conduire à une perte d'intérêt de l'aménagement anticipé de la peine. Ainsi, « l'aménagement de peine ayant pour intérêt de ne pas laisser les condamnés sortir sans aucun suivi ni encadrement, les mesures de sûreté après la fin de peine pourraient en effet permettre de repousser l'échéance de la libération avec encadrement »³. De surcroît, la mesure de sûreté exclusivement sécuritaire qu'est la période de sûreté ne laissant aucune place à la réinsertion du condamné, elle constitue une entorse directe à la possibilité d'aménager la peine. Par conséquent, il sera nécessaire d'ajouter d'autres mesures de sûreté à l'issue de l'exécution de cette peine, pour éviter les « sorties sèches » sans aucun contrôle social des délinquants les

¹ Notons qu'une proposition de loi concernant l'imputation de la durée de la mesure sur différentes peines avait déjà été rendue publique, mais est demeurée sans suite : v. BTDrucks 10/2720, p. 13 s.

² En ce sens, v. H. Pollähne, « Vollstreckung und Vollzug der Sicherungsverwahrung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung », *art. cit.*, p. 249 s.

³ CNCDH, *Les prisons en France Volume 2. Alternatives à la détention : du contrôle judiciaire à la détention*, Étude réalisée par S. Dindo, Doc. fr., Paris, 2007, p. 73 (audition de M. Janas, 10 mai 2006). Ce constat a, par la suite, été confirmé : P. Bruston, « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », *art. cit.*, p. 403 s.

plus dangereux. Ces derniers, déjà jugés dangereux lors de leur incarcération, le seront peut-être davantage encore après une longue exclusion de la société.

En réalité, ceci pourrait avoir un effet néfaste sur l'engagement personnel du condamné dans le processus de sa propre resocialisation. En effet, le prononcé d'un aménagement de peine suppose généralement l'investissement autour d'un projet, ce qui lui confère de meilleures perspectives en termes de prévention de la récidive, alors que la mesure de sûreté, au contraire, est par hypothèse imposée¹. Le cadre fortement contraignant des mesures de surveillance sur une longue durée peut générer un risque important de violation des obligations. Face à la perspective d'un contrôle perpétuel à leur libération, l'investissement personnel des condamnés dans un projet de resocialisation risque d'être fortement réduit et leur espoir de mener un jour une vie normale parfois anéanti. Par conséquent, il apparaît essentiel de limiter des cumuls sans limites entre plusieurs sanctions parfois très longues, par le biais d'une combinaison rationnelle favorisant la resocialisation des personnes concernées.

863. Nécessité de consacrer une combinaison rationnelle favorisant la resocialisation en droit français. Les mesures de sûreté sont vouées soit à compléter la peine, soit à la suppléer. Leur cumul éventuel lors du prononcé permet de prendre en compte leurs fondements et finalités distincts. Ainsi sera préservée la fonction rétributive de la peine, qui ne peut pas être assurée par la mesure de sûreté. Cependant, lors de l'exécution, la finalité resocialisatrice doit dominer, impliquant, le cas échéant, de mettre en place un système d'imputation d'une sanction sur l'autre. Plusieurs hypothèses sont alors à distinguer.

Dans l'hypothèse où une mesure non privative de liberté s'ajouterait à une peine privative de liberté, rien ne s'oppose à leur cumul en raison de leur complémentarité et de leur nature différente. La mesure suivrait alors en toute logique la peine, afin d'assurer un retour progressif de l'individu dans la société. Si l'enfermement paraît inopportun, le juge pourrait même accorder un sursis à l'exécution de la peine afin de mettre à exécution en priorité la mesure de surveillance.

En ce qui concerne l'éventualité d'un cumul entre une mesure curative et une peine privatives de liberté (dès lors que la personne est reconnue au moins partiellement responsable de ses actes, tout en souffrant d'un trouble psychique ou d'une addiction), la mesure curative devrait pouvoir être ramenée à exécution avant la peine, puis sa durée imputée sur celle de la peine. Si, à l'issue de la mesure, l'exécution de la peine n'apparaît plus nécessaire ou si elle

¹ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., n° 511.16, p. 661.

risque de compromettre la resocialisation favorisée par la mesure de sûreté qui la précède, la personne pourrait bénéficier d'une libération conditionnelle. Il serait également envisageable de mettre le reste de la peine à exécution au sein de l'établissement curatif pour éviter les inconvénients de l'établissement pénitentiaire.

Le plus grand problème au regard du principe *ne bis in idem* est soulevé par le cumul entre la peine privative de liberté et la rétention de sûreté, applicables toutes deux à un auteur responsable pénalement à la suite des mêmes faits. Une possible imputation sur la peine de la durée passée en rétention de sûreté répondrait aux critiques opposées au cumul entre ces deux sanctions pénales privatives de liberté très proches dans leurs modalités d'exécution. Il serait alors envisageable de laisser au juge le choix de déterminer l'ordre d'exécution de ces deux sanctions et d'imputer la première sur la seconde. Concrètement, si les conditions d'application de la rétention de sûreté disparaissaient en cours d'exécution, il pourrait être mis un terme à cette mesure et la durée déjà exécutée serait déduite de la peine restant à subir. Si l'exécution de cette dernière n'apparaissait plus nécessaire, la personne pourrait bénéficier d'une libération conditionnelle avec surveillance de sûreté. En revanche, si les conditions justifiant un maintien en rétention de sûreté demeuraient réunies au-delà de la durée de la peine prononcée, cette dernière serait entièrement absorbée et la rétention de sûreté pourrait être prolongée aussi longtemps que sa nécessité le justifie – jusqu'à cessation de la dangerosité.

Dans certaines hypothèses enfin, la mesure de sûreté devrait pouvoir s'appliquer seule, lorsqu'elle constitue l'unique sanction adéquate à la situation. Cela vaut par exemple pour les interdictions professionnelles qui, pour atteindre l'objectif recherché, n'ont nullement besoin d'être cumulées avec une peine. C'est d'ailleurs la solution retenue actuellement par le droit français, mais les mesures de sûreté privatives ou restrictives de droits y sont dénommées « peines » alternatives (article 131-6 CP), complémentaires (article 131-10 CP) – pouvant, à ce titre, être prononcées en tant que peine principale¹ – ou accessoires². Cet état du droit mérite d'être modifié pour davantage de clarté et cohérence.

¹ Les peines « *alternatives* » ne peuvent jamais se cumuler avec une peine d'emprisonnement (art. 131-9 CP) et peuvent se substituer à la peine d'amende (art. 131-7 CP). Les peines « *complémentaires* » peuvent venir s'ajouter ou se substituer à la peine principale (art. 131-11 CP). Outre le fait que ces peines constituent en réalité de véritables mesures de sûreté, l'incohérence dans le Code pénal est renforcée par le fait que l'article 131-6 fait état de « *peines privatives ou restrictives de liberté* » alors qu'elles sont privatives ou restrictives de droits.

² V. p. ex. l'interdiction d'exercer la profession d'agent immobilier prévue par la loi n° 70-9 du 2 janv. 1970, art. 9.

864. Propos conclusifs. Une articulation rationnelle entre les différents types de sanctions pénales permettrait de remédier à un éventuel effet désocialisateur dû à des cumuls parfois excessifs. Par exemple, la peine prononcée pourrait être assortie d'un sursis pour mettre à exécution, en priorité, la mesure de sûreté qui l'accompagne. En ce sens, le professeur Bouloc souligne que « lorsque la simultanée est possible, la priorité devrait être donnée à la mesure de sûreté (contrairement à ce que prévoyait, en 1934, le projet de réforme du Code pénal), sauf à examiner ensuite s'il n'y a pas lieu à grâce ou à imputation de la mesure de sûreté privative de liberté sur la durée de la peine »¹. Il serait dès lors envisageable, non pas de faire exécuter la peine dans un établissement médico-répressif², mais de laisser au juge la possibilité d'inverser l'ordre d'exécution en prévoyant une éventuelle imputation des sanctions de même nature.

Telle était déjà l'opinion exprimée, en 1931, par un auteur qui estimait qu'il paraissait « rationnel [...] de permettre de prime abord l'exécution du traitement curatif, qui, en privant le condamné de sa liberté, prévient ainsi de nouvelles infractions »³. Partant, « la loi devrait donner expressément au juge la *faculté d'ordonner une mesure de sûreté, tout en accordant le sursis à l'exécution de la peine* », et « la procédure devrait être la suivante : le déficient mental et le buveur condamnés avec sursis seraient soumis aussitôt après le jugement, à la mesure de sûreté appropriée à leur état »⁴. Ainsi ne subiraient-ils la peine que dans le cas où le sursis serait révoqué.

Indépendamment de leur combinaison avec la peine, les mesures de sûreté doivent s'articuler entre elles.

2. L'articulation des mesures de sûreté entre elles

865. Si le juge doit, en principe, choisir la mesure de sûreté la plus adéquate, il peut s'avérer nécessaire de combiner plusieurs mesures entre elles. Le droit allemand règlemente ces différentes hypothèses.

866. Choix entre plusieurs mesures. Lorsque les conditions de plusieurs mesures de sûreté sont réunies, mais que leur finalité peut être atteinte par une partie seulement d'entre

¹ B. Bouloc, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 530, p. 436.

² Comme cela avait été proposé par le projet de réforme du Code pénal de 1934 (Magnol), puis repris par le projet de 1978 (art. 68 et 127, al. 6) ainsi que l'avant-projet de 1983 (art. 94).

³ Ch.-J. Lavanchy, *Les mesures de sûreté en droit pénal, op. cit.*, p. 120.

⁴ *Ibid.*, p. 121.

elles, seules ces dernières doivent être prononcées¹. Parmi les différentes mesures adéquates, le juge doit accorder la priorité à la plus adaptée, ou, si plusieurs mesures sont d'une adéquation équivalente, à la moins attentatoire aux libertés².

Sur ce plan, on l'a vu³, la jurisprudence considère que l'internement en hôpital psychiatrique ne représente pas, de manière générale, une moindre atteinte par rapport à l'internement de sûreté, mais une atteinte différente⁴. Le choix doit donc être arrêté en fonction des données particulières de chaque espèce, la perspective d'un amendement devant prévaloir sur la simple neutralisation⁵. Si les conditions des deux mesures (le trouble psychique et la propension criminelle) sont satisfaites et si la responsabilité pénale est altérée, c'est donc en principe l'internement en hôpital psychiatrique qui doit être préféré à l'internement de sûreté, compte tenu de sa finalité à la fois sécuritaire et thérapeutique⁶. C'est également le cas si le succès du traitement ou de la thérapie à l'égard de l'individu paraît douteux, voire compromis, puisque l'internement de sûreté constitue l'*ultima ratio* de la politique pénale⁷. De plus, bien que les deux mesures soient d'une durée illimitée, l'internement en hôpital psychiatrique représente dans la pratique une atteinte moins lourde dans la mesure où elle est, en principe, exécutée avant la peine et imputée sur la durée de celle-ci. La jurisprudence considère, par conséquent, qu'elle doit être préférée à l'internement de sûreté même si la personne ne souffre pas d'une maladie mentale durable, mais seulement de troubles liés à la consommation malade d'alcool par exemple⁸.

S'agissant de l'alternative entre l'internement de sûreté et l'internement en établissement de désintoxication, c'est la seconde mesure qui est considérée comme la moins attentatoire. Elle seule doit donc être prononcée lorsque le traitement de l'addiction paraît apte à mettre un terme au risque de la commission d'infractions⁹. La Cour fédérale de justice a toutefois décidé, de manière critiquable, que si les conditions d'un internement de sûreté étaient également réunies, il ne devait être renoncé au prononcé de cette mesure au profit d'un

¹ § 72, al. 1 StGB.

² BGH, 25 juin 1981, 4 StR 313/81, *NStZ*, 1981, p. 390 ; BGH, 21 déc. 1994, 3 StR 347/94, *NStZ*, 1995, p. 284.

³ V. *supra*, n° 161 et 309.

⁴ BGH, 11 févr. 1954, 4 StR 755/53, *NJW*, 1954, p. 968 ; BGH, 6 août 1997, 2 StR 199/97, *NStZ*, 1998, p. 35 ; BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *StV*, 2002, p. 478.

⁵ W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 72 Verbindung von Maßregeln, n° 3.

⁶ BGH, 6 août 1997, 2 StR 199/97, *préc.* ; BGH, 28 nov. 2002, 5 StR 330/02, *NStZ*, 2003, p. 310 ; BGH, 14 mai 2002, 5 StR 138/02, *NStZ-RR*, 2002, p. 230 ; BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *préc.*

⁷ BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *préc.*

⁸ V. BGH, 22 mars 2007, 4 StR 56/07, *RuP*, 2008, p. 68.

⁹ BGH, 28 mai 1997, 2 StR 206/97, *NStZ-RR*, 1997, p. 291. Ceci est notamment le cas si les infractions commises servent exclusivement à subvenir aux besoins liés à l'addiction, auquel cas une cure de désintoxication permettra de mettre fin au danger : BGH, 10 avr. 2013, 2 StR 1/13.

internement en établissement de désintoxication que si le succès du traitement pouvait être pronostiqué à un degré de certitude assez élevé¹. En cas de doute, les deux mesures doivent donc être cumulées², le prononcé ultérieur d'un internement de sûreté ou le passage vers une telle mesure n'étant légalement pas possible. Cette solution exclusivement sécuritaire peut sembler inadéquate face à une personne qui aurait, avant tout, besoin d'être soignée et qui, dans certains cas, constitue moins un danger pour la collectivité que pour elle-même³.

Lorsqu'un internement en hôpital psychiatrique et celui en établissement de désintoxication sont potentiellement applicables (dans l'hypothèse, par exemple, où la dépendance de la personne résulte d'une maladie mentale), la priorité doit être accordée à l'établissement de désintoxication qui constitue la mesure la moins lourde des deux⁴. Cette dernière suppose toutefois des perspectives concrètes quant au succès du traitement⁵. C'est ainsi qu'un échec précédent d'un tel traitement peut conduire à renoncer ultérieurement à cette mesure au profit de l'internement en hôpital psychiatrique⁶.

Enfin, lorsqu'une mesure « ambulante » (non privative de liberté) se trouve en concurrence avec une mesure « stationnaire » (privative de liberté), mais paraît suffisante pour la protection de la collectivité, c'est évidemment la première seule qui sera prononcée. Aussi, certains auteurs considèrent qu'entre les différentes mesures non privatives de liberté, la surveillance de conduite doit être préférée à l'interdiction professionnelle lorsqu'elle offre une protection suffisante⁷.

¹ BGH, 27 juil. 2000, 1 StR 263/00, *NJW*, 2000, p. 3015 ; BGH, 31 juil. 2008, 4 StR 152/008, *NStZ-RR*, 2008, p. 336 ; BGH, 12 févr. 2009, 3 StR 569/08, *NStZ*, 2009, p. 442 ; BGH, 15 juin 2011, 2 StR 140/11, *BeckRS*, 2011, 22307.

² V. p. ex. BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *NJW*, 2006, p. 3483 ; BGH, 9 nov. 2006, 3 StR 360/06, *NStZ*, 2007, p. 328. Lors de ces deux décisions, l'internement de sûreté *a posteriori* existait encore sous sa forme originelle, avec des conditions d'application relativement larges. Pourtant, son prononcé n'était pas possible en raison d'un échec de la cure de désintoxication sans l'apparition de faits nouveaux et ne pouvait donc servir à corriger ultérieurement un pronostic erroné quant à la curabilité de la personne. Les juges optaient donc, dans le doute, pour un prononcé cumulatif des deux mesures de sûreté. Plus récemment : BGH, 14 mai 2013, 1 StR 573/12.

³ Cela met, en outre, en évidence l'insuffisante précision des conditions légales entourant l'internement de sûreté, le danger d'infractions futures concernant « notamment » celles causant un préjudice important à la victime – ce qui laisse finalement la place à toute autre sorte d'infraction : v. F. Neubacher, « Absehen von der Anordnung von Sicherungsverwahrung », *NStZ*, 2001, p. 322.

⁴ BGH, 24 févr. 2011, 2 StR 602/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 171 ; BGH, 25 juin 1997, 2 StR 283/97, *StV*, 1998, p. 72.

⁵ BGH, 25 oct. 1995, 2 StR 535/95, *NStZ-RR*, 1996, p. 163.

⁶ W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 72 Verbindung von Maßregeln, n° 4c ; BGH, 1^{er} févr. 2005, 5 StR 540/04, *RuP*, 2006, p. 102 s., note Pollähne.

⁷ V. en ce sens, W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 72 Verbindung von Maßregeln, n° 4d.

867. Cumul de plusieurs mesures. S'il apparaît nécessaire d'ordonner plusieurs mesures pour parvenir au but poursuivi, alors le droit allemand autorise leur cumul¹. Ainsi pourront, par exemple, être cumulés l'internement de sûreté et l'internement en hôpital psychiatrique², mais également toutes les autres mesures privatives ou non privatives de liberté entre elles, dès lors qu'une mesure ne paraît pas suffisante à elle seule³. Un tel cumul ne saurait être écarté par l'éventualité d'un passage ultérieur d'une mesure vers l'autre⁴.

Dans le cas d'un cumul entre plusieurs mesures privatives de liberté, le juge doit déterminer l'ordre d'exécution. Avant la fin de l'exécution de la première mesure, il doit ordonner la mise à exécution de la suivante si sa finalité requiert encore l'internement⁵. À l'inverse, si la deuxième mesure n'apparaît plus nécessaire, on peut renoncer à son exécution, ce qui permettra notamment de prendre en compte le succès de la thérapie suivie en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication dans les hypothèses où ces mesures auraient été prononcées cumulativement avec un internement de sûreté.

868. Passage d'une mesure de sûreté vers une autre. Le passage d'une mesure curative vers une autre, elle aussi curative (internement en établissement de désintoxication ou en hôpital psychiatrique), est autorisé par la loi allemande dès lors que cela favorise une meilleure resocialisation de l'intéressé⁶. De la même manière, une personne contre laquelle un internement de sûreté a été prononcé ou réservé – qu'elle soit encore incarcérée ou déjà placée en internement – peut être transférée vers une des mesures curatives lorsqu'elle doit être soumise à un traitement médical ou à une cure de désintoxication, et si la finalité resocialisatrice commande ce passage⁷. La juridiction peut révoquer ou modifier sa décision de transfert s'il s'avère, par la suite, que le succès de la mesure est compromis ou que la resocialisation de l'interné le requiert⁸.

À l'inverse, le passage d'une mesure curative vers un internement de sûreté n'est possible que dans l'hypothèse où l'internement en hôpital psychiatrique cesse parce que ses conditions

¹ § 72, al. 2 StGB.

² BGH, 18 déc. 1990, 4 StR 532/90, *NJW*, 1991, p. 1244 ; BGH, 21 déc. 1994, 3 StR 347/94, *préc.*

³ BGH, 27 juil. 2000, 1 StR 263/00, *préc.* ; BGH, 21 mai 2008, 5 StR 97/08, *StV*, 2008, p. 517.

⁴ W. Stree et J. Kinzig, in : A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar, op. cit.*, StGB § 72 Verbindung von Maßregeln, n° 5.

⁵ § 72, al. 3 StGB.

⁶ § 67a, al. 1 StGB.

⁷ § 67a, al. 2 StGB.

⁸ § 67a, al. 3 StGB.

ne sont plus réunies. Toutefois, les conditions tant matérielles¹ que procédurales² sont plus strictes que pour les autres possibilités de passage entre mesures de sûreté³.

869. Nécessité de consacrer une articulation des mesures de sûreté en droit français.

En droit français, l'articulation des mesures de sûreté devrait faire l'objet d'une réglementation complète au sein du régime qui leur serait attribué. Le professeur Bouloc souligne, à ce propos, que « la mesure de sûreté étant destinée à remédier à une certaine forme d'état dangereux, il doit être logiquement prononcé autant de mesures de sûreté qu'il y a eu de formes d'état dangereux constatées par le juge, que celui-ci soit saisi d'une infraction unique ou d'un cumul d'infractions. Il n'y a pas d'échelle dans les mesures de sûreté ; il serait à la fois difficile de déterminer quelle est la plus forte, et absurde de n'appliquer qu'elle »⁴. Un tel constat mérite des précisions. Il semble en réalité possible d'établir une certaine échelle selon la gravité des mesures existantes, celles qui sont privatives de liberté étant, à l'évidence, plus graves que les autres. Toutefois, il est vrai que la règle qui prévaut en matière de conflit de qualifications et qui exige de ne retenir que la plus haute expression pénale, en d'autres termes la peine la plus sévère, n'est certainement pas transposable aux mesures de sûreté. Puisqu'il ne s'agit pas de punir un acte mais de remédier à un état dangereux, la règle gouvernant la matière devrait être celle de la moindre contrainte possible. La mesure choisie doit répondre à la nature et au degré de la dangerosité de la personne, notamment en fonction de son caractère psychiatrique ou criminologique. Ensuite, le juge doit veiller à avoir recours à la mesure la moins attentatoire à même d'atteindre le but poursuivi, de manière à respecter une certaine hiérarchie et subsidiarité entre les différentes mesures à sa disposition. Les mesures privatives de liberté constitueraient ainsi l'*ultima ratio*.

Il faudrait également renforcer et clarifier les critères d'application d'un internement psychiatrique, en raison de la gravité de cette mesure. De ce fait, il serait important d'instaurer une subsidiarité entre cette mesure et les autres mesures de sûreté existantes, en prévoyant la possibilité, pour le juge pénal, de prononcer à l'encontre de la personne irresponsable une injonction de soins en milieu ouvert. L'internement devrait constituer l'ultime recours,

¹ § 66b StGB.

² § 275a, al. 2 s. StPO.

³ V. § 67a StGB et § 463, al. 1 et 6, 1^{ère} phrase, combiné au § 462 StPO. Rappelons que la jurisprudence tolère un tel passage même sans l'apparition de faits nouveaux, en estimant que le passage vers l'internement de sûreté n'entraîne pas d'inconvénients supplémentaires pour l'intéressé et ne constitue donc pas une plus grande contrainte (BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, *préc.*). Cette position a, toutefois, été tempérée par la suite, la Cour exigeant un contrôle de proportionnalité approfondi : BVerfG, 6 fév. 2013, 2 BvR 2122/11, § 24 et s. V. *supra*, n° 309.

⁴ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 781, p. 588.

applicable seulement lorsque toutes les autres mesures moins graves s'avèrent insuffisantes. Cela serait plus conforme à la jurisprudence européenne¹.

Si l'articulation des différentes sanctions pénales est une étape essentielle dans la construction d'un régime des mesures de sûreté, encore faut-il s'intéresser aux modalités d'exécution de celles-ci, lesquelles nécessitent une individualisation accrue.

B. L'individualisation des modalités d'exécution

870. Individualisation et révision constante de la mesure de sûreté. Toutes les sanctions pénales, on l'a vu, doivent faire l'objet d'une individualisation par le juge². Or, ce qui distingue la mesure de sûreté de la peine est son caractère révisable constant. En effet, la peine est définie par le juge en grande partie en fonction de la gravité de l'infraction, tandis que la mesure de sûreté tient uniquement compte de l'état dangereux de l'auteur, qui est susceptible d'évoluer. Elle comporte donc la souplesse nécessaire à son efficacité : dans certaines limites et sous certaines réserves, elle est indéterminée dans sa durée³ et constamment modulable. L'état dangereux l'ayant motivé n'étant pas immuable, le juge peut atténuer, aggraver ou modifier le contenu de la mesure. Afin de remédier efficacement à la dangerosité de l'intéressé, les mesures de sûreté sont d'ailleurs extrêmement variables, pouvant aller du soin des personnes irresponsables à la neutralisation et la resocialisation des personnes responsables, en passant par de nombreuses interdictions ou formes de surveillance.

Si l'exigence d'individualisation et de révision constante des mesures de sûreté paraît découler logiquement de leur essence même, dans le sens où ces mesures doivent pouvoir s'adapter à l'évolution de la dangerosité de la personne concernée, il serait opportun que le législateur pose clairement ces règles dans une disposition générale, à l'instar de ce qui est prévu pour les peines⁴. Cette disposition viendrait s'ajouter aux règles propres à chaque mesure qui prévoient déjà, le plus souvent, la faculté de révision offerte au juge⁵. Il convient dès lors de fixer les critères et les modalités de mise en œuvre de l'individualisation et de la révision de l'ensemble des mesures de sûreté.

¹ CEDH, *C. B. c. Roumanie*, 20 avr. 2010, n° 21207/03, *préc. V. supra*, n° 254.

² *V. supra*, n° 549 s.

³ *V. supra*, n° 843 s.

⁴ *V. supra*, n° 552.

⁵ Sur les dispositifs propres à chaque mesure, v. plus en détail, *supra*, n° 234 s.

871. Primauté de la resocialisation. Le régime d'exécution des mesures de sûreté devrait être dominé par des mesures resocialisatrices. Si un tel constat s'applique également aux peines, il vaut d'autant plus pour les mesures de sûreté que celles-ci sont indépendantes de la culpabilité des personnes concernées, voire applicables à des personnes irresponsables. L'impératif de resocialisation peut se déduire du nécessaire respect de leur dignité humaine, du besoin de protéger la collectivité et du principe de proportionnalité¹. Le caractère exclusivement préventif de ces mesures commande donc de concevoir les modalités de mise en œuvre de la manière la moins contraignante possible. L'accent doit être ainsi mis sur les aménagements orientés vers le retour de la personne à une vie responsable en liberté. Une resocialisation réussie sert également les intérêts de la collectivité en ce qu'elle contribue à réduire la dangerosité de l'auteur et donc à empêcher qu'il commette d'autres infractions².

872. Retour progressif vers la liberté. Il semble important que les personnes privées de liberté bénéficient de mesures d'assouplissement progressives. Celles-ci peuvent avoir un effet resocialisateur voire thérapeutique, et contribuent ainsi à raccourcir la durée de l'internement³. Dans le même temps, elles permettent d'apprécier l'évolution de la dangerosité de l'intéressé et d'établir, le cas échéant, un pronostic favorable pour l'avenir. Il importe également de veiller à une différence significative entre les droits accordés aux personnes purgeant une peine et celles subissant une mesure de sûreté, afin d'éviter toute confusion possible. N'étant pas fondée sur une faute, la mesure de sûreté doit connaître un régime d'exécution plus favorable à celui de la peine. La contrainte imposée à la personne dangereuse doit ainsi se cantonner à ce qui est strictement nécessaire pour protéger la société.

Néanmoins, jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 2011⁴, la pratique en Allemagne montrait plutôt que les mesures d'assouplissement demeuraient l'exception, étant accordées de manière restrictive, notamment aux délinquants sexuels et violents⁵. Cela pouvait s'expliquer par la réticence des décideurs à prendre le risque d'une éventuelle

¹ V. BVerfG, 1^{er} juil. 1998, 2 BvR 441/90, 2 BvR 493/90, 2 BvR 618/92, 2 BvR 212/93, 2 BvL 17/94, BVerfGE 98, 169 (200) ; BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (151), *préc.*; BVerfG, 31 mai 2006, 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04, BVerfGE 116, 69 (85) ; BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326 (377), *préc.* ; BVerfG, 27 mars 2012, 2 BvR 2258/09, *préc.*

² V. BVerfG, 5 juin 1973, 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (235) ; BVerfG, 1^{er} juil. 1998, 2 BvR 441/90, BVerfGE 98, 169 (200), *préc.*

³ V. T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, *op. cit.*, p. 336.

⁴ V. *supra*, n° 175.

⁵ G. Jansen, « Sexualstrafrecht – ein Fall der Aussagepsychologie », *StraFo*, 2005, p. 233.

responsabilité en cas d'incident¹. Cette orientation sécuritaire croissante conduisait même, dans certains cas, à refuser à tort les mesures resocialisatrices aux personnes ayant auparavant fait preuve de bonne conduite². En fin de compte, les personnes internées étaient donc traitées de manière plus sévère que les détenus ordinaires au regard des mesures d'aménagement, contrairement à ce qui devait être le cas. Cela entraînait, de surcroît, un allongement de la durée de l'internement de sûreté, puisqu'un pronostic favorable nécessaire à l'octroi d'une libération conditionnelle suppose, en principe, une mise à l'épreuve préalable de la personne³.

Comme on l'a vu précédemment, la Cour constitutionnelle fédérale a, à ce titre, exigé une orientation nettement thérapeutique de l'internement de sûreté afin de marquer une distance avec le régime pénitentiaire et de favoriser le retour des personnes internées à la liberté⁴. Les réformes entrées en vigueur dans les différents *Länder* le 1^{er} juin 2013 ont répondu à cette exigence en réformant le régime d'exécution de l'internement de sûreté⁵. La loi fédérale sur l'exécution des peines prévoit également qu'un certain nombre de privilèges doivent être accordés aux personnes internées (§ 131 à 134), à la différence des détenus. Elles peuvent ainsi notamment bénéficier d'un congé exceptionnel (*Sonderurlaub*) d'une durée d'un mois pour préparer leur sortie⁶. Le statut des personnes soumises à l'internement de sûreté demeure cependant, en grande partie, similaire à celui des détenus exécutant une peine privative de liberté⁷. La pratique devrait montrer si les juridictions accordent, dorénavant, une plus grande importance aux mesures de faveur⁸.

Le dispositif français régissant la rétention de sûreté prévoit, quant à lui, la possibilité d'un « *confinement en chambre individuelle* » décidé pour des raisons de sécurité par le directeur des services pénitentiaires, pour une durée maximale de 21 jours⁹. De la même

¹ V., entre autres, M. Alex, « Sozialtherapie unter den Bedingungen der Gesetzesverschärfungen seit 1998 unter besonderer Berücksichtigung der vorbehaltenen und nachträglichen Sicherungsverwahrung », *StV*, 2006, p. 105 et s.; A. Boetticher, « Aktuelle Entwicklungen im Maßregelvollzug und bei der Sicherungsverwahrung », *NStZ*, 2005, p. 417 et s.

² I. A. Rode, « Rückfallbegünstigende institutionelle Bedingungen des Straf- und Maßregelvollzugs », in: H. Kammeier (dir.), *FS für Tondorf*, Münster, 2004, p. 123.

³ En ce sens, v. T. Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, op. cit., p. 337.

⁴ BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, préc. V. déjà BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, préc.

⁵ V. *supra*, n° 340. V. aussi, en détail, M. Schäfersküpper et J. Grote, « Vollzug der Sicherungsverwahrung – Aktuelle Entwicklungen », art. cit., p. 447 s.

⁶ § 134 StVollzG.

⁷ V. *supra*, n° 338 s.

⁸ En ce sens, v. p. ex. OLG Nuremberg, 2 mars 2015, 1 Ws 49/15 ; *contra*: OLG Hamm, 30 sept. 2014, III-1 Vollz (Ws) 367/14, 1 Vollz (Ws) 367/14, *NStZ* 2015, p. 110 s. ; OLG Nuremberg, 22 sept. 2014, 1 Ws 276/14.

⁹ Art. R. 53-8-73 CPP.

manière, il est question de « *hébergement individuel* » pendant la nuit¹. Or, comme le soulève un auteur, un tel vocabulaire ne cache que difficilement qu'il ne s'agit là de rien d'autre que d'un encellulement isolé². Aussi, les autorisations de sortie qui ne sont accordées qu'à la condition de ne pas être « *incompatible[s] avec la dangerosité de la personne retenue et son risque de commettre à nouveau des infractions* »³ peuvent paraître fallacieuses, dans la mesure où la personne est, par définition, jugée dangereuse pour être soumise à une rétention de sûreté⁴. La même remarque peut concerner la supposée liberté de mouvement au sein du centre. Il est dès lors permis de s'interroger sur l'effectivité de ces privilèges. Ne s'agit-il pas en réalité de dispositions destinées à faire échapper la France aux foudres européennes ?

873. Propos conclusifs. En définitive, le régime d'exécution des mesures de sûreté mérite d'être affiné afin de permettre une resocialisation effective des personnes concernées. Il serait également opportun de prévoir que les mesures de surveillance puissent prendre le relais des mesures privatives de liberté dès que l'état dangereux de la personne le permet, afin d'assurer un retour progressif vers la liberté.

La disposition suivante pourrait être consacrée : *Les mesures de sûreté doivent être choisies et déterminées en fonction de la dangerosité de l'individu. Elles doivent être individualisées au moment de leur prononcé et leur contenu peut faire l'objet d'une révision constante, permettant de tenir compte de l'évolution de la dangerosité.*

Les modalités d'exécution de la mesure doivent être conçues de la manière la moins contraignante possible, de façon à mettre l'accent sur la resocialisation de l'intéressé. Afin d'assurer un retour progressif de la personne vers une vie responsable en liberté, des aménagements de la mesure doivent lui être accordés si sa dangerosité le permet. La contrainte doit cesser progressivement, une mesure restrictive de liberté devant prendre le relais d'une mesure privative de liberté dès que la dangerosité de la personne le permet.

Ce régime ne saurait toutefois être complet s'il ne traitait pas de la cessation desdites mesures.

¹ Art. R. 53-8-61 CPP.

² A. Cerf, « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », *art. cit.*, p. 153.

³ Art. R. 53-8-70 CPP.

⁴ V. aussi *supra*, n° 333.

§ 3 : La cessation des mesures de sûreté

874. En raison des particularités des mesures de sûreté, les causes extinctives ou suspensives ne sauraient être identiques à celles qui s'appliquent aux peines (A). Dès lors que les mesures de sûreté reposent sur la dangerosité, c'est la cessation de celle-ci qui revêt un caractère déterminant (B).

A. L'inapplicabilité des causes extinctives ou suspensives de la peine

875. Soustraction des mesures de sûreté à l'amnistie, la grâce, la dispense et le sursis. La mise à exécution de la mesure de sûreté répond à la nécessité actuelle d'empêcher des infractions futures. Si la durée de la peine répond à une sorte de calcul en fonction de la gravité des actes commis et de la culpabilité de l'auteur – éléments qui sont déterminés avant le prononcé de la peine –, la persistance ou non de la dangerosité est imprévisible. Le moment où la mesure de sûreté prendra fin ne saurait donc être déterminé à l'avance.

On observe, à cet égard, une certaine autonomie de la mesure de sûreté, les causes traditionnelles d'extinction des peines ne lui étant pas toutes applicables. En effet, la chambre criminelle exclut le plus souvent les mesures de sûreté du bénéfice de l'amnistie¹ ou de la grâce, à moins qu'une mesure ne soit expressément visée par celle-ci². Le législateur va également parfois en ce sens, de manière implicite ou explicite³. De la même manière, on l'a vu, les mesures de sûreté sont exclues du domaine de la dispense de peine⁴. Cela s'explique par le fait que ces causes ne suppriment en rien l'état dangereux du délinquant. Seul le décès du délinquant ou la réhabilitation qui suppose l'amendement du condamné et tend à faciliter

¹ V. *supra*, n° 197.

² V. J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 901, p. 731.

³ De manière implicite, les mesures de sûreté sont exclues du bénéfice de l'amnistie car le législateur précise seulement que l'amnistie entraîne « *la remise de toutes les peines* » (art. 133- 9 CP). De manière explicite, le législateur exclut l'inscription au FIJASV du bénéfice de l'amnistie (art. 706-53-4 CPP). Notons toutefois que les deux dernières lois d'amnistie (Loi n° 95-884 du 3 août 1995 *portant amnistie*, art. 17, al. 1^{er}, *J.O.* n° 182, 6 août 1995, p. 11804 ; Loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 *portant amnistie*, art. 15, al. 1^{er}, *J.O.* 9 août 2002, p. 13647) ont expressément prévu que l'amnistie entraîne « *la remise des peines et des mesures de police et de sûreté* », tout en excluant ensuite un certain nombre de mesures (art. 18 de la loi de 1995 et art. 16 de la loi de 2002).

⁴ V. *supra*, n° 204.

son reclassement¹ remplissent cet objectif et entraînent, par conséquent, la cessation de l'exécution des mesures de sûreté, sauf si la loi en dispose autrement².

Aussi, le sursis simple n'existe-t-il pas dans le régime des mesures de sûreté, puisque l'article 736, alinéa 2 du Code de procédure pénale écarte toute suspension « *des incapacités, interdictions et déchéances résultant de la condamnation* ». Notons toutefois que le droit allemand prévoit la possibilité, lors du prononcé d'un internement en hôpital psychiatrique ou en établissement de désintoxication, d'assortir l'exécution de la mesure d'un sursis, dès lors que des circonstances particulières laissent penser que la finalité de la mesure sera atteinte de cette manière³. Une telle réglementation peut paraître surprenante en matière de mesures de sûreté, et plus encore en matière de mesures curatives dont l'efficacité ne devrait pas être liée à la simple menace de mettre la mesure à exécution, mais bien au traitement entrepris.

En revanche, lorsque la dangerosité du délinquant cesse, la mesure de sûreté n'a plus de raison d'être.

B. Le caractère déterminant de la cessation de la dangerosité

876. Cessation de la dangerosité : synonyme de la resocialisation de l'individu. La finalité de la mesure de sûreté – la prévention d'infractions futures – ne peut être atteinte, à long terme, qu'à travers la resocialisation de l'individu dangereux⁴. S'il est vrai qu'à court terme, une exclusion physique de la société par l'enfermement peut effectivement empêcher la perpétration de tels actes, une neutralisation pure et simple d'un délinquant, non accompagnée de mesures resocialisatrices, ne saurait être admise à l'aune des droits fondamentaux. Elle ne serait d'ailleurs pas souhaitable au regard de l'efficacité des mesures de sûreté, le but étant de permettre, à terme, le retour du délinquant dans la société sans que celui-ci ne commette d'autres infractions.

La resocialisation étant la finalité essentielle des mesures de sûreté, celles-ci doivent prendre fin dès que leur but est atteint. Le critère déterminant de l'extinction de ces mesures réside donc dans la cessation de la dangerosité qui se manifeste par une réadaptation sociale

¹ Cass. crim., 14 oct. 1971, n° 71-90165, et 7 janv. 1972, n° 71-91342, *D.*, 1972, p. 501, note G. Roujou de Boubée.

² Cass. crim., 14 oct. 1971, *préc.* Ainsi, le législateur a prévu que la réhabilitation n'entraîne pas l'effacement des informations contenues dans le FIJASV : art. 706-53-4 CPP. De même, lorsque la personne a été condamnée à un suivi socio-judiciaire ou à une peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, la réhabilitation ne peut produire ses effets qu'à la fin de la mesure : art. 133-16, al. 2 CP.

³ § 67b, al. 1 StGB.

⁴ V. *supra*, n° 564 s.

de l'individu. C'est ainsi que les mesures de sûreté reconnues comme telles – notamment la rétention et la surveillance de sûreté – doivent faire l'objet de prolongations successives en fonction de l'état dangereux de l'intéressé, prenant automatiquement fin si cet état n'est plus présent. Pour ce qui est des mesures de sûreté qui n'en portent pas le nom, comme les interdictions, déchéances ou incapacités, leur durée dépend également de ce paramètre. En effet, l'octroi d'un relèvement de ces mesures¹ semble être soumis à l'absence de dangerosité du demandeur, comme le font remarquer certains auteurs. Selon ces derniers, « le relèvement "différé" ne semble être possible qu'au cas de bonne conduite du demandeur [...] c'est-à-dire d'une cessation de son état dangereux »². Aussi, « si, malgré les efforts de meilleure conduite du condamné, un danger social persiste, le relèvement doit être refusé »³. S'agissant du relèvement « instantané », « le juge doit [...] se fonder sur le double sentiment qu'il a d'une disparité entre l'infraction et la sanction et d'une inexistence de l'état dangereux de l'intéressé »⁴. Il en va ainsi du relèvement d'un suivi socio-judiciaire qui suppose le reclassement du condamné⁵. Globalement, on peut affirmer que le relèvement doit pouvoir s'appliquer à toutes les mesures de sûreté, et le droit positif est d'ailleurs le plus souvent en ce sens⁶.

Les peines tendent bien évidemment, elles aussi, à la resocialisation du condamné et une réinsertion acquise peut, par conséquent, permettre une fin anticipée de l'exécution de la peine. La resocialisation constitue, en effet, le critère déterminant de l'octroi des aménagements de peine, notamment de la libération conditionnelle⁷. Cependant, une différence fondamentale réside dans le fait que la peine n'est alors pas définitivement éteinte, puisque la personne libérée doit encore faire ses preuves. À l'inverse, si une personne détenue

¹ En vertu des articles 132-21, al. 2 CP et 702-1 CPP.

² J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 925, p. 749.

³ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, op. cit., n° 983, p. 1153.

⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 925, p. 749.

⁵ Art. 763-6 *in fine* CPP. Le relèvement est soumis à une expertise médicale préalable (al. 3), qui a pour objet principal d'apprécier la dangerosité de l'intéressé : v. la circulaire du 5 juil. 1999 (CRIM 99-08 F1/05-07-99, NOR : JUSD9930106C) qui la qualifie d'expertise de « dangerosité criminologique ».

⁶ Outre les dispositions légales prévoyant une procédure de mainlevée pour un certain nombre de mesures de sûreté reconnues comme telles (par exemple, pour la rétention de sûreté : art. 706-53-17 CPP), la possibilité d'un relèvement est prévue pour quelques mesures « officieuses » : v. notamment le suivi socio-judiciaire (art. 763-6 CPP) et la période de sûreté (art. 720-4 CPP). La jurisprudence a également précisé quelles étaient les mesures pouvant faire l'objet d'un relèvement. On y trouve, par exemple, l'incapacité d'exercer une profession commerciale ou industrielle (Cass. crim., 3 juil. 1980, n° 79-94975, *Bull. crim.* n° 214), l'incapacité d'exploiter un débit de boissons (Cass. crim., 27 nov. 1974, n° 73-93378, *Bull. crim.* n° 354), la suspension du permis de conduire (Cass. crim., 16 oct. 1978, n° 78-91301, *Bull. crim.* n° 272 ; Cass. crim., 30 nov. 1988, n° 87-82703, *Bull. crim.* n° 408) et l'interdiction de séjour (Cass. crim., 5 sept. 1994, n° 94-83525, *Bull. crim.* n° 294). À l'inverse, le relèvement est refusé pour l'annulation du permis de conduire (Cass. crim., 17 juin 1986, n° 85-94859, *préc.*) : v. plus en détail, *supra*, n° 450.

⁷ V. *supra*, n° 547 et 512.

ne paraît pas resocialisée à la fin de l'exécution de sa peine, celle-ci devra malgré tout cesser au terme fixé par le jugement de condamnation. La peine prend fin dès que la dette résultant de la culpabilité aura été payée à la société, et ne saurait être prolongée sur le fondement d'une absence de resocialisation. Si la resocialisation est donc l'une des finalités de l'exécution de la peine, elle n'en est pas la cause d'extinction.

877. Réexamen périodique de la nécessité de la mesure. Afin d'assurer que la mesure de sûreté ne dépasse en aucun cas le temps strictement nécessaire à sa finalité, la persistance de la dangerosité doit être soumise à un réexamen périodique. La durée des mesures de sûreté étant logiquement indéterminée¹, leur maintien doit être subordonné à une vérification régulière des conditions ayant initialement justifié leur prononcé. L'atteinte à la liberté que toute mesure de sûreté entraîne inéluctablement ne saurait être justifiée que si elle est proportionnée à la dangerosité de l'intéressé. Une telle exigence doit s'appliquer aussi bien aux mesures privatives que restrictives de liberté, qu'elles soient curatives ou neutralisatrices. En d'autres termes, la mesure ne peut se poursuivre légitimement que si la dangerosité de la personne persiste, qu'elle découle d'une maladie mentale ou d'une propension criminelle.

Le réexamen du bien-fondé de la mesure devrait intervenir au moins tous les ans pour les mesures privatives de liberté – comme cela est actuellement le cas de la rétention de sûreté – et au moins tous les deux ans pour les mesures restrictives de liberté et privatives ou restrictives de droits. À cet égard, on observe que le droit positif actuel prévoit un réexamen de la situation de la personne soumise à une surveillance de sûreté ou à un PSEM tous les deux ans, ce qui paraît satisfaisant. Il n'en va toutefois pas de même des autres mesures de surveillance, à savoir la surveillance judiciaire ainsi que le suivi socio-judiciaire², lesquelles, par leur durée déterminée, disposent d'un régime particulièrement inadapté à leur finalité. Comme il a été observé à plusieurs reprises, une refonte des différentes mesures de surveillance sur le modèle de la surveillance de sûreté serait, de ce fait, souhaitable.

878. Cessation progressive de la contrainte. En définitive, une cessation de la mesure à un terme fixé, à l'avance, par la loi ou le juge semble peu compatible avec la logique des mesures de sûreté qui doivent se calquer sur l'évolution de l'état dangereux de l'intéressé. Il serait important de veiller à une cessation progressive de la privation de liberté en permettant un retour surveillé de l'individu dans la société. La surveillance de sûreté doit donc succéder à

¹ V. *supra*, n° 843 s.

² V. *supra*, n° 629.

la rétention de sûreté afin que l'intéressé puisse faire ses preuves, une nouvelle rétention étant, le cas échéant, possible en cas d'évolution défavorable de sa dangerosité.

879. Conclusion de la Section 2. Le régime esquissé met en exergue un certain nombre de règles disparates régissant, d'ores et déjà, les mesures de sûreté en droit français, mais de manière souvent désordonnée et peu cohérente. Tout en laissant progressivement se dessiner un dualisme des sanctions pénales, le législateur n'a pas jugé bon de s'intéresser à l'élaboration d'un régime juridique qui prendrait en compte les particularités caractérisant les mesures de sûreté. Or, ces dernières ne sauraient constituer une véritable entité au sein du droit pénal sans être dotées d'un corpus juridique unifié qui en détermine les contours avec précision. Le régime proposé s'inspire ainsi, en partie, du droit positif allemand afin de compléter les nombreuses lacunes du droit français en la matière. Selon nous, il serait souhaitable, consécutivement à la consécration indispensable de la notion de mesure de sûreté, d'attribuer à celle-ci un régime complet et pertinent, permettant d'affirmer plus clairement son autonomie par rapport à la peine. Il ne s'agira aucunement de transposer, sans modification aucune, le régime allemand, mais de partir des règles qu'il comporte et de les adapter au contexte juridique français. Le fait que certains aspects de ce nouveau régime recoupent celui des peines ne constitue nullement une entrave à la relative indépendance des mesures de sûreté, mais renforce, au contraire, le constat selon lequel il s'agit de véritables sanctions pénales, au même titre que les peines. Afin de marquer les spécificités de chacune, il serait toutefois primordial de régler, dans le détail, les questions relatives au prononcé, à l'exécution et à l'extinction des mesures de sûreté, en mettant l'accent sur leur technique particulière.

Conclusion du Chapitre II

880. En dépit des rapprochements que l'on observe entre les peines et les mesures de sûreté, leur coexistence révèle des différences conceptuelles rendant une fusion complète inconcevable. En raison des spécificités irréductibles des mesures de sûreté, au premier plan desquelles se trouvent leur fondement particulier et leur absence de coloration morale, une reconnaissance législative de la notion et la consécration d'un régime propre s'avèrent indispensables. Une telle consécration passe par l'introduction, en droit pénal français, d'un véritable dualisme des sanctions pénales, impliquant une refonte en profondeur de la matière et, partant, de la partie du Code pénal qui leur est dédiée. La construction du régime des mesures de sûreté peut s'appuyer sur certaines règles déjà existantes, mais qui ne forment actuellement pas un système cohérent ni exhaustif. Le corpus juridique tel qu'il mériterait de voir le jour nécessite donc d'être agencé de manière réfléchie sur la base des règles esquissées au présent chapitre.

Souhaiter une autonomie plus aboutie des mesures de sûreté ne signifie pas adhérer à une rupture complète entre celles-ci et les peines, les deux types de sanctions pénales devant, au contraire, coexister de manière complémentaire en s'inscrivant dans un système cohérent et rationnel. Certaines règles, comme la compétence de l'autorité judiciaire, sont ainsi inhérentes à toute sanction pénale. Mais l'intervention des juridictions pénales *ad hoc* à l'intérieur de l'ordre judiciaire pourrait par exemple être étendue à toutes les mesures de sûreté afin d'assurer une continuité dans leur régime et une démarcation plus nette avec les peines. Tout en étant rattachées au droit pénal, les mesures de sûreté devraient obéir à un ensemble de normes unifiées, adaptées à leur logique propre et indépendantes de celles régissant les peines.

Les théories unitaires doivent, en définitive, être rejetées au profit d'un dualisme permettant aux mesures de sûreté de déployer pleinement leurs fonctions. Comme le souligne le professeur Bouloc, il conviendrait de généraliser l'application à toutes les mesures de sûreté d' « un régime juridique rationnellement organisé, en harmonie logique avec la nature et le fondement de ces mesures »¹.

¹ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 773, p. 584.

Conclusion du Titre II

881. Les mesures de sûreté forment un ensemble de sanctions pénales présentant certaines caractéristiques communes qui les distinguent, plus ou moins clairement, des peines. L'émergence de ces mesures répond à un besoin pratique qui réside dans leur fondement commun, la dangerosité du délinquant, si bien qu'il est possible d'affirmer qu'elles jouissent d'une certaine autonomie. Cette dangerosité constitue ainsi le critère central des mesures existantes, lesquelles visent à y apporter une réponse adaptée. La dangerosité occupe une place toujours grandissante au sein du droit pénal, sans pour autant que le législateur n'en définisse clairement les contours. Son évaluation ne saurait par conséquent être jugée comme étant satisfaisante, car outre les difficultés inhérentes à l'appréciation fiable d'une donnée par essence subjective, la détermination législative des méthodes d'évaluation présente, pour l'heure, des lacunes importantes. Ces dernières tiennent, d'une part, à l'organisation des organismes chargés de cette mission – leur composition et leurs compétences techniques restant à parfaire – et, d'autre part, à l'articulation entre les différents acteurs intervenant au cours de la procédure. Il convient donc de redéfinir plus clairement le rôle des experts, des structures spécialisées et des magistrats, ainsi que le poids des avis ou expertises sur la décision juridictionnelle finale.

Partant de leur fondement spécifique, on comprend aisément que les mesures de sûreté ne puissent être assimilées aux peines, ce qui se reflète dans leur fonctionnement original tenant, par exemple, à leur durée indéterminée. La majorité des mesures que l'on recense actuellement en droit positif présentent des imperfections incompatibles avec leur nature préventive. Il importe donc de marquer une distinction plus nette entre les deux voies de sanctions pénales en accordant une place à part entière aux mesures de sûreté. Pour pallier les nombreuses zones d'ombre qui subsistent en la matière, une réforme d'envergure tendant à une reconnaissance législative explicite des mesures de sûreté serait nécessaire. Ainsi, la notion de mesure de sûreté ferait l'objet d'une définition légale et, à l'instar de la peine, occuperait un titre propre au sein du Code pénal, lequel deviendrait le code de toutes les sanctions pénales. Ce titre comprendrait un inventaire des mesures prévues par la loi ainsi que leur régime. Il préciserait les modalités du prononcé, de l'exécution et de la cessation des mesures, ainsi que leur articulation avec les peines.

Conclusion de la 2nde Partie

882. L'émergence des mesures de sûreté aux côtés des peines aboutit à une diversification des sanctions pénales qui étaient à l'origine avant tout rétributives. Ces mesures, exclusivement tournées vers l'avenir et visant la réinsertion des délinquants dangereux, se démarquent néanmoins, à certains égards, difficilement des peines. La mesure de sûreté emprunte en effet certains traits à la peine qui, elle-même, a subi de profondes mutations, si bien que ces deux types de sanctions affichent aujourd'hui des caractéristiques communes. La peine n'est ainsi plus aussi rétributive et rigide qu'elle a pu l'être à une époque, et la mesure de sûreté, à l'inverse, ne saurait s'affranchir de certaines exigences gouvernant l'ensemble du droit pénal. On constate notamment que l'une comme l'autre supposent, la plupart du temps, la commission préalable d'une infraction pénale, que toutes deux doivent être individualisées par le juge et qu'elles poursuivent des finalités préventives semblables.

Ces convergences conduisent à des confusions regrettables que conforte l'indécision du législateur et de la jurisprudence qui se montrent réticents à consacrer la pleine autonomie des mesures de sûreté. L'internationalisation et surtout l'eupéanisation du droit pénal conduisent également à remettre en cause certains concepts du droit interne que l'on pouvait tenir pour acquis. L'approche comparative livre une parfaite illustration de la relativité des notions juridiques qui oblige à reconsidérer les qualifications nationales établies.

Certaines des ressemblances entre peines et mesures de sûreté semblent toutefois incontournables, dans le sens où tout le corps des sanctions pénales se trouve soumis au respect des principes fondamentaux qui irriguent la matière pénale dans sa globalité. La confrontation des mesures de sûreté à ces principes s'avère même être une étape essentielle sur le long chemin de leur émancipation, afin d'asseoir leur légitimité qui, autrement, serait fragile et contestable.

On constate cependant que l'application des principes fondamentaux aux mesures de sûreté requiert certaines adaptations à leurs particularités qui ne reposent pas sur les mêmes conceptions que les peines. La construction de leur régime doit donc partir de ces fondations solides pour s'inscrire dans le cadre des principes directeurs du droit pénal, tout en veillant à conserver les spécificités inhérentes aux mesures de sûreté qui font leur originalité.

En dépit des rapprochements relevés, les concepts de peine et de mesure de sûreté sont foncièrement distincts, puisque leurs fondements et finalités respectifs ne sauraient être confondus. Ce constat est conforté par la reconnaissance, plus ou moins aboutie, des mesures de sûreté par le droit européen qui oppose ces dernières aux peines. La Recommandation du

Conseil de l'Europe relative aux délinquants dangereux¹ offre à cet égard des lignes directrices pouvant servir à l'élaboration d'un régime applicable aux mesures de sûreté. Partant, la distinction entre les deux voies de sanctions pénales devrait ressortir plus clairement du droit positif, passant par la consécration d'un véritable dualisme. En définitive, l'émergence des mesures de sûreté en droit positif avec une autonomie partielle mérite d'être confortée par une reconnaissance assumée de la notion et, en parallèle, la construction d'un régime juridique rationnel et abouti.

¹ *Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux, préc.*

Conclusion générale

883. Constats. Le droit pénal s'est enrichi, aux côtés de son pilier classique qu'est la culpabilité, d'un deuxième fondement, la dangerosité. Or, cette dangerosité requiert l'intervention d'un nouveau type de réponse pénale, si bien que la sanction pénale classique a dû se diversifier pour faire une place, aux côtés des peines, aux mesures de sûreté. La notion de mesure de sûreté occupe aujourd'hui une place particulièrement ambiguë et incertaine en droit positif. Malgré l'émergence et la multiplication de ces mesures, le droit français n'entend pas leur conférer une véritable autonomie. Leur statut s'en trouve affaibli et met en évidence le caractère brouillon et complexe du dispositif actuel applicable aux délinquants dangereux qui mériterait de faire l'objet d'une remise à plat¹. Le législateur empile, de manière pour le moins incohérente, les sanctions pénales qui s'apparentent à de véritables mesures de sûreté sans pour autant être systématiquement reconnues comme telles ou disposer d'un régime en adéquation avec leur nature.

Le droit pénal français semble ainsi s'éloigner toujours plus de sa conception originellement unitaire pour se rapprocher de la conception dualiste qui domine le droit pénal allemand. Celui-ci connaît, depuis 1933, une double voie de sanctions pénales, faisant coexister peines et mesures de sûreté au sein du code pénal. La pérennité de ce système est assurée par une tendance sécuritaire du législateur actuel, d'ailleurs souvent confortée par la jurisprudence. Le droit allemand a toutefois été contraint d'évoluer sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, afin de mieux respecter les libertés fondamentales. La jurisprudence française, quant à elle, témoigne d'un certain dualisme des sanctions pénales en ayant recours au concept de mesure de sûreté, lequel est le plus souvent associé à un régime dérogatoire à celui de la peine, bien que les solutions dégagées relèvent davantage de la casuistique et de l'opportunité que d'une réflexion cohérente ou structurée.

Du fait des convergences, sur un certain nombre de points, entre ces mesures et les peines, la distinction n'est pas toujours aisée. Elles s'inscrivent, en effet, toutes deux dans un système global de sanctions pénales dont les régimes et les finalités se recoupent en partie. Ce système est régi par un ensemble de principes fondamentaux protecteurs des libertés individuelles, auxquels les mesures de sûreté doivent donc être confrontées. Qui plus est, la manière d'appréhender les sanctions pénales adoptée par les instances supralégislatives,

¹ En ce sens, F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1210, p. 1141.

notamment la Cour européenne des droits de l'homme, contribue à brouiller les frontières établies en obligeant à reconsidérer les qualifications juridiques internes.

Il n'en demeure pas moins que des différences irréductibles existent entre ces deux types de sanctions pénales, une assimilation complète n'étant, de ce fait, pas envisageable. Les peines et les mesures de sûreté se distinguent essentiellement au travers de leurs fondements et finalités respectifs. La mesure de sûreté repose, en effet, sur la dangerosité de la personne, alors que la peine repose sur la culpabilité. La mesure de sûreté poursuit une finalité exclusivement préventive, alors que celle-ci n'est que la finalité secondaire de la peine qui se veut avant tout rétributive. Au demeurant, la reconnaissance des mesures de sûreté par le droit européen conforte la thèse dualiste. L'émancipation de cette deuxième voie de sanctions pénales devra passer par la construction d'une autonomie assumée.

884. Perspectives. L'ensemble du droit des sanctions pénales devrait, par conséquent, être révisé, dans un souci de simplification, de lisibilité et d'accessibilité¹. La réforme devrait tendre à la consécration d'un système dualiste de sanctions pénales, à l'image de celui qui existe en droit pénal allemand, afin de permettre aux mesures de sûreté de coexister avec les peines au sein du Code pénal. Organisées dans une relation de complémentarité rationnelle avec les peines, les mesures de sûreté ont vocation à dépasser les limites inhérentes à celles-ci, tenant soit à leur insuffisance, soit à leur inapplicabilité.

Dans un premier temps, le législateur devrait reconnaître et consacrer explicitement la différence de nature entre peine et mesure de sûreté et se livrer à un travail de définition de la notion de mesure de sûreté. La consécration de cette notion requiert également celle de son fondement essentiel, la notion de dangerosité, dont l'évaluation mériterait de faire l'objet d'une réglementation précise. Dans un second temps, le dualisme des sanctions pénales suppose l'élaboration d'un régime propre aux mesures de sûreté, prenant en compte leurs spécificités et la nécessité du respect des normes supérieures, seul apte à asseoir leur légitimité.

Une gradation à l'intérieur de ce régime devrait permettre d'augmenter les garanties fondamentales proportionnellement à la gravité de chaque mesure. Ainsi, une première distinction devrait être opérée entre les mesures privatives et non privatives de liberté, les premières requérant notamment une soumission au principe de la non-rétroactivité *in pejus*. Une seconde distinction pourrait être instaurée entre les mesures applicables aux personnes

¹ V. également en ce sens, la commission de refonte du droit des peines présidée par Bruno Cotte et installée le 31 mars 2014.

irresponsables (à finalité essentiellement curative), et celles applicables aux délinquants responsables (à finalité essentiellement neutralisatrice). Ces dernières devraient être soumises à une plus grande rigueur juridique, compte tenu du fait que les premières seraient prises, avant tout, dans l'intérêt du délinquant, sans se cumuler avec une peine.

Au sein des mesures de sûreté existantes, une refonte des différentes mesures de surveillance en une seule mesure serait souhaitable. Une telle refonte pourrait s'opérer sur le modèle de la surveillance de sûreté, instaurée pour pallier les insuffisances inhérentes aux autres mesures existant auparavant. Cette mesure a ainsi vocation à venir supplanter ses « clones » imparfaits, le suivi socio-judiciaire et la surveillance judiciaire (voire la contrainte pénale). Le champ d'application de la surveillance de sûreté pourrait être étendu aux infractions faisant actuellement encourir ces deux mesures. Le placement sous surveillance électronique mobile ainsi que l'injonction de soins devraient rester intégrés à la surveillance de sûreté, comme cela est d'ores et déjà le cas. La juridiction de jugement serait ainsi amenée à envisager le placement sous surveillance de sûreté au moment de la condamnation, tout en précisant qu'un réexamen de la situation du condamné devrait intervenir vers la fin de sa peine privative de liberté et avant tout élargissement. À l'instar de ce qui est prévu actuellement en matière de rétention de sûreté, un tel régime comprendrait une nouvelle évaluation de la dangerosité de l'intéressé, qui pourra avoir diminué ou, au contraire, augmenté durant l'exécution de sa peine. La nécessité persistante de l'application de la mesure serait, de cette manière, vérifiée et la mesure serait prononcée par une juridiction spécialisée, la « juridiction des mesures de sûreté ». Lorsqu'un enfermement de la personne ne paraîtrait pas nécessaire ou opportun, la surveillance de sûreté pourrait également être exécutée en priorité, la personne bénéficiant d'un sursis à l'exécution de sa peine.

Une fois appliquée, toute mesure de sûreté devrait faire l'objet d'un examen périodique afin de vérifier que ses conditions demeurent réunies. Son contenu pourrait être révisé de manière constante et sa durée prolongée aussi longtemps que persisterait la dangerosité de l'intéressé. En effet, la dangerosité, sur laquelle sont fondées les mesures de sûreté, est un état évolutif qui requiert une grande souplesse et adaptabilité de celles-ci.

Une prise en charge satisfaisante en vue de diminuer autant que possible la dangerosité des personnes concernées devrait être mise en place dès l'exécution de la peine, si bien que l'application des mesures de sûreté serait soumise à une exigence de nécessité et de proportionnalité. L'ensemble des mesures de sûreté devraient obéir à une subsidiarité, les mesures privatives de liberté devant constituer l'*ultima ratio*. Les mesures curatives et probatoires devraient permettre une réinsertion progressive de la personne dangereuse dans la

société par une cessation progressive de la contrainte. Les modalités d'exécution de toutes les mesures de sûreté devraient être dominées par leur finalité resocialisatrice et par le principe de la moindre contrainte possible. La disparition de la dangerosité, synonyme de resocialisation de la personne, devrait entraîner la cessation des mesures de sûreté.

885. La consécration, ici souhaitée, des mesures de sûreté en tant que deuxième voie de sanctions pénales s'inscrit dans la recherche du difficile équilibre entre sécurité et liberté que décrivait Benjamin Franklin¹. Consacrer les mesures de sûreté n'est pas faire reculer les libertés individuelles au profit d'une plus grande sécurité de la société mais signifie, au contraire, préserver le respect de ces libertés en encadrant l'intervention de toute réponse pénale que celle-ci prenne la forme d'une peine ou d'une mesure de sûreté.

¹ V. *supra*, citation sur la page 1.

ANNEXE :
PROPOSITION DE RÉFORME LÉGISLATIVE

I. Création d'une double voie de sanctions pénales

1. Nous proposons de consacrer dans le Code pénal, à côté du Titre Troisième « *Des peines* », un Titre Quatrième « *Des mesures de sûreté* », qui donnerait lieu aux articles 140-1 et suivants.

Sur la base des observations formulées tout au long de l'étude et notamment du régime esquissé au dernier chapitre, nous proposons l'insertion, dans le Code pénal, d'un statut-cadre régissant les mesures de sûreté. Celui-ci comprendrait des dispositions générales qui devraient être complétées par des dispositions spécifiques relatives à l'ensemble des mesures, d'une part, et à chaque mesure, d'autre part. Les modifications proposées s'appuient sur les propositions présentées dans les différentes parties de la thèse.

Sur le modèle du Titre III, le Titre IV pourrait être organisé comme suit :

Chapitre Premier - *De la nature des mesures de sûreté*

Chapitre Deuxième - *Du régime des mesures de sûreté*

Chapitre Troisième - *De l'extinction des mesures de sûreté*

2. Le Titre IV comprendrait, en guise de chapeau, quelques dispositions générales relatives à la définition des mesures de sûreté, à leur finalité et à leur fondement.

- Définition des mesures de sûreté :

Article 140-1. La mesure de sûreté est la réponse pénale à un acte pénalement répréhensible qui révèle la dangerosité de son auteur. Elle vise 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.

- Finalité des mesures de sûreté : la prévention spéciale :

Article 140-2. La finalité des mesures de sûreté consiste à protéger la société contre les individus dangereux par la prévention de la commission de nouvelles infractions. Dans le respect des libertés individuelles, elles remédient à la dangerosité de l'individu en favorisant sa réinsertion et, si cela s'avère nécessaire, en le neutralisant physiquement par l'enfermement.

- Fondement des mesures de sûreté : la dangerosité psychiatrique et criminologique :

Article 140-3. Les mesures de sûreté reposent sur la dangerosité, comprise comme la forte probabilité, révélée par la perpétration d'un ou plusieurs actes prohibés par la loi pénale par une personne responsable ou non, de la commission d'une nouvelle infraction d'une certaine gravité. Elle correspond à un état présent susceptible d'évoluer dans le temps.

Lorsque cette dangerosité est principalement liée à un trouble mental, appelée dangerosité psychiatrique, la personne est susceptible de faire l'objet des mesures de sûreté spécialement prévues pour les personnes pénalement irresponsables ou semi-responsables à l'article 141-1 du Code pénal ; lorsqu'elle résulte d'une propension criminelle, appelée dangerosité criminologique, la personne pourra faire l'objet des mesures de sûreté prévues à l'article 141-2 du Code pénal.

3. Les dispositions du Code pénal relatives au principe de légalité et à l'application de la loi pénale dans le temps devraient être complétées par des dispositions spécifiques aux mesures de sûreté.

- **Principe de légalité :**

Article 111-3-1. Nulle mesure de sûreté ne peut être prononcée que sous les conditions et dans les cas prévus par la loi.

- **Application dans le temps :**

Article 112-1-1. En matière de mesures de sûreté, la loi applicable est celle en vigueur au moment du jugement, sauf en ce qui concerne la rétention de sûreté qui est régie par la loi en vigueur au moment de la commission des faits donnant lieu au jugement.

Article 112-1-2. Les mesures de sûreté revêtent une durée indéterminée. Elles peuvent être prononcées pour la durée maximale initiale prévue par la loi. Celle-ci est d'un an maximum en matière de mesures privatives de liberté et de deux ans maximum en matière de mesures non privatives de liberté.

À l'issue de cette durée, les mesures de sûreté peuvent être prolongées, pour la même durée, aussi longtemps que perdure la dangerosité de l'intéressé, si toutes les conditions d'application demeurent réunies.

Leur maintien peut faire l'objet d'une demande de mainlevée de la part de l'intéressé, dans les conditions fixées par la loi.

4. Le Chapitre Deuxième - Du régime des mesures de sûreté contiendrait notamment les dispositions suivantes :

- **Prononcé des mesures de sûreté :**

Article 142-1. Aucune mesure de sûreté ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée.

- **Conditions d'application :**

Article 142-2. L'application de toute mesure de sûreté suppose, au préalable, une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne. Par la suite, celle-ci doit faire

l'objet d'une évaluation périodique afin de vérifier que l'exécution de la mesure est toujours justifiée.

La mesure de sûreté doit cesser de recevoir application dès la disparition de la dangerosité ayant motivé son prononcé.

Article 142-3. Les mesures de sûreté ne peuvent intervenir qu'après la perpétration d'un ou de plusieurs actes pénalement répréhensibles, symptomatiques de la dangerosité de leur auteur. Le prononcé des mesures de sûreté ne peut intervenir avant le jugement de la personne. Il est indépendant de la responsabilité pénale de celle-ci, sauf dispositions légales contraires.

Ces articles devraient être suivis de plusieurs dispositions relatives à la détermination des règles encadrant l'évaluation de la dangerosité ainsi que l'organisation et le fonctionnement des organismes prévus à cet effet. Elles reposeraient sur un perfectionnement de la composition et des compétences du Centre National d'Évaluation et de la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Les organismes comporteraient notamment des personnes disposant de compétences en criminologie. Les missions des experts psychologues et psychiatres seraient clairement définies et encadrées. Les expertises reposeraient sur des critères précis alliant la méthode clinique et la méthode actuarielle d'évaluation de la dangerosité.

Les conditions relatives à l'exigence de la commission d'un acte pénalement répréhensible ou de la répétition d'actes symptomatiques de la dangerosité feraient l'objet de dispositions propres à chaque mesure de sûreté. Les règles ne seraient notamment pas les mêmes pour les personnes pénalement responsables et celles qui sont pénalement irresponsables.

- Autorité compétente :

Article 142-4. Les mesures de sûreté sont prononcées par l'autorité judiciaire après la constatation de la dangerosité de l'individu. Selon les prévisions légales, elles relèvent des juridictions pénales de droit commun et des juridictions des mesures de sûreté.

La procédure relative au prononcé, au maintien, à la modification et à la mainlevée des mesures de sûreté est prévue, pour chaque mesure, par les dispositions du Code de procédure pénale.

Le législateur devrait déterminer avec précision les missions des différents acteurs intervenant durant la procédure relative aux mesures de sûreté. Il devrait notamment délimiter les compétences respectives des juridictions pénales de droit commun (juridictions de jugement et d'application des sanctions pénales) et des juridictions *ad hoc* nommées « *les juridictions des mesures de sûreté* ». Dans un souci de cohérence, la compétence de celles-ci devrait être généralisée à toutes les mesures de sûreté légalement consacrées.

- **Individualisation et révision constante :**

Article 142-5. Les mesures de sûreté doivent être choisies et déterminées en fonction de la dangerosité de l'individu. Elles doivent être individualisées au moment de leur prononcé et leur contenu peut faire l'objet d'une révision constante, permettant de tenir compte de l'évolution de la dangerosité.

Avant la mise à exécution effective d'une mesure de sûreté prononcée, la dangerosité de la personne concernée doit faire l'objet d'une nouvelle évaluation si une peine a été exécutée au préalable.

- **Modalités d'exécution :**

Article 142-6. Les modalités d'exécution de la mesure doivent être conçues de la manière la moins contraignante possible, de façon à mettre l'accent sur la resocialisation de l'intéressé. Afin d'assurer un retour progressif de la personne vers une vie responsable en liberté, des aménagements de la mesure doivent lui être accordés si sa dangerosité le permet. La contrainte doit cesser progressivement, une mesure restrictive de liberté devant prendre le relais d'une mesure privative de liberté dès que la dangerosité de la personne le permet.

- **Articulation des mesures entre elles et avec la peine :**

Article 142-7. En cas de cumul entre une peine et une ou plusieurs mesures de sûreté, le juge détermine l'ordre d'exécution des différentes sanctions pénales. Il peut assortir la peine prononcée d'un sursis pour mettre à exécution, en priorité, la mesure de sûreté qui

l'accompagne. À l'issue de l'exécution de la mesure de sûreté privative de liberté, le juge décide d'une éventuelle imputation de celle-ci sur la durée de la peine.

Entre plusieurs mesures de sûreté ayant vocation à s'appliquer, la préférence doit être accordée à la mesure la moins contraignante. Les mesures privatives de liberté ne doivent intervenir qu'en dernier recours, lorsqu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante pour prévenir la commission d'infractions.

5. Le Chapitre Troisième - De l'extinction des mesures de sûreté contiendrait notamment les dispositions suivantes :

Article 143-1. Le juge met fin à la mesure de sûreté lorsque la personne ne paraît plus dangereuse pour la société parce que sa resocialisation paraît acquise. Le réexamen du bien-fondé de la mesure doit intervenir au moins tous les ans pour les mesures privatives de liberté et au moins tous les deux ans pour les mesures restrictives de liberté et privatives ou restrictives de droits.

Article 143-2. Les mesures de sûreté prennent fin au décès de l'intéressé. La réhabilitation de la personne peut entraîner la cessation des mesures de sûreté auxquelles celle-ci était soumise, à l'exception des mesures de sûreté à caractère réel. Les mesures de sûreté ne sont pas affectées par l'amnistie, la grâce, la dispense ou le sursis.

II. Inventaire des mesures de sûreté consacrées

6. L'ensemble des mesures de sûreté devrait figurer au sein du nouveau Titre IV, Chapitre 1 - De la nature des mesures de sûreté du Code pénal.

Les mesures seraient énumérées aux articles 141-1 et suivants.

Article 141-1. Les mesures applicables aux délinquants pénalement irresponsables ou semi-responsables souffrant d'une maladie mentale ou d'une addiction sont :

- 1° L'internement en hôpital psychiatrique ;*
- 2° L'internement en établissement de désintoxication ;*
- 3° L'injonction de soins ;*
- 4° L'inscription au fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes ;*
- 5° Les mesures privatives et restrictives de droits énumérées à l'article 141-3 du Code pénal, sous réserve de leur compatibilité avec l'état mental de la personne.*

Article 141-2. *Les mesures applicables aux délinquants pénalement responsables sont :*

- 1° La rétention de sûreté ;*
- 2° La surveillance de sûreté ;*
- 3° Les mesures privatives et restrictives de droits énumérées à l'article 141-3 du Code pénal ;*
- 4° L'inscription au fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes ;*
- 5° La période de sûreté.*

7. L'article 141-3 du Code pénal comprendrait une liste exhaustive des mesures privatives et restrictives de droits consacrées.

On y trouverait notamment les interdictions professionnelles ; l'interdiction de conduire ; l'interdiction de chasser ; l'interdiction de séjourner ou de paraître en certains lieux ; l'interdiction de fréquenter certaines personnes ; l'interdiction de détenir ou de porter une arme soumise à autorisation ; la confiscation spéciale ; la fermeture d'établissement.

8. Les articles suivants seraient consacrés à la réglementation précise de chaque mesure de sûreté.

Les dispositions actuelles relatives au suivi socio-judiciaire (articles 131-36-1 et suivants du Code pénal) devraient être abrogées.

Les dispositions relatives au placement sous surveillance électronique mobile (articles 131-36-9 et suivants du Code pénal) devraient être déplacées à l'endroit consacré au contenu

de la surveillance de sûreté. Celle-ci serait le résultat d'une refonte de toutes les mesures de surveillance existantes en une seule mesure. Elle remplacerait le suivi socio-judiciaire et la surveillance judiciaire et pourrait comprendre notamment un placement sous surveillance électronique mobile et une injonction de soins. Son champ d'application serait élargi de manière à englober les hypothèses qui peuvent actuellement donner lieu à un suivi socio-judiciaire ou à une surveillance judiciaire.

Les dispositions actuelles consacrées aux mesures de sûreté « officieuses », existant sous d'autres dénominations et avec un régime inadapté (par exemple celles énumérées à l'article 131-6 du Code pénal), seraient déplacées dans le Titre IV, Chapitre 1 - *De la nature des mesures de sûreté* et feraient l'objet d'une réglementation précise et adéquate.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires

BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, 5^e éd., coll. Dictionnaires de droit, Ellipses, 2011.

CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, 6^e éd., LexisNexis, 2014.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, coll. Quadrige Dicos Poche, 10^e éd., PUF, 2014.

LAROUSSE.

LOPEZ (G.) et TZITZIS (S.) (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, 2004.

TRÉSOR DE LA LANGUE FRANÇAISE.

II. Ouvrages généraux, traités et manuels

BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale*, éd. Bossange, Masson et Besson, Paris, 1802, trad. E. Dumont.

BERNARDINI (R.), *Droit criminel, Volume 1 : Éléments préliminaires*, Bruxelles, Larcier, 2012.

BEZIZ-AYACHE (A.) et BOESEL (D.), *Droit de l'exécution de la sanction pénale*, 2^e éd., Lamy, 2012.

BINDING (K.), *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1907.

BOHLANDER (M.), *The German Criminal Code : A Modern English Translation*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

BONFILS (Ph.), CIMAMONTI (S.), GASSIN (R.), *Criminologie*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2011.

BONIS-GARÇON (É.) et PELTIER (V.) :
- *Droit de la peine*, 1^e éd., Paris, Litec, 2010,
- *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2015.

BOSSUET (J.-B.), *Traité du libre arbitre* [1677], Ouvrage posthume, Paris, Barthelemy Alix,

1731.

BOULOC (B.) :

- *Droit de l'exécution des peines*, coll. Précis, 4^e éd., Dalloz, 2011.

- *Droit pénal général*, coll. Précis, 24^e éd., Dalloz, 2015.

BOULOC (B.) et MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, 19^e éd., Sirey, 2014.

BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit criminel et de criminologie, Droit pénal général*, t. I, Dalloz, 1963.

BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure pénale*, 10^e éd., Paris, LexisNexis, 2014.

CARBASSE (J.-M.) :

- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000.

- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Coll. Droit fondamental, PUF, 2006.

CONTE (Ph.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Droit pénal général*, 7^e éd., A. Colin, 2004.

DECOCQ (A.), *Droit pénal général*, coll. U, Armand Colin, 1971.

DEBUYST (Ch.), DIGNEFFE (F.), LABADIE (J.-M.), PIRES (A.P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, 2^e éd., De Boeck, Larcier, 2008.

DECRUSY (A.) et ISAMBERT (F.-A.), *Recueil général des anciennes lois françaises: depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, 1715-1737*, vol. XXI, Belin-Le-Prieur, Verdier, 1830.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.), *Droit pénal général*, 16^e éd., Économica, 2009.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 1943.

DREYER (E.), *Droit pénal général*, 3^e éd., LexisNexis, 2014.

FAVOREU (L.) *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 6^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2012.

von FEUERBACH (P. J. A.), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801.

FISCHER (T.), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, 57^e éd., 2010.

von FRANK (R.), *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Universität de Cornell, Mohr, 1919.

GARRAUD (R.) :

- *Précis de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1885.

- *Précis de droit criminel*, 3^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1888.
- *Précis de droit criminel*, 13^e éd., Recueil Sirey, 1921.
- *Traité théorique et pratique de droit pénal*, t. II, 3^e éd., Paris, 1913-1924.

GIVANOVITCH (T.), *Les problèmes fondamentaux de droit criminel*, Paris, A. Rousseau, 1929.

HAFTER (E.), *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, J. Springer, 1926.

HEGEL (G. W. F.):

- *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, vol. 8, Duncker und Humblot, 1833.
- *Principes de philosophie du droit*, trad. A. Kaan, Paris, Gallimard, 1940.

HERZOG-EVANS (M.), *Droit de l'exécution des peines*, 4^e éd., coll. Dalloz action, Dalloz, 2011.

JEANDIDIER (W.), *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1991.

KAHL (W.), *Das neue Strafgesetzbuch*, Zahn und Jaensch, 1907.

KAMMEIER (H.):

- *Maßregelrecht: Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer schuldunabhängigen Gefahrenabwehr*, Berlin, De Gruyter, 1996.
- *Maßregelvollzugsrecht*, Kommentar, 3^e éd., Berlin/ New York, De Gruyter, 2010.

KANT (I.), *Metaphysik der Sitten, Tugendlehre*, 1797.

KAUFMANN (A.) et RADBRUCH (G.), *Strafrechtsreform*, vol. 9 de Gesamtausgabe, Heidelberg, C. F. Müller, 1992.

KLEIN (E. F.), KLEINSCHROD (G. A. K.), KONOPAK (C. G.), *Archiv des Criminalrechts*, Halle, Hemmerde & Schwetschke, 1798.

LARGUIER (J.), *Criminologie et science pénitentiaire*, coll. Mémentos, 10^e éd., Dalloz, 2005.

LÉAUTÉ (J.), *Criminologie et science pénitentiaire*, PUF, 1972.

von LISZT (F.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16^e et 17^e éd., Berlin, Guttentag, 1908.

von LISZT (F.) et SCHMIDT (E.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25^e éd., Berlin/ Leipzig, 1927.

MALABAT (V.), *Droit pénal spécial*, coll. Hypercours, 6^e éd. Dalloz, 2013.

MAURACH (R.) et al., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 8^e éd., Hüthig Jehle Rehm, 2014.

- MAYER (H.), *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953.
- MEIER (B.-D.), *Strafrechtliche Sanktionen*, 4^e éd., Berlin, Springer-Verlag, 2014.
- MERLE (R.) et VITU (A.) :
- *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. I, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997.
 - *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, t. II, 5^e éd., Paris, Cujas, 2001.
- MEZGER (E.) :
- *Deutsches Strafrecht, Ein Leitfadent*, Junker und Dünnhaupt, 1936.
 - *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen* [1^{re} éd. 1934], 3^e éd., Ferdinand Enke, 1944.
- ORTOLAN (J. L. E.), *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure*, Librairie de Henri Plon, 2^e éd., 1859.
- PEGLAU (J.) et RISSING-VAN SAAN (R.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^e éd., 2008.
- PIN (X.), *Droit pénal général*, coll. Cours, 6^e éd., Dalloz, 2014.
- PLAWSKI (S.), *Droit pénitentiaire*, Presses Univ. Septentrion, 1976.
- PONCELA (P.), *Droit de la peine*, coll. Thémis, 2^e éd., PUF, 2001.
- PRADEL (J.) :
- *Histoire des doctrines pénales*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1991.
 - *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008.
 - *Droit pénal général*, 20^e éd., Cujas, 2014.
- PRADEL (J.) et VARINARD (A.) :
- *Les grands arrêts du droit criminel*, 3^e éd., Sirey, 1992.
 - *Les grands arrêts du droit pénal général*, 9^e éd., Dalloz, 2014.
- PROAL (L.), *Le crime et la peine*, 2^e éd., Paris, F. Alcan, 1894.
- RASSAT (M.-L.), *Droit pénal général*, 3^e éd., Ellipses, 2014.
- ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, 2005.
- ROSSI (P.), *Traité de droit pénal*, Vol. 1, A. Sautet, 1829.
- ROXIN (C.), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^e éd., Munich, Beck, 2006.
- ROXIN (C.) et al., *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, Hüthig Jehle Rehm, 2006; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Springer-Verlag, 2013.
- STEFANI (G.), *Cours de droit pénal général et procédure pénale*, coll. Cours de droit, Paris, 1963-1964.

STOOSS (C.), *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Vienne, 1909-1911, p. 25.

STRENG (F.), *Strafrechtliche Sanktionen*, 3^e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 2012.

SUDRE (F.) *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., Thémis, PUF, 2015.

TARDE (G.), *Criminalité comparée*, 5^e éd., F. Alcan, 1902.

VOUIN (R.) et LÉAUTÉ (J.), *Droit pénal et criminologie*, PUF, 1956.

III. Ouvrages spéciaux, monographies et ouvrages collectifs

ALLINNE (J.-P.), *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle – 2. Le temps des doutes 1920-2004*, L'Harmattan, 2004.

ANCEL (M.) :

- *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954 (note bibliographique in : *Revue internationale de droit comparé*, 1968, vol. 20, n^o 1, p. 215).
- *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1966.
- *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd. révisée, Paris, Cujas, 1981.

ASCHROTT (P. F.) et von LISZT (F.), *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I: Allgemeiner Teil*, Berlin, 1910.

AUBERT (C.), *Le temps des conspirations : la répression politique en Maine-et-Loire entre 1814 et 1870*, Cheminements, 2006.

AUZIES (C.), *De la surveillance de la haute police*, Paris, E. Thorin, 1869.

BARTSCH (T.), *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Nomos, 2010.

BAUMANN (J.) *et al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches : Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Tübingen, Mohr, 1969.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, 1766, trad. M. Chevallier, Paris, GF Flammarion, 1991.

BÉRAUD (R.), *Les mesures de sûreté en droit allemand d'après la loi du 24 novembre 1933*, Aix-en-Provence, E. Fourcine, 1937.

von BIRKMEYER (K.):

- *Strafe und sichernde Maßnahmen, Rektoratsrede vom 24. November 1906*, Munich, Wolf, 1906.
- *Was lässt Liszt vom Strafrecht übrig? – Eine Warnung vor der modernen Richtung im*

Strafrecht, Munich, Beck, 1907, p. 52.

- *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht « Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen »*, Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1909, p. 58.

- *Strafe und Sichernde Massnahmen im Vorentwurf*, Vol. II de *Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, W. Engelmann, 1910, p. 23.

- *Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung*, Leipzig, 1914.

BONNEVILLE DE MARSANGY (A.) :

- *Des Libérations préparatoires, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du tribunal civil de Reims, le 3 novembre 1846*, impr. de Regnier, 1846.

- *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, Joubert, 1847.

- *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moraliste*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1864.

BRUNS (H.-J.), *Das Recht der Strafzumessung: eine systematische Darstellung für die Praxis*, Heymann, 1985.

CASTEL (R.), *L'ordre psychiatrique : l'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Éditions de Minuit, 1976.

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.) (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume I. La sanction, entre technique et politique*, coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012.

COCHE (A.), *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, PUAM, 2005.

CONRADI (F.), *Die Sicherungsverwahrung – Ausdruck einer zunehmenden Sicherheitsorientierung im Strafrecht? Die Entwicklung der Sicherungsverwahrung im Kontext des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Sicherheit*, coll. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, vol. 141, Francfort/ M., Peter Lang, 2013.

CONTE (Ph.), ROBERT (J.-H.), TZITZIS (S.) (dir.), *Peine, Dangerosité, Quelles certitudes ?*, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, Paris, Dalloz, 2010.

CRÉPON (M.), *La Culture de la peur*, Paris, Galilée, 2008.

CUSSON (M.) :

- *Pourquoi punir ?*, coll. Criminologie et droits de l'homme, Dalloz, 1987.

- *Le contrôle social du crime*, Paris, PUF, 1983.

DAVOST (P.-H.), *Aspects de l'état dangereux : actes publiés*, II^e Congrès français de criminologie, Rennes, Impr. réunies, 1961.

DEBUYST (Ch.) et TULKENS (F.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Masson, 1981.

DELMAS-MARTY (M.), *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.

DESSECKER (A.), *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004.

DREYFUS (B.), *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, IRASC, L'Harmattan, 2010.

DURKHEIM (É.), *Les règles de la méthode sociologique* [1^{ère} éd. 1894], 18^e éd., Paris, PUF, 1973, p. 70.

DÜRKOP (M.), *Zur Funktion der Kriminologie im Nationalsozialismus*, in: U. Reifner, B.-R. Sonnen, *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Francfort/Main, 1983, p. 97 s.

EXNER (F.), *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Coll. *Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, Berlin, Guttentag, 1914.

FERRI (E.) :

- *La sociologie criminelle*, trad. française de la 2^e éd. italienne par Léon Terrien, Paris, F. Alcan, 1914.

- *La sociologie criminelle*, trad. française de la 3^e éd. italienne, Paris, A. Rousseau, 1893.

FERRI (T.), *Qu'est-ce que punir ? Du châtement à l'hypersurveillance*, Paris, coll. Questions contemporaines, l'Harmattan, 2012.

FOUCAULT (M.) :

- *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

- *Les anormaux, Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, coll. Hautes Études, Gallimard / Seuil, 1999.

FRANKLIN (B.) et JACKSON (R.), *An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*, R. Griffiths, 1759.

FRÉMONT (A.), *De la surveillance de la haute police de l'État. De sa suppression et des moyens d'y suppléer*, Orléans, Herluison, 1869.

FRISTER (H.), *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Vol. 62 de *Strafrechtliche Abhandlungen*, Duncker & Humblot, 1988.

GARAPON (A.) et SALAS (D.), *La République pénalisée*, coll. Questions de société, Hachette, 1996, p. 89 s.

GAROFALO (R.), *La Criminologie*, trad. française de la 2^e éd. italienne, Paris, F. Alcan, 1890.

GAUCHET (M.), *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, coll. Tel, 2002.

GIACOPELLI (M.), de LAMY (B.) et MALABAT (V.) (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.

GIUDICELLI (A.), JEAN (J.-P.) et MASSÉ (M.) (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009.

GIUDICELLI-DELAGE (G.) et LAZERGES (Ch.) (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, PUF, 2011.

GRAMATICA (F.), *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963.

GROLMAN (K.), *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, 1799.

GUIZOT (F.), *De la peine de mort en matière politique*, 2^e éd., Béchet, 1822.

HELLMER (J.), *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, Berlin, 1961.

d'HERVÉ (N.) et MORICE (A.), *Justice de sûreté et gestion des risques. Approche pratique et réflexive*, L'Harmattan, 2010.

JACOPIN (S.) (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

JEAN (T.) (dir.), *Faut-il juger et punir les malades mentaux criminels ?*, Coll. Les dossiers du JFP, Toulouse, Erès, 2009.

JESCHECK (H.-H.), *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957.

JUNG (H.), *Was ist Strafe ? Ein Essay*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

KAISER (G.), *Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?*, Heidelberg, 1990.

KERN (J.), *Brauchen wir die Sicherungsverwahrung – Zur Problematik des § 66 StGB*, Francfort/ Main, Peter Lang, 1997.

KINZIG (J.):

- *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand : Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel*, Fribourg en Brisgau, éd. iuscrim, 1996.

- *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter: Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Duncker & Humblot, 2^e éd., 2010.

LANDRY (M.) :

- *Le psychiatre au tribunal: le procès de l'expertise psychiatrique en justice pénale*, Privat, 1976.

- *L'état dangereux, un jugement déguisé en diagnostic*, L'Harmattan, 2002.

LAURENS (Y.) et PÉDRON (P.), *Les très longues peines de prison*, L'Harmattan, 2007.

LEGENDRE (P.), *Le Crime du caporal Lortie: Traité sur le père*, Fayard, 1989.

LEVASSEUR (G.) (dir.), *Les délinquants anormaux mentaux*, Publications du centre d'Études de Défense Sociale, Paris, Cujas, 1959.

von LISZT (F.):

- *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1, 1875 Bis 1891*, vol. I, Berlin, Walter de Gruyter, 1905.

- *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1882/83.

LUCAS (Ch.), *De la réforme des prisons, ou de la Théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens et de ses conditions pratiques*, Vol. 1, éd. Legrand et J. Bergounioux, 1836.

MAGNOL (J.), *L'avant-projet de révision du Code pénal français (Partie générale)*, Paris, Sirey, 1934.

MBANZOULOU (P.) *et al.* (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, Paris, L'Harmattan, 2008.

METZDORF (T.), *Der gemeingefährliche Geistesranke im heutigen Verwaltungs- und künftigen Strafrecht*, Berlin, 1930.

MILDE (O.), *Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004*, Dr. Kovac, Hambourg, 2006.

MOLINIER (C.), *Répression du vol d'après les lois anciennes et la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1868.

MONTESQUIEU (Ch.-L. de Secondat de La Brède), *De l'esprit des lois*, Chez Barillot & fils, 1748.

MONTESQUIEU (Ch.-L. de Secondat de La Brède), COLLIN DE PLANCY (J.-A.-S.), LE ROND D'ALEMBERT (J.), *Œuvres de Montesquieu : L'Esprit des lois*, A. Bavoux, 1825.

MÜLLER (Ch.), *Das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. November 1933, Kriminalpolitik als Rassenpolitik*, Baden Baden, Nomos-Verlag, 1997.

MUNOZ CONDE (F.), *Edmund Mezger: Beiträge zu einem Juristenleben*, trad. allemande par I. Thulfaut et M. Vormbaum, coll. Juristische Zeitgeschichte, Abteilung 4 Leben und Werk, n° 10, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.

MUSHOFF (T.), *Strafe, Maßregel, Sicherungsverwahrung : eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Francfort/ M., Peter Lang, 2008.

MUYART DE VOUGLANS (P.-F.), *Les lois criminelles de France : dans leur ordre nature. Mémoire sur les peines infamantes*, Paris, chez Merigot le jeune, Crapart et Benoît Morin, 1780.

NEU (G.), *Die Sicherungsverwahrung nach der Strafrechtsreform*, Münster, 1976.

NIVEAU (G.), *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, L'Harmattan, 2011.

PASCAL (J.-C.), ROSSINELLI (G.), SENON (J.-L.), *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, Montrouge, John Libbey, 2008.

PINATEL (J.) :

- *Le Problème de l'état dangereux: conférences publiées*, II^e Cours international de criminologie, Impr. administrative, 1953.

- *Le phénomène criminel*, coll. Le monde de, éd. MA, 1987.

PRINS (A.), *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles/ Leipzig, Misch et Thron, 1910.

PROTHAIS (A.), *Tentative et attentat*, LGDJ, 1985.

RATTENHUBER (F.), *Der gefährliche Sittlichkeitsverbrecher*, Leipzig, 1939.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Chez Marc-Michel Rey, 1762.

SAAS (C.), *L'ajournement du prononcé de la peine, Césure et recomposition du procès pénal*, Paris, Dalloz, 2004.

SAENKO (L.) (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

SALAS (D.), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005.

SALEILLES (R.) :

- *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan, 1898.

- *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, 1927.

- *L'individualisation de la peine* [1898], réédité in : R. Ottenhof (dir.), *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, Ramonville-Saint-Agne, Érès, 2001, p. 9 s.

SCHMITT (C.), *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Duncker u. Humblot, 1922.

SNACKEN (S.) et van ZYL SMIT (D.), *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2009.

STEINHILBER (B.), *Mord und Lebenslang. Aktuelle Rechtsprobleme und Vorschläge für die überfällige Reform*, Baden-Baden, Nomos, 2012.

TABERT (N.), *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007.

VOGEL (J.), *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlin, Berliner Wiss.-Verlag, 2004.

VORMBAUM (T.):

- *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, vol. 1, Baden-Baden, Nomos, 1993.

- *Kritik des Feindstrafrechts*, coll. Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen, vol. 9, Berlin, LIT, 2009.

WACKER (W.), *Sicherungsverwahrung und Grundgesetz*, G. Bauknecht Dissertations-Druckerei, 1966.

WETTERICH (P.), *Erscheinungsformen gefährlicher Gewohnheitsverbrecher*, Karlsruhe, 1963.

IV. Thèses et Mémoires

AKHLAGHI (A.-A.), *Les peines accessoires au complémentaires et la notion de mesures de sûreté en droit français*, Thèse, Paris, 1962.

ALQUIER (A.), *Les peines privatives de liberté et les mesures de sûreté dans l'avant-projet et le projet de code pénal français*, Thèse, Grenoble, 1934.

BESSIÈRE (G.), *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, Thèse, Paris, A. Rousseau, 1898.

CHAMBON (P.), *Les mesures de sûreté*, Thèse, Paris, Ernest Sagot et C^{ie}, 1925.

DUBOIS (P.), *Les asseurements au XIII^e siècle dans nos villes du Nord. Recherches sur le droit de vengeance*, Thèse, Paris, A. Rousseau, 1900.

GREFF (C.-A.), *L'individu dangereux en droit pénal*, Thèse, Lyon, 2013.

GRÉGOIRE (L.), *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, Thèse, Aix-Marseille, 2014.

HARIR (S.), *Les effets de la dangerosité sur la décision pénale*, Thèse, Paris, 2012.

d'HERVÉ (N.), *Les commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté, Le nouveau paradigme de la gestion des risques*, sous la dir. de M. Herzog-Evans, Mémoire, Nantes, 2008-2009.

LAVANCHY (Ch.-J.), *Les mesures de sûreté en droit pénal*, Thèse, Château d'Oex, Imprimerie Burri-Roch, 1931.

MARRET (N.), *La dignité humaine en droit*, Thèse, Poitiers, 2000.

MOLINIER (C.), *L'inquisition dans le Midi de la France au XIII^e et au XIV^e siècle. Etude sur les sources de son histoire*, Thèse, Paris, Sandoz et Fischbacher, 1880.

ONGAGNA (Ph.), *L'état dangereux délictuel et post-délictuel des majeurs délinquants en droit pénal français*, Thèse, Grenoble, 2003.

PERRIER (J.-B.), *Du positivisme au droit positif – Le renouveau du concept de dangerosité dans la lutte contre la récidive des infractions pénales*, sous la dir. de S. Cimamonti, Mémoire, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2006.

RABINOWICZ (L.), *Mesures de sûreté, Étude de politique criminelle*, Thèse, Paris, Marcel Rivière, 1929.

TANOVICÉANU (N. I.), *Les mesures de sûreté*, Thèse, Paris, 1934.

THÉLIN (M.-H.), *Nature et régime juridique des mesures de sûreté*, Thèse, Impr. Vaudoise, 1931.

V. Encyclopédies et Juris-Classeurs

BEZIZ-AYACHE (A.) :

- « Peines complémentaires », *Rép. pén. Dalloz*, janv. 2011, mise à jour : oct. 2014.

- « Confiscation », *Rép. pén. Dalloz*, janv. 2012, mise à jour : janv. 2014.

BONIS-GARÇON (É.), « Troubles psychiques - Malades mentaux », *Rép. pén. Dalloz*, avr. 2013, mise à jour : oct. 2014.

BOULOC (B.), « Interdictions et incapacités professionnelles », *Rép. sociétés Dalloz*, juin 2010, mise à jour : sept. 2012.

CAMOUS (É.), « Peines criminelles et correctionnelles. – Confiscation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-21 et 131-21-1, Fasc. 20, 15 sept. 2011.

CÉRÉ (J.-P.), « Peine (Nature et prononcé) », *Rép. pén. Dalloz*, janv. 2008, mise à jour : oct. 2014.

HERZOG-EVANS (M.), « Peine (Exécution) », *Rép. pén. Dalloz*, sept. 2011, mise à jour : juin 2015.

JEANDIDIER (W.), « Application de la loi pénale dans le temps », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 112-1 à 112-4, Fasc. 20, 15 oct. 2012.

LEBLOIS-HAPPE (J.) :

- « Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20, 31 mars 2012, mise à jour : 9 avr. 2015.

- « Prononcé des peines », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 132-17 à 132-22, Fasc. 20, 15 avr. 2015.

LENNON (J.-L.), « Interdiction de séjour », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-31 et 131-32, Fasc. 20, 14 juin 2008.

MATSOPOULOU (H.) :

- « Réétention de sûreté et surveillance de sûreté », *J.-Cl. Procédure pénale*, Fasc. 20, art. 706-53-13 à 706-53-21, 25 mars 2008, mise à jour : 30 juin 2012.

- « Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *J.-Cl. Procédure pénale*, Art. 706-119 à 706-140, Fasc. 20, 25 mars 2008, mise à jour : 12 févr. 2015.

PAILLARD (B.), « Peines criminelles applicables aux personnes physiques », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-1 et 131-2, Fasc. 20, 20 nov. 2007, mise à jour : 15 avr. 2010.

PÉLISSIER (P.), « Circulation routière », *Rép. pén. Dalloz*, mai 2004, mise à jour : janv. 2014.

PELTIER (V.), « Détention. – Exécution des peines privatives de liberté. – Surveillance judiciaire des auteurs de crimes et de délits sexuels », *J.-Cl. Procédure pénale*, Art. 723-29 à 723-37, Fasc. 20, 20 janv. 2011, mise à jour : 20 juil. 2015.

PIN (X.) :

- « Interdiction d'exercer une fonction ou une activité professionnelle ou sociale. – Interdiction d'exercer une fonction publique. – Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale. – Interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle. – Interdiction de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-27 à 131-29, Fasc. 20, 1^{er} oct. 2008, mise à jour : 31 déc. 2014.

- « Fermeture d'établissement », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-33, Fasc. 20, 15 juil. 2008.

RASSAT (M.-L.), « Trouble psychique ou neuropsychique. Contrainte », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-1 et 122-2, Fasc. 20, 1^{er} sept 2011, mise à jour : 2 oct. 2014.

ROETS (D.) :

- « Classifications des infractions », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 111-1, Fasc. 20, 15 avr. 2010.

- « Suivi socio-judiciaire », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 131-36-1 à 131-36-8, Fasc. 20, 10 juin 2011, mise à jour : 2 nov. 2011.

TRUFFIER (J.-P.), « Hospitalisation des personnes atteintes de troubles mentaux », *J.-Cl. Civil*, Annexes, V^o Internement, Fasc. 10, 10 juin 2007, mise à jour : 5 janv. 2012.

VIRIOT-BARRIAL (D.), « Dignité de la personne humaine », *Rép. pén. Dalloz*, oct. 2004, mise à jour : juin 2014.

VI. Articles, chroniques, contributions et notes de jurisprudence

V. l'index de jurisprudence pour d'autres notes et observations.

AHMED (A.), « Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 12.05.2010 (4 StR 577/09) - Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung », *StV*, 2010, p. 574 s.

ALBRECHT (H.-J.), « Antworten auf Gefährlichkeit - Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug », in: Th. Feltes, Ch. Pfeiffer, G. Steinhilper (dir.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, p. 196 s.

ALBRECHT (P.-A.), « Strafrecht ist für die Politik ein Kommunikationsmedium », Interview

in: *Law zone*, 2004, n° 1, p. 19 s.

ALBRECHT (V.), « Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform », *ZStR*, 1999, 111, p. 863 s.

ALEX (M.), « Sozialtherapie unter den Bedingungen der Gesetzesverschärfungen seit 1998 unter besonderer Berücksichtigung der vorbehaltenen und nachträglichen Sicherungsverwahrung », *StV*, 2006, p. 105 s.

ALIX (J.), « Une liaison dangereuse – Dangerosité et droit pénal en France », in : Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, PUF, 2011, p. 49 s.

ALLINNE (J.-P.), « Récidive, risque, dangerosité, la fin du paradigme réhabilitatif », in : J.-P. Allinne et M. Soula (dir.), *Les récidivistes, Représentations et traitements de la récidive XIX^e-XXI^e siècle*, PUR, 2010, p. 25 s.

ANCEL (M.) :

- « Le procès pénal et l'examen scientifique du délinquant », *RSC*, 1952, p. 162 s.

- « Une définition de la Défense sociale ? », *RSC*, 1956, p. 447 s.

- « La césure du procès pénal », in : *Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'étude en hommage à M. Louis Huguenev*, Institut de droit comparé de la Faculté de Droit de Paris, Paris, Sirey, 1964, p. 205 s.

- « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de défense sociale », *RSC*, 1973, p. 191 s.

- « Examen de conscience de la Défense sociale, le problème du traitement du délinquant », *RSC*, 1978, p. 945 s.

- « L'expertise criminologique devant les doctrines de la défense sociale. Réflexions sur le Séminaire international de Syracuse de septembre 1980 », *Annales Internationales de Criminologie*, 1981, p. 187 s.

ANDERS (R. P.), « Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung », *JZ*, 2012, p. 498 s.

APPEL (I.), « Sicherungsverwahrung und Sicherheitsrecht, zur Sicherungsverwahrung im Schnittfeld von einfachem Recht und Verfassungsrecht », in: J. Masing et O. Jouanjan (dir.), *Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwahrung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 87 s.

ARLOTH (F.), « Prävention durch nachträgliche oder vorbehaltene Sicherungsverwahrung », in: H. Schöch et J.-M. Jehle (dir.), *Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit: Haftvermeidung, Kriminalprävention, Persönlichkeitsstörungen, Restorative Justice*, Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg GmbH, 2004, p. 327 s.

BACHMANN (M.) et GOECK (F.), « Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9.11.2010, 5 StR 394/10, 440/10 und 474/10, *NJ 2011, 128* », *NJ*, 2011, p. 129 s.

BADINTER (R.) et BEAUVAIS (P.), « À propos de la réforme pénale », *D.*, 2014, p. 1829 s.

BAIER (H.), « Grenzenlose Sicherheit? Die Unterbringung gefährlicher Straftäter zwischen Bundes- und Landesrecht », *Jura*, 2004, p. 552 s.

BARBERGER (C.) :

- « Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de code pénal et dans le code de procédure pénale », *RSC*, 1984, p. 19 s.
- « Égalité et individualisation de la peine », in : R. Ottenhof (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Erès, 2001, p. 207 s.

BARTSCH (T.):

- « Zur nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung nach der Verurteilung zu einer Jugendstrafe », *StV*, 2010, p. 521 s.
- « (Schon wieder) Neues von der Sicherungsverwahrung - Konsequenzen des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils vom 04.05.2011 für Gesetzgebung und Vollzug », *FS*, 2011, p. 267 s.

BARTSCH (T.) et KREUZER (A.):

- « Gesetzgeberische Flickschusterei und Vollzugsprobleme bei der Sicherungsverwahrung », *FS*, 2008, p. 30 s.
- « Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 (2 BvR 2365/09; StV 2011, 470) - Zur nachträglichen Sicherungsverwahrung », *StV*, 2011, p. 472 s.

BACHELET (O.) :

- « Réétention de sûreté : *satisfecit* pour l'Allemagne, doute pour la France », note sous CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 24478/03, *Dalloz actu.*, 10 nov. 2010.
- « "Déétention de sûreté" et objectif de réinsertion sociale », *Dalloz actu.*, 8 oct. 2012.

BARBERO SANTOS (M.), « Les marginaux devant la loi pénale. La loi espagnole de dangerosité et de réhabilitation sociale *de lege ferenda* », *RSC*, 1980, p. 375 s.

BECKMANN (H.):

- « Ist die lebenslange Freiheitsstrafe noch ein verfassungsrechtliches Problem? », *GA*, 1979, p. 439 s.
- « Zur Gewährung von Urlaub für Lebenslängliche », *StV*, 1984, p. 165 s.

BELEZZA DOS SANTOS (J.), « Récidivistes et délinquants d'habitude », *RSC*, 1954, p. 687 s.

BEMMANN (G.), « Zur Bedeutung des Resozialisierungsgedankens im Strafvollzug, der Entlohnung von Gefangenenarbeit und zur Arbeitspflicht », *StV*, 1998, p. 604 s.

BÉNÉZECH (M.) :

- « Réflexion sur le passage à l'acte et la responsabilité pénale du criminel: perte d'objet, démence juridique, à propos de l'affaire M. », *Annales médico-psychologiques*, 1978, vol. 136, n° 10, p. 1184 s.
- « Des actuels mésusages de l'article 64 du Code pénal sur la démence au temps de l'action », *Annales médico-psychologiques*, 1989, vol. 147, n° 7, p. 738 s.
- « Introduction à l'étude de la dangerosité », in : Ch. de Beaurepaire, M. Bénézech, Ch. Kottler (dir.), *Les dangerosités : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, John Libbey, 2004, p. 7 s.

BERGEL (J.-L.) :

- « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 255 s.
- « Une problématique des sanctions pénales ? », in : *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 89 s.

BECKER (P.), « Anmerkung zur Entscheidung BVerfG vom 05.02.2004, BVR 2111/03 », *ZNER*, 2004, p. 268 s.

BOETTICHER (A.), « Aktuelle Entwicklungen im Maßregelvollzug und bei der Sicherungsverwahrung », *NStZ*, 2005, p. 417 s.

BÖLLINGER (L.), « Gefährlichkeit als iatrogene Krankheit - Die Sicherungsverwahrung befördert, wovor sie vorgibt zu schützen », *Vorgänge*, 2007, n° 2, p. 73 s.

BÖLLINGER (L.) et POLLÄHNE (H.), in : U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 4^e éd., Baden-Baden, Nomos, 2013, vol. 1, § 66.

BONFILS (Ph.) :

- « 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 », *RSC*, 2008, p. 392 s.
- « Les modèles de surveillance extra-pénitentiaire des délinquants en France », *RPDP*, 2009, n° 2, p. 389 s.

BONIS-GARÇON (É.) :

- « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal, Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 », *JCP G*, n° 42, 17 oct. 2007, I, p. 196 s.
- « Vers un droit pénal raisonné ? - À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », *JCP G*, 2013, n° 11, 11 mars 2013, p. 285 s.
- « Computation de la période de sûreté en cas de pluralité de peines », *Dr. pén.*, 2014, comm. 123.

BONIS-GARÇON (É.) et PELTIER (V.) :

- « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2009) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2010, chron. 2.
- « Un an de droit de la peine (Janvier – Décembre 2011) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2012, chron. 2.
- « Un an de droit de la peine (Janvier - Décembre 2012) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2013, chron. 3.
- « Commentaire de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines », *Dr. pén.*, n° 6, juin 2012, étude 11.
- « Un an de droit de la peine (Janvier - Décembre 2014) », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2015, chron. 3.

BÖSE (M.) et HERZOG (F.) in: Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 4^e éd., 2013, StGB § 69; § 69 a.

BOULOC (B.) :

- « Incidence du nouveau code pénal sur les peines prononcées », *RSC*, 1995, p. 99 s.
- « Les incapacités professionnelles sont des mesures de sûreté », *RSC*, 1998, p. 539 s.

BOUSTA (R.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? »,

LPA, 17 juin 2008, n° 121, p. 7 s.

BOUVIER (J.-C.), « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal*, 2013, p. 132 s.

BOUZAT (P.), « Le Centenaire d'Enrico Ferri. L'œuvre du maître. Son actualité », *RSC*, 1957, p. 1 s.

BRAASCH (M.), « Frühzeitige Überweisung des zu einer Freiheitsstrafe und Sicherungsüberweisung Verurteilten in die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus », commentaire de LG Berlin, 95^e Strafvollstreckungskammer, 15 avr. 2008, 595/546, StVK 817/07, *jurisPR-StrafR*, 19/2008, comm. 1, 24 sept. 2008.

BRAUM (S.), « Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate? - Wegsperrn ohne tragfähige Legitimation », *ZRP*, 2004, p. 105 s.

BRUNS (H.-J.):

- « Sicherungsmaßregeln und Verschlechterungsverbot », *JZ*, 1954, p. 730 s.

- « Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf 1956 », *ZStW*, 1959, 71, p. 2010 s.

- « Richterliche Überzeugung bei "Prognose-Entscheidungen" über Sicherungsmaßregeln : zugleich ein Beitrag zum Geltungsbereich des Grundsatzes "in dubio pro reo" », *JZ*, n° 13, 1958, p. 647 s.

BOUCHARD (J.-P.), « L'expertise mentale en France entre "pollution de la justice" et devoir d'objectivité », *Dr. pén.*, n° 2, févr. 2006, étude 3.

BRUSTON (P.), « La rétention de sûreté est elle une modalité d'application des peines ? », *AJ pénal*, 2008, p. 403 s.

BUBLITZ (J. C.), « Habeas Mentem? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken », *ZIS*, 2011, p. 714 s.

BUISSON (J.) :

- « Loi "Récidive" », *Procédures*, 2006, comm. 35.

- « La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008 », *Procédures*, 2008, étude 4.

BURGAUD (E.), « La variabilité du concept de dangerosité en droit pénal des origines à la fin du XIX^e siècle », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, Dalloz, 2010, p. 207 s.

CAPITANT (D.), FEISEL (F.) et WEIGEND (Th.), « Chronique de droit constitutionnel pénal, Droit constitutionnel pénal allemand, Janvier 2003-Février 2004 », *RSC*, 2004, p. 688 s.

CARBONNIER (J.), « De peu, de tout et de rien », *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 47 s.

CARIO (R.) et SAYOUS (B.), « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ pénal*, 2014, p. 461 s.

CARTIER (M. E.), « Le dévoiement de la sanction pénale », in : Sylvain Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 15 s.

CARTUYVELS (Y.), « Entre idéal de bienfaisance et politique sécuritaire : la prévention selon le *Landrecht* prussien de 1794 », *Crime, Histoire & Sociétés*, 1999, vol. 3, n° 1, p. 93 s.

CASILE-HUGUES (G.), « La médicalisation de la répression dans la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2008, p. 20 s.

CASTAIGNÈDE (J.), « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.*, 1999, p. 23 s.

CASTEL (R.), « De la dangerosité au risque », in: *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 47, juin 1983, p. 119 s.

CÉRÉ (J.-P.) :

- « L'impasse juridique du permis à points », *Gaz. Pal.*, 28-29 janv. 2000, p. 8 s.

- « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2008, p. 220 s.

- « L'appréciation *in concreto* de la conventionnalité de la rétention de sûreté », note sous CEDH, Grosskopf c. Allemagne, 21 oct. 2010, n° 24478/03, *AJ Pénal*, 2011, p. 45 s.

CERF (A.), « La rétention de sûreté confrontée aux exigences du procès équitable et aux droits de la personne retenue », in : Sylvain Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 127 s.

CHAINAIS (C.) et FENOUILLET (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in : C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. XI s.

CHAUVENET (A.), « Les longues peines : le « principe » de la peur », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 24 octobre 2009. URL : <http://champpenal.revues.org/7554>.

CHEVALLIER (J.-Y.), « Plaidoyer pour la "rétention de sûreté" », *RPDP*, 2008, p. 1 s.

CHICHE (S.), « Rencontre avec Anne Andronikof : Peut-on prédire la récidive ? », in : *Sciences humaines*, Grands Dossiers, n° 25, déc. 2011/ janv.-févr. 2012, rubrique « Affaires criminelles ».

CHOPIN (F.), « Les nouvelles orientations de soins dans la loi rétention de sûreté », *RPDP*, 2010, p. 313 s.

CIMAMONTI (S.), « La résurgence des mesures de sûreté en Droit pénal français

contemporain », in : *Future of Comparative Study in Law: The 60th anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University*, Series of the Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University Press, Tokyo, 2011, p. 369 s.

COCHE (A.), « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC*, 2011, p. 21 s.

COHEN-JONATHAN (G.), « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber amicorum MA Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 39 s.

COIGNAC (A.), « Le discernement en droit pénal », *Dalloz actu.*, 20 mai 2014.

COLSON (R.), « Une politique de sécurité peut-elle accroître les libertés individuelles ? Le cas des infractions à la législation sur les stupéfiants », in : O. Cahn et K. Parrot, *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, 12 mars 2012, Université de Cergy-Pontoise, 2014, p. 107 s.

CONTE (Ph.), « Aux fous ? », *Dr. pén.*, 2008, repère 4, n° 21.

COSTA (J.-P.), « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence des différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, p. 101 s.

COURTIN (Ch.), « La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps », *Dr. pén.*, n° 7, juil. 2008, étude 11.

COUVRAT (P.) :

- « Le contrôle judiciaire », in : *XII^{èmes} Journées franco-belgo-luxembourgeoises de Droit pénal*, Poitiers, 1970, PUF, p. 105 s.

- « De la période de sûreté à la peine incompressible. A propos de la loi du 1er février 1994 », *RSC*, 1994, p. 356 s.

- « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, 1999, p. 379 s.

COUZINET (D.), « Die Prinzipientheorie der Grundrechte - Einführung, Strukturhinweise, Anwendung in der Fallbearbeitung », *JuS*, 2009, p. 603 s.

CUTAJAR (Ch.), « Le nouveau droit des saisies pénales », *AJ pénal*, 2012, p. 124 s.

DANET (J.) :

- « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, 1/2003, n° 25, p. 37 s., URL : www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2003-1-page-37.htm.

- « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. V | 2008, mis en ligne le 07 octobre 2008. URL : <http://champpenal.revues.org/6013>.

- « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », *Gaz. Pal.*, 4 mars 2008, n° 64, p. 10 s.

- « Comment a évolué récemment le droit et quelles sont les préoccupations du législateur quand il évoque la « dangerosité des malades mentaux » ? », in : Haute autorité de santé, Audition publique – Textes des experts, *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou*

des troubles de l'humeur, déc. 2010, p. 27 s.

DANET (J.) et SAAS (C.) :

- « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC*, 2007, p. 779.

- « De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse », *Champ pénal*, vol. VII, 2010, mis en ligne le 18 décembre 2010, <http://champpenal.revues.org/7955>.

DANNHORN (R.), « Neue Krankheitslehre für gefährliche Straftäter? - Anmerkungen zur Anwendung des Therapieunterbringungsgesetzes », *StRR*, 2012, p. 297 s.

DARBÉDA (P.), « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *RSC*, 2001, p. 625 s.

DARSONVILLE (A.) :

- « La réitération, ou la consécration légale d'une notion hybride - À propos de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.*, 2006, chron., p. 2116 s.

- « Les sanctions pénales », in : O. Cahn et K. Parrot (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, 12 mars 2012, Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2014, p. 97 s.

DECOCQ (A.), « Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal », *RSC*, 1976, p. 5 s.

DEBUYST (Ch.), « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, vol. 17, n° 2, 1984, p. 7 s.

DELAGE (P.-J.) :

- « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC*, 2007, p. 797 s.

- « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », À propos de Cass. crim., 21 janv. 2009, *RSC*, 2009, p. 69 s.

- « Fragments archéologiques de la défense sociale », in : G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, PUF, 2011, p. 23 s.

DELMAS-MARTY (M.) :

- « Nouveau code pénal, avant-propos », *RSC*, 1993, p. 433 s.

- « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *RSC*, 1994, p. 477 s.

- « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC*, 2007, p. 461 s.

- « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC*, 2009, p. 59 s.

- « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *RSC*, 2010, p. 5 s.

- « Sécurité et dangerosité », *RFDA*, 2012, p. 1096 s.

DESSECKER (A.) :

- « Dangerosité, longues peines de prison et mesures préventives en Allemagne », Séminaire GERN. Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité. Paris, MSH, Vendredi 21 mars 2008, *Champ pénal/Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 08 novembre 2009. URL :

<http://champpenal.revues.org/7507>.

- « Die Sicherungsverwahrung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *ZIS*, 2011, p. 706 s.

- « Etikettenschwindel oder Behandlungsvollzug? Kritik der Sicherungsverwahrung und neues Recht », *ZfRSoz*, 2012/2013, p. 265 s.

DETRAZ (S.) :

- « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC*, 2008, p. 873 s.

- « Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : application dans le temps », *JCP G*, n° 10, 4 mars 2009, II, p. 10043 s.

DETTNER (K.), « Zum Maßregelrecht », *NStZ*, 2014, p. 22 s.

DIGNEFFE (Françoise) et TULKENS (Françoise), « La notion de dangerosité dans la politique criminelle en Europe occidentale », in : Ch. Debuyst, F. Tulkens, *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Masson, 1981, p. 191 s.

DITTMANN (V.), « "Psychische Störung" im Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) und im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung vom 4.5.2011 - Versuch einer Klärung », in: N. Nedopil (dir.), *Die Psychiatrie und das Recht - Abgrenzung und Brückenschlag. Jubiläumsschrift zum vierzigjährigen Bestehen der Abteilung für Forensische Psychiatrie der Psychiatrischen Klinik der Universität München*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, p. 131 s.

DOZOIS (J.), LALONDE (M.), POUPART (J.) :

- « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 4, p. 383 s.

- « Dangerosité et pratique criminologique en milieu adulte », *Criminologie*, vol. 17, n° 2, 1984, p. 25 s.

DREHER (E.), « Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln », *ZStW*, 1953, n° 65, p. 481 s.

DOURNEAU-JOSETTE (P.) et TULKENS (F.), « La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Déviance et société*, 2010, p. 691 s.

DRENKHAHN (K.), « Sicherungsverwahrung für Erwachsene - kritische Betrachtung des neuen Bundesrechts », *Vorgänge*, 2014, n° 1, p. 8 s.

DREYER (W.), « Der Schutz der Gesellschaft vor den gemeingefährlichen Irren », *MschKrim*, 7, 1910/11, p. 26 s.

DREYER (E.) :

- « Un an de droit européen en matière pénale », *Dr. pén.*, 2010, n° 4, chron. 3.

- « Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *JCP G*, n° 37, 12 sept. 2011, doct. 976.

DRILL (D.), « Du rôle de l'élément subjectif dans le délit », *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 10, 1902, p. 282 s.

DÜNKEL (F.), « Ouvrir les prisons pour réduire les tensions et renforcer la réhabilitation : journées de permission et régime de semi-liberté en Allemagne », in Conseil de l'Europe, *Politique pénale en Europe : Bonnes pratiques et exemples prometteurs*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2005, chap. 11, p. 171 s.

DÜNNEBIER (H.), « Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuches », *ZStW*, 1960, n° 72, p. 32 s.

DUPARC (C.), « Application dans le temps de la loi du 25 février 2008 : un retour à l'orthodoxie ? », note sous Cass. crim., 16 déc. 2009, *AJ pénal*, 2010, p. 136 s.

DUROCHÉ (J.-Ph.), « Les dangers pénéitentiaires », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, Dalloz, 2010, p. 281 s.

EICKHOFF (R.), « Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht », *NStZ*, 1987, p. 65 s.

EISEL (L.), « Zum Verhältnis von Freiheitsanspruch und Sicherheitsbedürfnis bei der Fortdauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus », *RuP*, 1986, 31 s.

EISENBERG (U.):

- « Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09.03.2010 (1 StR 554/09, JR 2010, 307) - nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 JGG », *JR*, 2010, p. 14 s.

- « "Feindliche Übernahme" im Jugendstrafrecht? - Zur Situation eines politisch aufgeladenen Rechtsgebiets », *NJW*, 2010, p. 1507 s.

ENDERLIN (C. S.), « La peine de suivi socio-judiciaire ne peut être prononcée pour un meurtre sur mineur de quinze ans », note sous Cass. crim., 18 févr. 2004, *AJ pénal*, 2004, p. 201 s.

ESER (A.), « Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht », in: G. Britz, *Grundfragen staatlichen Strafens : Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Munich, Beck, 2001, p. 213 s.

ESSER (R.), « Sicherungsverwahrung », *JA*, 2011, p. 727 s.

EXNER (F.):

- « Die bessernden und sichernden Maßregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Mitberücksichtigung des schweizerischen Entwurfs von 1918 », (*schw*)*ZStR*, n° 34, 1921, p. 183 s.

- « Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz vom 24. November 1933 », *ZStW*, n° 53, 1934, p. 629 s.

FARINA-CUSSAC (J.), « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *RSC*, 2002, p. 517 s.

FEEST (J.), « Sind wir vor der Sicherungsverwahrung noch zu retten? - Kritik der nachträglichen Therapieunterbringung », *Vorgänge*, 2014, n° 1, p. 33 s.

FELDMAN (J.-Ph.), « Un Minority Report à la française ?. – La décision du 21 février 2008 et la présomption d'innocence », note sous Cons. const., décision n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008, *JCP G*, 2008, II, p. 10077 s.

FERRAND (J.), « Vous avez dit rétention de sûreté ? La victoire posthume de Saleilles et les préventions de la doctrine pénale française à l'encontre du positivisme », in : *Les éclaircisseurs du pénal*, n° 3, L'Harmattan, 2012, p. 193 s.

FIECHTER-BOULVARD (F.) :

- « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *Archives de politique criminelle*, 2009/1, n° 31, p. 263 s.

- « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ pénal*, 2012, p. 67 s.

FORTIS (E.), « Déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental - Application aux procédures en cours », note sous Cass. crim. 16 déc. 2009, n° 09-85.153, *RSC*, 2010, p. 129 s.

FRISCH (W.):

- « Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem. Straftheoretische Einordnung, inhaltliche Ausgestaltung und rechtsstaatliche Anforderungen », *ZStW*, 1991, 102, p. 343 s.

- « Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz », *NStZ*, 2013, p. 249 s.

FROMMEL (M.), « Nachträgliche polizeiliche Sicherungsverwahrung – Geschichte eines bemerkenswerten Tabubruchs », *Kritische Justiz*, 2004, n° 1, p. 81 s.

GAEDE (K.), « Rückwirkende Sicherungsverwahrung - Art. 7 Abs. 1 Satz 2 EMRK als andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB », *HRRS*, 2010, p. 329 s.

GARÇON (É.), « 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.

GÄRDITZ (K. F.):

- « Freiheitsentziehung durch das Bundesverfassungsgericht? », *NVwZ*, 2004, p. 693 s.

- « Gesetzgebungskompetenzfragen der Straftäterunterbringung », *BayVBl*, 2006, p. 231 s.

GARÉ (T.), GOZZI (M.-H.), MIRABAIL (S.), ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « Panorama de droit pénal », *D.*, 2006 p. 1649 s.

GARÉ (T.), MIRABAIL (S.), POTASZKIN (T.), ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « Droit pénal, novembre 2010 – octobre 2011 », *D.*, 2011, p. 2823 s.

GASSIN (R.) :

- « Influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in : *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, t. II, Recueil d'études en

hommage à Marc Ancel, *Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, A. Pedone, 1975, p. 3 s.

- « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 18, 1994, p. 60.

- « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in : *La réinsertion des délinquants : mythe ou réalité ?*, 50^e anniversaire de la réforme Amor, Université d'été, Aix-en-Provence, 18-21 septembre 1995, PUAM, 1996, p. 49 s.

- « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC*, 1996, p. 155 s.

- « La criminologie clinique de Jean Pinatel et la criminologie clinique actuelle », *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 37, 1999, p. 19 s.

GAUTRON (V.), « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJ pénal*, 2009, p. 53 s.

GHEOGHIEV (C.), RAFFRAY (P.), de MONTLEAU (F.), « Dangerosité et maladie mentale », *L'Information Psychiatrique*, vol. 84, 2008, n° 10, p. 941 s.

GIACOPELLI (M.), « Le droit de la peine existe-t-il toujours ? », in : L. Saenko (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 202 s.

GIESE (D.), « Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 1967 », *NDV*, 1968, p. 123 s.

GIUDICELLI (A.), « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate », *RSC*, 2009, p. 136 s.

GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2010, p. 69 s.

GOLL (U.) et WULF (R.) « Schutz vor besonders rückfallgefährdeten Straftätern: Das baden-württembergische Modell », *ZRP*, 2001, p. 284 s.

GRABENWARTER (Ch.), « Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland », *JZ*, 2010, p. 857 s.

GRANGER (M.-A.), « Existe-t-il un "droit fondamental à la sécurité" ? », *RSC*, 2009, p. 273 s.

GREGER (A.), « Herausforderung Sicherungsverwahrung - Wie die Praxis mit der Entscheidung des EGMR (M. gegen Deutschland) umgehen kann », *NStZ*, 2010, p. 676 s.

GRIFFON (L.), « La computation de la période de sûreté », *AJ pénal*, 2013, p. 591 s.

GRISPIGNI (F.), « Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté », *RIDP*, 1953, p. 760 s.

GROTE (J.) et SCHÄFERSKÜPPER (M.), « Vollzug der Sicherungsverwahrung - Aktuelle Entwicklungen », *NStZ*, 2013, p. 447 s.

GROSCLAUDE-HARTMANN (A.), « Modalités et régime de la nouvelle peine : la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve », *Gaz. Pal.*, 22-23 mai 2015, Numéro spécial « *La réforme pénale. Journée d'étude sur la loi du 15 août 2014* », n° 142 à 143, p. 22 s.

GROSSET (M.) et VIALETES (M.), « L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement. - De quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1 janvier 2013 », *JCP G*, n° 6, 4 fév. 2013, doct. 157.

GROß (K.-H.):

- « Die gesetzliche Regelung des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe - ein Auftrag des Bundesverfassungsgerichts », *BewHi*, 1978, p. 99 s.

- in: O. Hohmann, C. D. Classen, K. Miebach *et al.* (dir.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, Munich, Beck, 2^e éd., 2012, § 68; § 68a; § 145a.

GRÜNWALD (G.), « Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf von 1962 », *ZStW*, 1964, 76, p. 633 s.

LE GUNEHEC (F.), « Dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 », *JCP*, n° 27, 1998, p. 1193 s.

HALL (J.), in: H.-H. Jescheck, Th. Würtenberger (dir.), *Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1958, p. 127.

HALL (K. A.), « Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe », *ZStW*, n° 70, 1958, p. 41 s.

HIMMELREICH (K.) et HALM (W.), « Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und -bußgeldsachen – Überblick 1. 4. 2010 – 31. 3. 2011 », *NStZ*, 2011, p. 440 s.

HAMANN (A.), « "Die verfassungsmäßige Ordnung" », *BB*, 1957, p. 229 s.

HARDING (T. W.), « Du danger, de la dangerosité et de l'usage médical de termes affectivement chargés », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 4, p. 331 s.

HERRMANN (J.) :

- « Le doute profite à la sécurité – Dangerosité et droit pénal en Allemagne », in : G. Giudicelli-Delage et Ch. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, PUF, 2011, p. 143 s.

- « Les lois "faits-divers". Approche de droit comparé franco-allemand », in : *Le droit face à l'urgence*, Actes d'un colloque du 4 déc. 2014 à Strasbourg, Mare & Martin, 2015, à paraître.

HERVIEU (N.), « Un retentissant satisfecit strasbourgeois à destination de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la rétention de sûreté », in : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 10 juin 2011 : <http://revdh.org/2011/06/10/droit-a-la-liberte-et-a-la-surete-art-3-cedh-un-retentissant-satisfecit-strasbourgeois-a-destination-de-la-jurisprudence-constitutionnelle-allemande-sur-la-retention-de-surete/>.

HERZOG (F.) « Aus dem Verkehr ziehen - Eine Maßnahme der allgemeinen

Verbrechensbekämpfung? », *StV*, 2004, p. 151 s.

HERZOG-EVANS (M.) :

- « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.*, 2006, chron., p. 182 s.
- « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ pénal*, 2007, p. 357 s.
- « Rétroactivité des lois imposant le soin : pas au-delà de l'entrée en vigueur du suivi socio-judiciaire », *AJ pénal*, 2007, p. 532 s.
- « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ pénal*, 2008, p. 161 s.
- « Application dans le futur et pour le passé des mesures de sûreté sur fond de principe de précaution », note sous CA Versailles, 1^{er} avr. 2008, *AJ pénal*, 2008, p. 323 s.
- « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté : l'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines », *D.*, 2008, chron., p. 3098 s.
- « Conflit de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? », *AJ pénal*, 2009, p. 124 s.
- « À nouveau la rétroactivité pour des faits antérieurs à la loi "suivi socio-judiciaire" », sous Cass. crim., 2 sept. 2009, *AJ pénal*, 2009, p. 498 s.
- « Le premier placé sous PSEM à Paris restreint à un pâté de maison », commentaire de l'arrêt rendu par la CA Bordeaux, 29 mai 2009, *AJ pénal*, 2009, p. 509 s.
- « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *D.*, 2009, p. 2146 s.
- « La première surveillance de sûreté prend fin », sous Juridiction nationale de la rétention de sûreté, 1^{er} juillet 2010, *AJ pénal*, 2010, p. 559 s.
- « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.*, 2013, chron. p. 720 s.
- « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal*, 2012, p. 75 s.
- « Récidive et surpopulation : pas de baguette magique juridique », *AJ pénal*, 2013, p. 136 s.
- « Périodes de sûreté : retour à la raison », *AJ pénal*, 2014, p. 436 s.
- « Loi Taubira : derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu », *AJ pénal*, 2014, p. 456.
- « Récidive : "À elle seule, la statistique est très insuffisante" », Propos recueillis par Marine Babonneau, *Dalloz actu.*, 13 mai 2014.

HEUYER (G.), « Le récidivisme », in : *L'évolution du droit criminel contemporain : recueil d'études à la mémoire de Jean Le Bret*, PUF, 1968, p. 111 s.

HÖFFLER (K.), « Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff », *StV*, 2014, p. 168 s.

HÖFFLER (K.) et STADTLAND (C.), « Mad or bad? - Der Begriff "psychische Störung" des ThUG im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR », *StV*, 2012, p. 239 s.

HOLTZ (M.), « Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen », *MDR*, 1993, p. 1038 s.

HÖRNLE (T.):

- « Verteidigung und Sicherungsverwahrung », *StV*, 2006, p. 383 s.
- « Der Streit um die Sicherungsverwahrung », - Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des

BVerfG vom 4. 5. 2011 – *NStZ*, 2011, 450, *NStZ*, 2011, p. 488 s.

JAAFARI (N.), PAILLARD (C.), SENON (J.-L.), VOYER (M.), « Dangerosité psychiatrique et prédictivité », *L'Information Psychiatrique*, vol. 85, 2009, n° 8, p. 745 s.

JAAFARI (N.) et SENON (J.-L.), « La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté : ne faudrait-il pas clarifier et établir des priorités dans les rapports entre psychiatrie et justice ? », *L'Information psychiatrique*, 2008, vol. 84, n° 6, p. 511 s.

JACOPIN (S.), « La dangerosité saisie par le droit pénal », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, Dalloz, 2010, p. 225 s.

JAKOBS (G.):

- « Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) », in: A. Eser, W. Hassemer et B. Burkhardt, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 3.- 6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, Munich, 2000, p. 47 s.

- « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC*, 2009, p. 7 s.

JANSEN (G.), « Sexualstrafrecht – ein Fall der Aussagepsychologie », *StraFo*, 2005, p. 233 s.

JEHLE (J.-M.), in: H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier (dir.), *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, Heymann, 2009, § 68.

JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *Droit et pouvoir*, t. I, La validité, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 253 / *D.*, 1986, chron. 197.

JEAN (J.-P.), « Les transformations de la politique criminelle envers les usagers de stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007 », *AJ pénal*, 2010, p. 182 s.

JIMENEZ DE ASUA (L.), « La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine (considérations de droit comparé) », *RSC*, 1954, p. 21 s.

JUNG (H.), « Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK, Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 17.12.2009 », *GA*, 2010, p. 639 s.

JUSSEAUME (Ph.), « L'expertise psychiatrique, ses pièges, ses limites... », *AJ pénal*, 2012, p. 70 s.

KAHL (W.) et von LISZT (F.), « Eine Vorfrage zur Revision des Strafgesetzbuches », in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, VII, n° 13, 1902, p. 301 s.

KALUSZYNSKI (M.), « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. V | 2008, mis en ligne le 07 octobre 2008. URL : <http://champpenal.revues.org/6183>.

KAMLAH (R.), « Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht », *DÖV*, 1970, p. 361s.

KAMMEIER (H.), « Einfluss und Funktion des Betreuungsrechts im Maßregelvollzug - Eine notwendige und differenzierende Betrachtung », *BtPrax*, 2012, p. 140 s.

van de KERCHOVE (M.) :

- « Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage », *RDPC*, 1976-1977, p. 245 s.
- « Culpabilité et dangerosité - Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité », in : Ch. Debuyst et F. Tulkens (dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Genève, Masson, 1981, p. 291 s.
- « Les fonctions de la sanction pénale », *Informations sociales*, 7/ 2005, n° 127, p. 22 s., URL : www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-7-page-22.htm.
- « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, p. 805 s.

KEMME (S.), « "Doppelt hält besser?" Zum praktischen (Un)Sinn des Festhaltens an der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe. Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 124/13 (Urteil vom 24.10.2013) = HRRS 2013 Nr. 1043 », *HRRS*, 2014, n° 5, p. 174 s.

KINZIG (J.):

- « Der Hang zu erheblichen Straftaten und was sich dahinter verbirgt », *NStZ*, 1998, p. 14 s.
- « Schrankenlose Sicherheit? - Das Bundesverfassungsgericht vor der Entscheidung über die Geltung des Rückwirkungsverbots im Maßregelrecht », *StV*, 2000, p. 330 s.
- « Nachträgliche oder vorbehaltene Sicherungsverwahrung. Tragfähiges Konzept oder populärer Aktionismus? », in: *Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen: Sicherheit durch Strafe? Öffentlicher Strafanspruch zwischen Legalitätsprinzip und Opferinteresse*, 26. Strafverteidigertag, Mainz, 2002, p. 89 s.
- « Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung », *NJW*, 2002, p. 3204 s.
- « Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? - Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung », *NStZ*, 2004, p. 655 s.
- « An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG », *NJW*, 2004, p. 911 s.
- « Zur Verfassungsmäßigkeit der gefährlichkeitsbedingten Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe und zu deren Anforderungen », *JR*, 2007, p. 165 s.
- *Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages* (intervention écrite au Bundestag), 28 mai 2008.
- « Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland », *NStZ*, 2010, p. 233 s.
- « Zur Frage der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung - Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 09.03.2010 - 1 StR 554/09 », *JZ*, 2010, p. 689 s.
- « Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *NJW*, 2011, p. 177 s.
- « Stand und Zukunft der Sicherungsverwahrung », *StraFo*, 2011, p. 429 s.

KINZIG (J.) et STREE (W.), in :

- A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, 28^e éd., Beck, 2010, § 67d; § 68f; § 68e.
- A. Schönke et H. Schröder (dir.), *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, 29^e éd., Beck, 2014, § 66a, § 66b; § 67 e; § 70, § 70a, § 70b; § 71; § 72.

KLUGER (J.), « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 1995, p. 505 s.

KOERING-JOULIN (R.) et TRUCHE (P.), « Retour sur le champ pénal européen », in : *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 513 s.

KOHLRAUSCH (E.), « Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand », *ZStW*, 1924, n° 44, p. 21 s.

KOLLER (M.), « Neuordnung der Sicherungsverwahrung », *DRiZ*, 2011, p. 127 s.

KOTZ (P.):

- « "Unerreichbarkeit" einer Beweisperson bei fehlender Preisgabe ihrer Identität durch die Behörde », *StV*, 1981, p. 591 s.

- « Sicherungsverwahrung nach neuem Recht und Therapieunterbrechung gestörter Gewalttäter », *ZAP*, Fach 22, 2011, p. 547 s.

KRASNEY (O. E.), « Zur Verfassungswidrigkeit des § 26 Bundessozialhilfegesetz », *DÖV*, 1968, p. 826 s.

KREHL (Ch.), « Die Einstellung des Privatklageverfahrens wegen geringer Schuld (§ 383 II StPO) », *NJW*, 1988, p. 3254 s.

KREUZER (A.):

- « Die Haschisch-Entscheidung des BVerfG », *NJW*, 1994, p. 2400 s.

- « Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht angesichts divergierender Urteile des BGH und EGMR - Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 9.3.2010 - 1 StR 554/09 », *NStZ*, 2010, p. 473 s.

- « Beabsichtigte bundesgesetzliche Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung », *ZRP*, 2011, p. 7 s.

- « Neuordnung der Sicherungsverwahrung : Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze », *StV*, 2011, p. 122 s.

KRÜGER (M.), « Nachträgliche Sicherungsverwahrung - Nachruf und Ausblick », *NJ*, 2004, p. 295 s.

KRUMM (C.), « Ausnahmen vom Entzug der Fahrerlaubnis und vom Fahrverbot », *ZRP*, 2010, p. 11 s.

KÜCHENHOFF (G.), « Zuständigkeitsgrenzen in der Jugend- und Sozialhilfe », *NJW*, 1968, p. 433 s.

KÜHL (K.), « Rückschlag für die Unschuldsvermutung aus Straßburg », *NJW*, 1988, p. 3233 s.

KUPFERBERG (C. A.), « La *Sicherungsverwahrung* ou la rétention de sûreté allemande », *Dr. pén.*, 2008, étude 8.

LACROIX (C.) :

- « Rétention de sûreté et déclaration d'irresponsabilité pénale », *D.*, 2008, actualité

législative, p. 148 s.

- « Rétenion de sûreté : le consensus des deux assemblées », *D.*, 2008, actualité législative, p. 404 s.

LAINGUI (A.), « L'homme criminel dans l'Ancien Droit », *RSC*, 1983, p. 15 s.

LAMEYRE (X.) :

- « Pour une éthique des soins pénalement obligés », *RSC*, 2001, p. 524 s.

- « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *RSC*, 2002, p. 558 s.

de LAMY (B.) :

- « Principe d'individualisation des peines : la personnalité du condamné n'est qu'un critère parmi d'autres », in : « Chronique de droit pénal constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 136 s.

- « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.

- « La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux », *Dr. pén.*, n° 9, 2011, étude 12.

- « Le Code pénal : consolidé ou fragilisé par le droit constitutionnel ? », in : L. Saenko (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 21 s.

LARGUIER (J.), « Le juge et l'astrologue », *JCP*, 1963, I, 1744.

LAUBENTHAL (K.), « Die Renaissance der Sicherungsverwahrung », *ZStW*, n° 116, 2004, p. 703 s.

LAUE (Ch.), « Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand - Zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. vs. Deutschland vom 17.12.2009 - 19359/04 », *JR*, 2010, 198 s.

LAVIELLE (B.) :

- « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *RSC*, 1999, p. 35 s.

- « Une peine infinie (libres propos sur la rétenion de sûreté) », *Gaz. Pal.*, 4 mars 2008, n° 64, p. 2 s.

- « La peine, demain comme aujourd'hui ? », *AJ pénal*, 2013, p. 186 s.

LAZERGES (Ch.) :

- « La dérive de la procédure pénale », *RSC*, 2003, p. 644.

- « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *RSC*, 2006, p. 183 s.

- « La rétenion de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731.

- « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *RSC*, 2009, p. 689 s.

- « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in : Geneviève Giudicelli-Delage, Christine Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, PUF, 2011, p. 79 s.

- « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC*, 2011, p. 725 s.

- « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC*, 2012, p. 274 s.

LEBLOIS-HAPPE (J.):

- « Rétenion de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ pénal*, 2008, p. 209 s.

- « 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.

- « Y a-t-il encore une fin à la répression ? », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 389 s.

- « Sicherungsverwahrung und Grundrechte », in: J. Masing et O. Jouanjan (dir.), *Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwahrung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 119 s.

- « Le Code pénal et le droit européen : harmonie ou cacophonie ? », in : L. Saenko (dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 37 s.

- « La redéfinition des finalités et fonctions de la peine – vers des principes directeurs en matière de peine ? », *Gaz. Pal.*, 22-23 mai 2015, Numéro spécial « *La réforme pénale. Journée d'étude sur la loi du 15 août 2014* », n° 142 à 143, p. 10 s.

LEBLOIS-HAPPE (J.), PIN (X.), WALTHER (J.) :

- « Chronique de droit pénal allemand », *RIDP*, 2005, vol. 76, p. 149 s.

- « Chronique de droit pénal allemand », *RIDP*, 2006, vol. 77, p. 739 s.

- « Chronique de droit pénal allemand », *RIDP*, 2011, Vol. 82, p. 191 s.

LEGRAS (A.), « L'injonction thérapeutique entre les mains du parquet : quel cadre d'intervention ? », *AJ pénal*, 2013, p. 329 s.

LELIEUR-FISCHER (J.), « La règle ne bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive », *Droit et Justice*, 2007, n° 26, p. 13 s.

LEMEYRE (X.), « Les dangers de la notion de dangerosité », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, Dalloz, 2010, p. 311 s.

LEMONDE (M.), « L'article 64 est-il incurable ? », *RSC*, 1992, p. 521 s.

LÉNA (M.), « Computation de la période de sûreté et pluralité de peines : le verdict de la chambre criminelle », *Dalloz actu.*, 26 juin 2014.

LETURMY (L.), « La répression de la délinquance sexuelle », in : M. Massé, J.-P. Jean et A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 137 s.

LEVASSEUR (G.) :

- « Chronique de défense sociale - Le problème des délinquants anormaux », *RSC*, 1955, p. 363 s.

- « Une mesure qui va prendre son vrai visage : l'interdiction de séjour », *RSC*, 1956, p. 1 s.

- « De la minimisation de l'enquête de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », *RSC*, 1961, p. 83 s.

LÉZÉ (S.), « Les Politiques de l'expertise psychiatrique. Enjeux, démarches et terrains », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Séminaire du GERN. Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité, Version française, mis en ligne le 06 novembre 2008. URL : <http://champpenal.revues.org/6733>.

LIEBER (T.), « Kompetenzüberschreitung in Karlsruhe - Das Bundesverfassungsgericht und der Rechtsstaat », *FoR*, 2005, p. 20 s.

LIEPMANN (M.), « Strafrechtsreform und Schulenstreit », *ZStW*, vol. 28, 1908, p. 1 s.

LIEVENS (P.), « L'apport de la psychiatrie à l'utilisation du concept de personnalité dangereuse », in : Ch. Debuyst et F. Tulkens (dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Masson, 1981, p. 35 s.

von LISZT (F.), « E. F. Klein und die unbestimmte Verurteilung », in : *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2, 1892 bis 1904*, De Gruyter, 1970, p. 156 s.

LOPEZ-REY (M.), « Quelques réflexions sur le danger de la notion de dangerosité », in : Ch. Debuyst et F. Tulkens (dir.), *Dangerosité et justice pénale, ambiguïté d'une pratique*, Genève, Masson, 1981, p. 327 s.

LOTZ (L.), « Der gefährliche Gewohnheitsverbrecher », *Kriminalistische Abhandlungen*, vol. 41, Leipzig, Dr. E. Wiegandt, 1939, p. 15 s.

LUDWICZAK (F.), « Essai de conceptualisation nouvelle d'une notion ancienne : la récidive », *R.P.D.P.*, 2009, n° 2, p. 305.

MAHLER (J.) et PFÄFFLIN (F.), « Die psychische Störung im ThUG », *RuP*, 2012, p. 130 s.

MALABAT (V.) :

- « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », *Dr. pén.*, n° 12, déc. 2004, étude 17.

- « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.

- « Les alternatives à la détention », *RPDP*, 2009, p. 399 s.

- « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? », in : C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, coll. L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p. 69 s.

- « Droit à la sûreté et droit pénal », in : L. Garrido (dir.), *Le droit à la sûreté, État des lieux, État du droit*, Actes de la journée d'étude organisée le 29 avril 2011 par le Cerdaré de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, coll. Actes et Études, Cujas, 2012, p. 43 s.

MANZANERA (C.) et SENON (J.-L.) :

- « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *AJ pénal*, 2007, p. 367 s.

- « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2008, p. 176 s.

MARSCHNER (R.), « Folgerungen aus dem Beschluß des BVerfG zum Fall Paul L Stein »,

RuP, 1986, p. 18 s.

MARTIN (P.-M.), « L'endroit du non-lieu », *Revue freudienne*, n° 52 (« Avoir droit »), Dunod, 1993, p. 173.

MASCALA (C.), « Rapport de synthèse », in : Sylvain Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 273 s.

MASSIAS (F.), « Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 89 s.

MATHIEU (B.), « 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, *JCP G*, 2008, n° 11, act. 166, p. 4.

MATSOPOULOU (H.) :

- « La confiscation dans le nouveau code pénal », *RSC*, 1995, p. 301 s.

- « 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.*, avril 2008, n° 4, étude 5.

- « L'application non rétroactive des "peines" frappant désormais les délinquants aliénés », *D.*, 2009, p. 1111 s.

- « 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.*, n° 2, févr. 2010, étude 4.

- « Réforme pénale. - La nouvelle peine de "contrainte pénale" est-elle nécessaire ? », *JCP G*, n° 44, 28 oct. 2013, doct. 1153.

MAYAUD (Y.) :

- « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », *AJ pénal*, 2004, p. 303 s.

- « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.*, 2008, p. 1359 s.

MBANZOULOU (P.) :

- « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2008, p. 171 s.

- « Quelles incidences possibles de la loi de rétention de sûreté sur les pratiques professionnelles pénitentiaires ? », *AJ pénal*, 2008, p. 400 s.

MEIER-BECK (P.), « Schuld und Generalprävention im Vollzug der Freiheitsstrafe », *MDR*, 1984, p. 447 s.

MERCADAL (B.), « L'amnistie des interdictions professionnelles », *D.*, 1993, p. 141 s.

MERK (H.), « Ländergesetze zur nachträglichen Sicherungsverwahrung - Beispiel für verfassungswidrigen symbolischen Aktionismus », *KritV*, 2004, p. 150 s.

MERLE (R.), « La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970 », *RSC*, 1971, p. 567 s.

MÉSA (R.), « Les mesures de sûreté post sententiam privatives et restrictives de liberté dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 839 s.

METZMACHER (A.) et OLZEN (D.), « Zulässigkeit der Zwangsbehandlung untergebrachter Personen », *BtPrax*, 2011, p. 233 s.

de MEYER (J.), « Article 5 », in : L.-E. Pettiti, E. Decaux, et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Économica, 1995, p. 190 s.

MEZGER (E.) :

- « Strafgesetzentwürfe », in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Folge, Band 20, Munich, 1923, p. 156 s.

- « Täterstrafrecht », *DStR*, 1934, 1, p. 145 s.

MILDE (O.), « Zwischen Klarheit und Verwirrung - Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur nachträglichen Sicherungsverwahrung », *HRRS*, 2006, p. 380 s.

MISTRETTA (P.) :

- « Les mesures de sûreté, tu ne dénigreras pas », note sous Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *JCP G*, n° 5, 1^{er} févr. 2010, p. 117.

- « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », À propos de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JCP G*, n° 9, 27 févr. 2008, act. 145.

MÖLLERS (M. H. W.), « Die "Einkesselung" des EGMR durch BVerfG und BGH bei der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung – "Präventionshaft" als Instrument grenzenloser Sicherheit? », *ZRP*, 2010, p. 153 s.

MORAND (Ch.-A.), « La sanction », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 312 s.

MOREAU (D.) et PROTAIS (C.), « L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé », *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie* [En ligne], Vol. VI | 2009, mis en ligne le 24 octobre 2009. URL : <http://champpenal.revues.org/7557>.

MORGENSTERN (Ch.), « Krank – gestört – gefährlich: Wer fällt unter § 1 Therapieunterbringungsgesetz und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK? », *ZIS*, 2011, p. 974 s.

MORGENSTERN (Ch.), MORGENSTERN (Ch.), DRENKHAHN (K.), « Psychisch Kranke, psychisch Gestörte und gefährliche Gesunde: Überlegungen zum Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) », *Landkreis*, 2011, p. 133 s.

MORVAN (P.), « La criminologie est-elle la grande oubliée du Code pénal ? », in : L. Saenko

(dir.), Préf. de M. Delmas-Marty, *Le nouveau Code pénal : 20 ans après. État des questions*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 223 s.

MOSBACHER (A.):

- « Das aktuelle Recht der Sicherungsverwahrung im Überblick », *HRRS*, 2011, p. 229 s.

MÜLLER-DIETZ (H.):

- « Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB », *NStZ*, 1983, 3, p. 145 s.

- « Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung », *JR*, 1987, p. 45 s.

- « Arbeit und Arbeitsentgelt für Strafgefangene - BVerfG, NJW 1998, 3337 », *JuS*, 1999, p. 952 s.

MÜLLER-EMMERT (A.), « Resozialisierung als Verfassungsauftrag », *DRiZ*, 1976, p. 65 s.

MUNOZ CONDE (F.), « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *RSC*, 2009, p. 19 s.

MUSHOFF (T.):

- « Im Zweifel gegen die Freiheit..., Einige Überlegungen zur (nachträglichen) Sicherungsverwahrung », *Arbeit Ausgrenzung und Ausbeutung*, 2003, n° 4, p. 131 s.

- « Sicherungsverwahrung und Rückwirkungsverbot - Gesetzesdefinitorische oder wirkungsorientierte Betrachtung? - Plädoyer für eine wirkungsorientierte Interpretation grundrechtsgleicher Rechte im Bereich des Strafrechts », *KritV*, 2004, p. 137 s.

von MUTIUS (A.), « Zu den Schranken der Kunstfreiheit sowie zur Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts gegenüber », *VerwArch*, 63, 1972, p. 75 s.

NEUBACHER (F.), « Absehen von der Anordnung von Sicherungsverwahrung », *NStZ*, 2001, p. 322 s.

NUVOLONE (P.), « Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale », *RSC*, 1956, p. 231 s.

OSTENDORF (H.), in: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen (dir.), *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 4^e éd., 2013, Remarques préliminaires sur les §§ 68 à 68g; § 68; § 68b; § 68e; § 68g.

PARIZOT (R.) :

- « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme », in : G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, coll. Les voies du droit, PUF, 2011, p. 97 s.

- « Prévention du meurtre : la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin ? », *D.*, 2013, p. 188 s.

- « L'anticipation de la répression », in : Olivier Cahn et Karine Parrot (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, 12 mars 2012, Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2014, p. 123 s.

PASCAL (J.-C.), « Comment définir la "dangerosité psychiatrique" dans le champ des dangerosités ? », in : HAS, *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou des*

troubles de l'humeur, Audition publique du 10 déc. 2010, textes des experts, p. 19 s.

PASSEK (I. K.), « Sicherungsverwahrung im Wandel - Neuregelungen der §§ 66, 66a und 66b StGB », *GA*, 2005, p. 96 s.

PEGLAU (J.):

- « Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe », *NJW*, 2000, p. 2980 s.
- « Das BVerfG und die Sicherungsverwahrung – Konsequenzen für Praxis und Gesetzgebung », *NJW*, 2011, p. 1924 s.
- « Erhöhte Anforderungen bei der Anwendung des § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB in Altfällen », *jurisPR-StrafR*, 14/2011, Anm. 2.
- « Konkretisierung des Begriffs der "psychischen Störung" i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG », note sous BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, *jurisPR-StrafR*, 22/2011, comm. 2.
- « Das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung », *JR*, 2013, p. 249 s.
- « Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 EGMRK », *JR*, 2014, p. 537 s.
- « Vollstreckung einer nicht aussetzbaren Restfreiheitsstrafe nach Erledigung der Maßregel wegen Unverhältnismäßigkeit », à propos de OLG Düsseldorf, 2. Strafsenat, 12 déc. 2013, III-2 Ws 576/13, *jurisPR-StrafR*, 3/2014, Anm. 3.

PELTIER (V.) :

- « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. pén.*, n° 3, mars 2011, étude 4.
- « QPC et individualisation de la sanction », in : *Problèmes actuels de science criminelle* », vol. XXIII, PUAM, 2012, 258 p., p. 103 s.
- « Interdiction professionnelle et principe du non-cumul des peines », *Dr. pén.*, n° 4, avr. 2014, comm. 68.
- « Nature et régime de l'inscription au FIJAIS », *Dr. pén.*, 2014, comm. 152.
- « Les "boîtes à outils" de Madame Taubira. - À propos de la loi du 15 août 2014 », *JCP G*, n° 36, 1^{er} sept. 2014, p. 883 s.

PENA (A.), « Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne », *RFDA*, 2011, p. 951 s.

PESTALOZZA (Ch.), « Die wider Willen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung », *JZ*, 2004, p. 605 s.

PETERS (V. K.), « Franz Exner », in: F. Elsener, *Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, 1977, p. 153 s.

PETERS (K.), « Zur Frage der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Glaubensfreiheit auf die Bestrafung wegen unterlassener Hilfeleistung », *JZ*, 1972, p. 85 s.

PETERS (M.) et ROSENAU (H.), « Zur Verfassungsmäßigkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherheitsverwahrung », *JZ*, 2007, p. 584 s.

PIN (X.) :

- « L'irresponsabilité pénale (Réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8

du Code pénal) », in : V. Malabat, B. De Lamy et M. Giacomelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 51 s.

- « L'internement de sûreté en Allemagne : une mesure de défense sociale à la dérive », *Déviance et Société*, 2010/4, Vol. 34, p. 527-545.

- « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *RPDP*, 2011, p. 83 s.

- « Quelques réflexions sur l'hybridation des peines », in : *La cohérence des châtiments, Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10, Dalloz, 2012, p. 81 s.

PINATEL (J.) :

- « Chronique pénitentiaire », *RSC*, 1946, p. 142 s.

- « Les rapports de la personnalité et du crime », Conférence faite le 18 mars 1955 à l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, *RSC*, 1955, p. 437 s.

- « Les aspects statistiques du récidivisme », *RSC*, 1955, p. 110 s.

- « Le point de vue criminologique et pénologique », in : « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale nouvelle », *RSC*, 1964, p. 757 s.

- « La pensée criminologique aux XVII^e et XVIII^e siècle », *RSC*, 1978, p. 407 s.

- « L'examen médico-psychologique et social de l'inculpé suivant l'expérience française », *Annales Internationales de Criminologie*, 1981, p. 108 s.

PIRES (A. P.), « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in : Ch. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie, A. P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Première partie : « La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII^e siècle », Chapitre 3, De Boeck, 1998, p. 83 s.

PLAWSKI (S.), « La nouvelle loi pénitentiaire », *RPDP*, 1979, p. 31 s.

POLLÄHNE (H.):

- « Trendwende im Strafrecht? – Aktuelle Entwicklungen im Maßregelrecht unter besonderer Berücksichtigung der Sicherungsverwahrung », *SchlHA*, 2005, p. 135 s.

- « Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? - Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung », *KJ*, 2010, p. 255 s.

- « Vollstreckung und Vollzug der Sicherungsverwahrung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung », *StV*, 2013, p. 249 s.

- in : Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 4^e éd., 2013, StGB § 67; § 70; § 70b.

PONCELA (P.) :

- « Éclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in : F. Blondieau *et al.* (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Vol. 1 de Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris: Série Philosophie du droit, PUF, 1983, p. 11 s.

- « Introduction à une approche philosophique de la sanction », *Archives de politique criminelle*, n° 7, 1984, p. 53 s.

- « Le droit pénal en folie ou l'impossible vérité », *RSC*, 1986, p. 61 s.

- « Livre I du nouveau code pénal. Dispositions générales », *RSC*, 1993, p. 455 s.

- « Perpétuité, sûreté réelle », *Hommes et libertés*, nov. 2001, n° 116.

- « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC*, 2007, p. 883 s.

- « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in : P.

Mbanzoulou *et al.* (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 93 s.

- « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *RSC*, 2014, chron. p. 611 s.

PRADEL (J.) :

- « Une nouvelle mesure de sûreté à la disposition du juge d'instruction : le contrôle judiciaire », in : *XII^{èmes} Journées franco-belgo-luxembourgeoises de Droit pénal*, Poitiers, 1970, PUF, p. 165 s.

- « Vers le retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *D.*, 1987, chron., p. 5 s.

- « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », Commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les « peines plancher », *D.*, 2007, Chron. p. 2247 s.

- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.*, 2008, p. 1000 s.

- « En droit pénal, quels sont les fondements de l'expertise psychiatrique pénale ? », in : J. L. Senon, J. C. Pascal, G. Rossinelli, *Expertise psychiatrique pénale : audition publique des 25 et 26 janvier 2007*, Textes des experts, Montrouge, John Libbey, 2008, p. 73 s.

- « Le grand retour des mesures de sûreté en matière de criminalité sexuelle ou violente », in : Sylvain Jacopin (dir.), *Le renouveau de la sanction pénale: évolution ou révolution ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 41 s.

- « Mesures de sûreté privatives de liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2010, p. 737 s.

- « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule », *D.*, 2013, p. 725 s.

- « Un législateur bien imprudent. - À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G*, n° 38, 15 sept. 2014, doct. 952.

PRADEL (J.) et SENON (J.-L.), « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles », Commentaire de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, *RPDP*, 1998, n° 3-4, p. 208 s.

PRATT (J.), « Dangerosité, risque et technologies du pouvoir », *Criminologie*, vol. 34, n° 1, 2001, p. 101 s.

PRIOU-ALIBERT (L.), « Infraction sexuelle : automaticité de l'inscription au fichier », sous Cass. crim., 17 févr. 2010, *D.*, 2010, p. 831 s.

QUINTANE (G.), « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in : G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009, p. 5 s.

QUINTILIANO SALDANA (M.), « Peines et mesures de sûreté (Un épilogue au Congrès de Bruxelles) », *RIDP*, 1927, p. 7 s.

RAPPARD (Ph.), « Folie et responsabilité juridique », *Information psychiatrique*, 1977, vol. 53, n° 2, p. 161 s.

RASSAT (M.-L.), « Création d'une peine dite incompressible », *RSC*, 1994, p. 778 s.

RASSAT (M.-L.) et ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « À propos de l'article 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *D.*, 2006, tribune, p. 593 s.

RAU (I.) et ZSCHIESCHACK (F.), « Nova im Sinne des § 66b StGB in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts », *JR*, 2006, p. 477 s.

RAZAC (O.) :

- « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des "nouvelles mesures de sûreté" », *AJ pénal*, 2008, p. 397 s.

- « Mesures de sûreté et travail social pénitentiaire », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VIII | 2011, mis en ligne le 29 juin 2011, consulté le 08 novembre 2013. URL : <http://champpenal.revues.org/8123> ; DOI : 10.4000/champpenal.8123.

REBUT (D.), « Le retour des mesures de sûreté », *D.*, 1998, p. 495 s.

RENAUT (M.-H.) :

- « Une technique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC*, 2000, p. 319 s.

- « Les avatars de l'interdiction de séjour (XIX^{ème}, XX^{ème} et XXI^{ème} siècle) », *RSC*, 2001, p. 307 s.

RENNEVILLE (M.), « La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne (1843-1924) », *Criminocorpus* [En ligne], Histoire de la criminologie, 1. La revue et ses hommes, mis en ligne le 01 janvier 2005, consulté le 28 juillet 2015. URL : <http://criminocorpus.revues.org/112> ; DOI : 10.4000/criminocorpus.112.

RENUCCI (J.-F.), « Mesures générales et/ou individuelles : l'ingérence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2011, p. 193 s.

RENZIKOWSKI (J.):

- « Zur Verfassungsmäßigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht », *NStZ*, 2010, p. 506 s.

- « Die Sicherungsverwahrung nach den §§ 66 ff. StGB auf dem Prüfstand - zum Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 in der Beschwerdesache Mücke gegen Deutschland », *AL*, 2010, p. 220 s.

- « Kein "Wegsperrten für immer" - Zum Urteil des BVerfG vom 4. Mai 2011 zur Sicherungsverwahrung », *AL*, 2011, p. 401 s.

- « Abstand halten! – Die Neuregelung der Sicherungsverwahrung », *NJW*, 2013, p. 1638 s.

RISSING-VAN SAAN (R.), « Neuere Aspekte der Sicherungsverwahrung im Kontext der Rechtsprechung des EGMR », in: M. Heinrich *et al.* (dir.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin*, vol. 2, De Gruyter, Berlin, 2011, p. 1173 s.

ROBERT (J.-H.) :

- « L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier. Droit pénal et procédure pénale*, Grenoble, PUG, 1993, p. 241 s.

- « Les murailles de silicium », Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *JCP G*, n° 9, 1^{er} mars 2006, I, p. 116 s.

- « Le plancher et le thérapeute », Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, *Dr. pén.*, 2007, étude 20.

- « Adoption par les députés du projet de loi sur la rétention de sûreté », *Dr. pén.*, 2008, p. 4 s.
- « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.
- « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », *JCP G*, n° 1, 10 janv. 2011, p. 15 s.
- « Réforme pénale. - Punir dehors, Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *Dr. pén.*, n° 9, sept. 2014, étude 16.
- « Nouvelles peines. – Punir en milieu libre », *JCP G*, 2014, 934, p. 1605 s.

RODE (I. A.), « Rückfallbegünstigende institutionelle Bedingungen des Straf- und Maßregelvollzugs », in: Heinz Kammeier (dir.), *Festschrift für Tondorf*, Münster, 2004, p. 123 s.

ROETS (D.) :

- « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2004, p. 1991 s.
- « De l'obligation positive de prévenir la délinquance sexuelle à l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des délinquants sexuels : la vie privée dans tous ses états... », *RSC*, 2010, p. 240 s.
- « L'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : une mesure préventive hors du champ d'application du principe de non-rétroactivité », *RSC*, 2010, p. 239 s.
- « De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la... sûreté », *RSC*, 2010, p. 228 s.
- « De l'obligation positive incombant à l'État de contrôler périodiquement la persistance de la dangerosité ayant justifié la prise de certaines mesures de sûreté restrictives de la liberté de circulation », à propos de CEDH, 2^e section, 20 avril 2010, *Villa c. Italie*, *RSC*, 2011, p. 705 s.

ROETS (D.) et MARGUÉNAUD (J.-P.), « Droits de l'homme. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2008, p. 692 s.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.) :

- « Les rétentions de sûreté », *D.*, 2008 p. 464 s.
- « Application dans le temps de la surveillance judiciaire », note sous Cass. crim., 21 janv. 2009, *D.*, 2009, p. 1327 s.

ROUSSEAU (F.) :

- « 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 Cass. crim., 21 janv. 2009, *Dr. pén.*, n° 5, mai 2009, étude 9.
- « Dangerosité et sanctions pénales », in : J.-H. Robert, Ph. Conte, S. Tzitzis (dir.), *Peine, Dangerosité – Quelles certitudes ?*, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 9, Dalloz, 2010, p. 265 s.

SAAS (C.), « Avis d'orage sur l'internement à durée illimitée des délinquants », *AJ pénal*, 2011, p. 462 s.

SACHS (M.), « BVerfG: Staatsorganisationsrecht – Gesetzgebungskompetenzen », *JuS*, 2004, p. 531.

SALAS (D.), « Pourquoi punir », *Journal français de psychiatrie*, 2/2001, n° 13, p. 6-9,

URL: www.cairn.info/revue-journal-francais-de-psychiatrie-2001-2-page-6.htm. DOI: 10.3917/jfp.013.0006.

SALDANA (Q.), « Peines et mesures de sûreté », *RIDP*, 1927, p. 7 s.

SALVAGE (Ph.) :

- « Les soins obligatoires en matière pénale », *JCP G*, n° 45, 5 nov. 1997, I, p. 4062 s.
- « Les peines de peine », *Dr. pén.*, n° 6, juin 2008, étude 9.
- « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Dr. pén.*, n° 2, févr. 2010, étude 3.

SANCHEZ (J.-L.), « La relégation (loi du 27 mai 1885) », *Criminocorpus* [En ligne], Les bagnes coloniaux, Articles, mis en ligne le 01 janvier 2005. URL : <http://criminocorpus.revues.org/181> ; DOI : 10.4000/criminocorpus.181.

SATZGER (H.), « Sicherungsverwahrung – Europarechtliche Vorgaben und Grundgesetz », *StV*, 2013, n° 4, p. 243 s.

SCHAFFSTEIN (F.), « Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts », *ZStW* 101, 1989, p. 493 s.

SCHMELCK (R.), « La distinction entre la peine et la mesure de sûreté » in : *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Cujas, 1965, p. 179 s.

SCHNEIDER (H.-J.), « Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern », *JZ*, 1998, p. 436 s.

SCHÖCH (H.):

- « Sicherungsverwahrung und Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten », in: M. Heinrich *et al.* (dir.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin*, vol. 2, Berlin, De Gruyter, 2011, p. 1193 s.
- « Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung », *GA*, 2012, p. 14 s.

SCHOETTL (J. E.), « La loi sur le traitement de la récidive des infractions pénales devant le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 18-20 déc. 2005, p. 13 s.

SCHÖNKE (A.), « Sicherungsverwahrung im Ausland », in : Roland Freisler *et al.* (dir.), *Dringende Fragen der Sicherungsverwahrung*, Berlin, 1938, p. 114 s.

SCHRÖDER (B.) et STARKE (T.), « Das Gesetz zur Therapierung und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter - Ein Leitfaden für die Praxis - Teil 1 », *DRiZ*, 2011, p. 254 s.

SCHULZ (H.), « Sicherungsverwahrung im Wandel - Entwicklung zur gegenwärtigen Rechtslage und Ausblicke unter dem Stichwort "Vorrang der Sicherheit" », *SchlHA*, 2005, p. 247 s.

SENNA (E.), « Premières réflexions sur les adaptations du régime de sûreté des condamnés criminels dangereux », *AJ pénal*, 2008, p. 223 s.

SENON (J.-L.), « Troubles de la personnalité et psychiatrie face au courant d'insécurité de la

société : de la nécessité de penser le champ du soin face aux peurs collectives », *L'Information psychiatrique*, 2008, vol. 84, n° 3, p. 241 s.

SEUVIC (J.-F.) :

- « La période de sûreté », Acte du Congrès de l'Association française de droit pénal tenu à Versailles le 29 février et 1^{er} mars 1996, *RPDP*, 1996, p. 311 s.

- « Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur la récidive », *RSC*, 2006, chronique législative, p. 352 s.

SÉVELY-FOURNIÉ (C.) :

- « Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité », *RSC*, 2005, p. 483 s.

- « L' "inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté », *RRJ*, 2008, p. 2019 s.

SINN (A.), in : H. J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (dir.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*, Heymanns, 8^e éd., 2012, § 68.

SLAMA (S.), « Rejet du recours contre le décret d'application de la loi sur la rétention de sûreté », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 déc. 2010 : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/12/05/la-retention-de-surete-nest-pas-une-peine-le-conseil-detat-prefere-se-ranger-derriere-lenclume-constitutionnelle-ce-26-novembre-2010-m-jean-paul-a-et-section-francaise-de-loip/>.

SMITHERS (W. W.), « 1910 Meeting of the International Union of Penal Law », *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1911, vol. 2, p. 381 s.

SOMERHAUSEN (C.), « L'évolution du droit des mineurs en Belgique », *Revue de l'Institut de sociologie*, 1973, n° 1, p. 92 s.

SONNEN (B.-R.), « Verfassungswidrige Sicherungsverwahrung », *ZJJ*, 2011, p. 321 s.

STEIN (S.), « Le principe *ne bis in idem* dans l'Union européenne », *AJ pénal*, 2011, p. 443 s. (traduction de l'allemand en français par J. Herrmann).

STEINBERG (G.), « Die Geschichte der Sicherungsverwahrung bis 1933 », *StV*, 2013, p. 227 s.

STOOSS (C.):

- « Zur Natur der sichernden Maßnahme », *MschKrim*, 1911/1912, p. 368 s.

- « Strafrechtliche Systematik », (*schw*)*ZStR*, n° 44, 1930, p. 156 s.

- « Zur Natur der sichernden Massnahmen », (*schw*)*ZStR*, n° 44, 1930, p. 261 s.

STREE (W.), in : A. Schönke et H. Schröder, *Strafgesetzbuch : StGB Kommentar*, Beck, 27^e éd., 2006, § 66.

STRENG (F.):

- « Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », Zum Urteil des Zweiten Senats des BVerfG vom 4.5.2011, *JZ*, 2011, p. 827 s.

- « Zur Legitimation der Sicherungsverwahrung », *StV*, 2013, p. 236 s.

SYKIOTOU (A. P.), « Récidive : soigner ou punir ? Les dilemmes de la sûreté », in : *Incriminer et protéger*, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 11, Dalloz, 2014, p. 53 s.

TARDE (G.), Préface in : R. Saleilles, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1909, p. XI-XII.

TCHERKESSOFF (P.), « Récidive : soigner ou punir ? Introduction à la thématique », in : *Incriminer et protéger*, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 11, Dalloz, 2014, p. 7 s.

THÉLIN (M.-H.), « L'état dangereux », in : *Actes du II^e Congrès international de criminologie*, PUF, 1955, vol. 6, p. 434 s.

THOMAS (D.) :

- « La loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive », *AJ pénal*, 2007, p. 352 s.
- « Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », in : *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1119 s.

TRECHSEL (S.), « Zur unverhältnismäßigen Dauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und zum daraus folgenden Anspruch auf Entschädigung », *EuGRZ*, 1986, p. 543 s.

TRUCHET (D.), « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in : M.-J. Rédor (dir), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 305 s.

ULLENBRUCH (T.):

- « Nachträgliche Sicherungsverwahrung - ein legislativer Spuk im judikativen Fegefeuer? - Zugleich Besprechung der Entscheidung des BVerfG vom 23.8.2006 (2 BvR 226/06) und der jüngsten Rechtsprechung des BGH », *NStZ*, 2007, p. 62 s.
- « Sicherungsverwahrung im Reformdilemma - ein entpolitisiertes Alternativentwurf in 12 Eckpunkten », *StraFo*, 2010, p. 438 s.
- « Walter H. in den Rückfängen des ThUG - aktuellster Spaltpilz zwischen EGMR und BVerfG? », *StV*, 2012, p. 44 s.
- « Walter H. in den (soeben noch erweiterten) Rückfängen des ThUG - nach wie vor aktueller Spaltpilz zwischen EGMR und BVerfG? - Teil II – Zugleich eine erste Besprechung von § 316e Abs. 4 EGStGB i.d. Neufassung v. 20.12.2012 ("Lex Walter H.") », *StV*, n° 4, 2013, p. 268 s.
- « Walter H. ist frei, das ThUG ist tot - raffinierte Entsorgung eines europa-völkerrechtlichen Spaltpilzes in letzter Sekunde? - Teil III - Zugleich Nekrolog auf den jüngsten historischen Irrläufer zur deutschen Sicherungsverwahrung und Appell an die Gesetzgeber der Gegenwart und Zukunft », *StV*, 2014, p. 174 s.

VALÉRIE (B.), « La mendicité et l'état dangereux : l'historicité des représentations sociales dans le discours juridique », *Connexions*, 2/2003, n° 80, p. 137 s.

VÉRIN (J.) :

- « Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté », Table ronde en l'honneur de M. W. P.

J. Pompe, *RSC*, 1963, p. 529 s.

- « Le récidivisme au congrès de Poitiers », *RSC*, 1983, p. 125 s.

VÉRON (M.), « Imputation de la période de détention provisoire », *Dr. pén.*, 2014, comm. 126.

VERSELE (S.), « De la récidive juridique au récidivisme criminologique », *RIPC*, 1961, p. 194 s.

VOULAND (Ph.), « Réforme pénale : les angéliques ne sont pas ceux que vous croyez », *Dalloz actu.*, 28 mai 2014.

VOBKUHLE (A.), « Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte », *EuGRZ*, 2014, p. 165 s. (traduction française: « Une pyramide ou un mobile ? – La protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles européennes », in: Cour européenne des droits de l'homme, *Rapport annuel 2014*, p. 39 s.)

WEICHERT (T.), « Sicherungsverwahrung – verfassungsgemäß ? », *StV*, 1989, p. 265 s.

WINDOFFER (A.), « Die Maßregel der Sicherungsverwahrung im Spannungsfeld von Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz », *DÖV*, 2011, p. 590 s.

WOLF (T.), « Das Urteil des BVerfG vom 4.5.2011 zur Sicherungsverwahrung - Konsequenzen für die Strafvollstreckung », *Rpfleger*, 2011, p. 413 s.

WÜRTENBERGER (T.) (sen.), « Humanität als Strafrechtswert », in: T. Würtenberger, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, 1970, p. 1. / *Süddeutsche Juristenzeitung*, n° 3, 1948, p. 650 s.

ZAFFARONI (E. R.), « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC*, 2009, p. 43 s.

ZIMMERMANN (T.):

- « Das neue Recht der Sicherungsverwahrung (ohne JGG) », *HRRS*, 2013, p. 164 s.

- « Anmerkung zu einem Beschluss des BVerfG vom 11.07.2013 (2 BvR 2302/11; JZ 2013, 1097) - Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Therapieunterbringungsgesetz », *JZ*, 2013, p. 1108 s.

VII. Colloques, Congrès et Conférences

- *Actes du Congrès d'anthropologie criminelle de Bruxelles*, Rapport Maus sur la question des incorrigibles, 1893, p. 192.

- *La mesure de sûreté doit-elle se substituer à la peine ou simplement la compléter ?*, Actes du Premier Congrès international de droit pénal, Bruxelles, 1926, Actes du Congrès, Librairie des Juris-classeurs, Paris, éd. Godde, 1927, p. 154-250.

- Actes du troisième Congrès national de Droit pénal, Rennes, 1910, *Bulletin de l'Union internationale de Droit pénal*, 1910, p. 952 s.

- *Congrès pénal et pénitentiaire*, 1930, *RPDP*, 1931, p. 5.
- *Comment l'exécution de la peine privative de liberté doit-elle se différencier de l'exécution des mesures de sûreté comportant privation de liberté ?*, Actes de la Conférence pénitentiaire internationale de Berlin, 1935, *RIDP*, 1936, p. 70.
- *La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne*, Journées de droit franco-latino-américaines, Rapport général présenté par M. Patin, *RSC*, 1948, p. 415 s.
- *Le problème de l'unification de la peine et des mesures de sûreté*, Actes du VI^e Congrès de l'Association internationale de droit pénal, Rome 1953, *RIDP*, 1953 : Rapports particuliers, p. 459 s.; Rapport général présenté par Grispigni, p. 757 s. / *Actes du VI^e Congrès international de droit pénal*, Rome, 1953, Giuffrè éd., 1957.
- *État dangereux*, Actes du deuxième Congrès international de criminologie, Paris, 1950, t. VI, PUF, 1955.
- *Le problème de l'état dangereux*, II^e Cours international de criminologie, Paris, 1953, Melun, Imprimerie administrative, 1953.
- *III^{ème} Congrès International de criminologie*, Londres, 1955, Compte rendu publié à la *RSC*, 1955, p. 769.
- *Le contrôle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sûreté*, VII^e Congrès international de droit pénal, *RIDP*, 1956, p. 223-280 ; *RIDP*, 1957, p. 157-191.
- *Aspects de l'état dangereux*, Actes du Deuxième Congrès français de criminologie, Rennes, 1961, t. I : Rapports, Imprimeries réunies, Rennes, 1967.
- *Définition et éléments constitutifs de l'état dangereux prédélictuel*, Actes du III^e Congrès français de criminologie, Aix-en-Provence, 9-11 octobre 1962 : Rapport présenté par M. Guy Houchon, Imprimerie administrative de Melun, 1963.
- *Rétribution et justice pénale*, travaux du Centre de Philosophie du Droit, Actes du colloque « rétribution et justice pénale » tenu à Paris les 19 et 20 juin 1981, PUF.
- *La dangerosité, Approche pénale et psychiatrique*, sous la dir. de D. Barbier, Actes des Cinquièmes Journées de Psychiatrie en Ardèche, Privat, 1991.
- *Le nouveau code pénal, enjeux et perspectives*, actes du colloque organisé par le ministère de la Justice les 27 et 28 janvier 1994 à la Sorbonne, sous la présidence de P. Mehaignerie, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1994.
- *La réinsertion des délinquants : Mythe ou réalité ?*, Colloque du cinquantième anniversaire de la réforme AMOR, Aix-en-Provence, 18-21 septembre 1995, PUAM, 1996.
- *La sanction*, sous la dir. de B. Mallet-Bricout, Colloque organisé à l'Université Jean Moulin Lyon 3, 27 novembre 2003, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2007.

VIII. Avis, Rapports et Documents officiels

Avis

- CNCDH, 7 févr. 2008, Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.
- CNCDH, 20 décembre 2012, Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, en ligne sur : www.cncdh.fr.
- CNCDH, 21 févr. 2013, Avis sur la prévention de la récidive, Ass. plén.
- CNCDH, 25 sept. 2014, Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, concernant le projet de loi du 9 juillet 2014.
- CNIL, Délibération n° 2006-171 du 27 juin 2006 portant avis sur un projet d'arrêté relatif à l'expérimentation du placement sous surveillance électronique mobile.
- Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, NOR : CPLX1404120V, *J.O.* 25 févr. 2014, texte 71.
- Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Avis du 5 octobre 2015 relatif à la rétention de sûreté, NOR : CPLX1525592V, *J.O.* 5 nov. 2015, texte 59.

Rapports

ANCEL (M.), *Les mesures de sûreté en matière criminelle*, Rapport présenté au nom de la commission spéciale d'études de la C.I.P.P., Melun, Impr. Administrative, 1950, p. 11 s.

BARBIER (G.), DEMONTÈS (Ch.), LECERF (J.-R.) et MICHEL (J.-P.), *Prison et troubles mentaux : comment remédier aux dérives du système français ?*, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois (...), par le groupe de travail sur la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions, Sénat, doc. n° 434, 5 mai 2010.

BREDIN (F.), Rapport fait au nom de la commission des lois, relatif à la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, AN, doc. n° 228, 24 sept. 1997.

BURGELIN (J.-F.) (dir.), *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport de la commission Santé-Justice, La Doc. fr., 6 juillet 2005.

CANNAT (P.), « Le problème de l'unification de la peine et des mesures de sûreté en ce qui concerne spécialement les délinquants d'habitude », Rapports particuliers présentés au VI^e congrès de l'Association internationale de droit pénal (Rome 1953), *RIDP*, 1953, p. 461 s.

CARTIER (E.), *Rapport de la Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels*, Ministère de la Justice, Paris, 1994.

CLÉMENT (P.) et LÉONARD (G.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois (...) en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 4 mars 2004 sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, AN, doc n° 1718, 7 juil. 2004.

Comité consultatif pour la révision de la Constitution en 1993, *Rapport au Président de la République*, *J.O.*, lois et décrets, 16 févr. 1993, p. 2548.

Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance, *Réponses à la violence*, Rapport au Président de la République, Paris, La Doc. fr., 1977.

Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2012, Livre 3 : Etude, Partie 4 - Administration de la preuve, Titre 1 - Techniques d'administration de la preuve, Chapitre 2 – Expertises, Section 3 – Expertise pénale et contrôle de l'office du juge.

DELMAS-MARTY (M.), LASVIGNES (S.) *et al.*, *La mise en état des affaires pénales*, Rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme, La Doc. fr., 1991.

FENECH (G.), *Le placement sous surveillance électronique mobile*, Rapport, AN, avril 2005 : <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/le-placement-sous-surveillance-electronique-mobile-11939.html>.

FENECH (G.), *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi (n° 442), relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, AN, doc. n° 497, 12 déc. 2007.

GARRAUD (J.-P.) (dir.), *Réponses à la dangerosité*, Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, La Doc. fr., oct. 2006.

GOUJON Ph. et GAUTIER Ch., *Les délinquants dangereux atteints de troubles psychiatriques : comment concilier la protection de la société et une meilleure prise en charge médicale ?*, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois (...) sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, Sénat, doc. n° 420, La Doc. fr., 22 juin 2006.

Jury de la Conférence de consensus, Rapport remis au Premier ministre, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes*, site du ministère de la Justice, 20 févr. 2013.

LAMANDA (V.), *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, Rapport à M. le Président de la République, La Doc. fr., 30 mai 2008.

LECERF (J.-R.), *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Sénat, doc. n° 174, 23 janv. 2008.

LÉGAL (M.), « Les délinquants alcooliques et intoxiqués », Rapport oral au Colloque du XX^e anniversaire de la Revue de Science Criminelle (19-20-21 avril 1956), RSC, 1956, p. 488 s.

MICHEL (J.-P.), *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur la proposition de loi (...) relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits*, Sénat, doc. n° 216, 12 janv. 2011.

PATIN (M.), « La place des mesures de sûreté dans le droit pénal positif moderne », Rapport général présenté aux Journées de droit franco-latino-américaines, RSC, 1948, p. 415 s.

RAIMBOURG (D.), *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi (n° 1413) relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, AN, doc. n° 1974, 28 mai 2014.

RAZAC (O.), *Le Placement sous surveillance électronique mobile : Un nouveau modèle pénal ?*, Rapport de septembre 2010, ÉNAP, Direction de la recherche et du développement.

ROBERT (J.-H.), *Rapport de la commission d'analyse et de suivi de la récidive*, Ministère de la Justice, La Doc. fr., juil. 2007.

RUDLOFF (M.), *Rapport fait au nom de la commission des lois (...) sur le projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal portant réforme du code pénal*, Sénat, doc. n° 271, 1988-1989.

STAECHELE (F.), « La loi du 22 novembre 1978, Examen critique et pratique », Rapport présenté à l'assemblée générale de l'association nationale des juges et anciens juges de l'application des peines, RPDP, 1979, p. 131 s.

URVOAS (J.-J.), *Rapport d'information par la commission des lois (...) sur la peine d'indignité nationale*, AN, doc. n° 2677, 25 mars 2015.

Rapport définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, annexé à la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines.

Documents officiels

Documents allemands

- *Alternativentwurf* 69, 17 nov. 1967, BT-Drucksache V/2285.

- *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, Reichs-Justizministerium, 2. Teil: Begründung, Berlin, 1925.

- Bundesrat, *Gesetzesantrag des Freistaats Bayern*, 16 sept. 1997, Drucksache 699/97.

- Bundesrat, *Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg*, 13 mars 2000, Drucksache 159/2000.

- Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962*, 4 oct. 1962, Bonn, Drucksache IV/650.
- Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen*, Drucksache 17/3403, 26 oct. 2010.
- Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, Drucksache 17/9874, 6 juin 2012.
- *Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch, 2014*:
<http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/unterbringung.pdf>.
- *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen des deutschen Reichstagsausschusses. Ergänzungsband zu Kohlrausch, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., Zweite Ausgabe*, Berlin, 1930.
- *Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Strafgesetzbuch, Diskussionsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe*, 20 janv. 2015:
http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/BL-AG%20Novellierung%2063%20StGB%20-%20Diskussionsentwurf.pdf?__blob=publicationFile.
- Reichs-Justizministerium, *Kommissionsentwurf 1913, Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission*, Berlin, 1921.
- Reichs-Justizministerium, *Entwurf von 1919*, Berlin, 1921.
- Reichstag, *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, 1927, III Wahlperiode, 1924-1927, Drucksache n° 3390*.
- Statistisches Bundesamt, *Strafverfolgung 2003*, Wiesbaden, 2004.
- Statistisches Bundesamt, *Strafverfolgungsstatistik 2009*.
- Statistisches Bundesamt, *Strafvollzugsstatistik 2011*.
- Statistisches Bundesamt, *Strafvollzugsstatistik, Im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Maßregelvollzug), 2013/2014*:
<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/KrankenhausMassregelvollzug.html>.
- Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzuges jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres*, Stichtag 31. März 2003 bis 30. November 2014:
<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrte.html>.

- Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, *Strafverfolgung 2012*, Wiesbaden 2014:
https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung2100300127004.pdf?__blob=publicationFile.

- *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Reichs-Justizamt, 1909.

Documents français

- ANJAP, *Observations et propositions de l'ANJAP à la Commission de refonte du droit des peines présidée par Bruno Cotte*, 17 janv. 2015.

- BADINTER (R.), *Projet de nouveau Code pénal*, Présentation du projet de la Commission de révision du Code pénal, Dalloz, 1988.

- BOUVARD (L.), COCHET (Ph.), DEBRAY (P.) *et al.*, *Constitution : introduction de la notion de respect de la « dignité humaine »*, Proposition de loi constitutionnelle, AN, doc. n° 1771, tendant à compléter la Constitution française en son Préambule et en son article 1^{er}, alinéa 2 en insérant le respect de la « dignité humaine », déposée le 19 juin 2009.

- CNCDH, *Les prisons en France Volume 2. Alternatives à la détention : du contrôle judiciaire à la détention*, Étude réalisée par Sarah Dindo, Doc. fr., Paris, 2007.

- CNCDH *Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*, Note, 10 janv. 2008.

- Commentaire de la décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008 :
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2008562DCccc_562dc.pdf, consulté le 27 août 2014.

- Commission de révision du Code pénal, *Avant-projet définitif de Code pénal, Livre 1, Dispositions générales*, La Doc. fr., 1978.

- Exposé des motifs du projet de loi portant réforme du Code pénal, *JO Sénat*, Doc. parlementaires, 1985-1986.

- GARRAUD (J.-P.) *et al.*, *Proposition de loi tendant à créer une École nationale de psychocriminologie et portant diverses mesures relatives à l'évaluation de la dangerosité*, AN, doc. n° 3727, 21 sept. 2011.

- Haute autorité de santé, *Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant une schizophrénie ou des troubles de l'humeur*, Audition publique du 10 déc. 2010, textes des experts.

- Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, *L'irresponsabilité pénale des malades mentaux*, févr. 2004, n° LC 132.

- Observatoire international des prisons, Section française, *Contribution aux travaux de la Commission de refonte du droit des peines présidée par Bruno Cotte et instaurée le 31 mars*

2014, sept. 2014.

- *Projet de loi sur les inadaptés sociaux*, 17 juin 1971, *Doc. parl.*, Chambre, n° 1014/1, 6.

- *Projet de loi n° 202 relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, appelé « projet Guigou », à l'origine de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998.

- *Projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*, AN, doc. n° 442, 28 nov. 2007.

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

- *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, AN, doc. n° 1413, 9 oct. 2013.

- *Proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, présentée par P. Clément et G. Léonard, députés, AN, doc. n° 1961, 1^{er} déc. 2004.

- Ministère de la Justice, Service des affaires internationales et européennes, *Étude sur les prisons en Europe : Les droits des détenus et la viabilité du système pénitentiaire*, Étude à jour le 10 août 2007.

- Ministère de la Justice, *Les condamnations*, Année 2012, SDSE, Casier judiciaire national, déc. 2013 :
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/2_Stat_Conda_2012.pdf.

- Ministère de la justice, Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, groupe Bibliographie du Comité d'organisation, Fiche 3 : *La restructuration du droit pénal autour de la notion de dangerosité*, 2013, p. 108 s. : <http://conference-consensus.justice.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/01/fiche-3-evolution-du-droit-et-dangerosite.pdf>

- Ministère de la Justice, Exploitation statistique du casier judiciaire, SDSE, *Prévention de la récidive et individualisation des peines*, *Chiffres-clés*, juin 2014, p. 4 :
http://www.justice.gouv.fr/include_htm/reforme_penale_chiffres_cles_plaquette.pdf.

IX. Divers

Recommandations du Conseil de l'Europe

- *Recommandation Rec(2000)22 du Comité des ministres aux États membres concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté*, 29 nov. 2000.

- *Recommandation Rec(2003)22 du Comité des Ministres aux États membres concernant la libération conditionnelle*, 24 sept. 2003.

- *Recommandation Rec(2003)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée*, 9 oct. 2003.

- *Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes*, 11 janv. 2006.

- *Recommandation CM/Rec(2010)1 du Comité des ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation*, 20 janv. 2010.

- *Recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux*, 19 févr. 2014.

- CM(2014)14 add1, 21 janv. 2014, *Projet de recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux*, Projet de commentaire.

- *Commentaire de la recommandation CM/Rec(2014)3 du Comité des Ministres aux États membres relative aux délinquants dangereux (CM(2014)14 add1)*.

Extraits de journaux

- BADINTER (R.) :

- à propos de la Loi Perben, extrait d'un entretien avec *Le Monde*, 28 janvier 2004.

- « La prison après la peine », *Le Monde*, 28 nov. 2007.

- extrait de *Le monde*, 24 févr. 2008.

- ESPIEU (L.), « À Bordeaux et à Pau, Sarkozy défend la veuve et l'orphelin », *Libération*, 23 févr. 2008.

- NESKOVIC (W.), *Bundestag beschließt Neuregelung der Sicherungsverwahrung*, beck-aktuell-Redaktion, Verlag C.H. Beck, 2 déc. 2010.

- SARKOZY (N.) :

- in : « Double meurtre de Pau : Dupuy ne sera pas jugé », *Le Figaro*, 14 déc. 2007.

- Déclaration faite le 23 févr. 2008 en marge de l'inauguration du 45^{ème} salon de l'Agriculture, *Libération*, 23 févr. 2008.

- SCHRÖDER (G.) en 2001, extrait du journal « *Die Zeit* » du 17 juin 2003.

Discours

- CORNIL (L.), *La mesure de sûreté envisagée objectivement*, Discours prononcé à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Bruxelles, le 16 septembre 1929, p. 25.

- *Droit pénal et droit constitutionnel*, Exposé fait lors de la visite au Conseil constitutionnel d'un groupe de magistrats judiciaires,
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil->

constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/penal.pdf.

- LACASSAGNE (A.), Discours d'ouverture au II^{ème} Congrès du patronage des libérés, Lyon, *Archives d'Anthropologie criminelle*, vol. IX, 1894, p. 404 s.

Lettres

- DIDEROT (D.), Lettre à Landois, 29 juin 1756.

- LOUBAT (W.), Lettre au directeur du *Temps* sur les demi-fous, 1913, p. 940.

- Lettre ouverte adressée, mercredi 20 février 2008, au Conseil constitutionnel par des personnalités du monde judiciaire pour dénoncer la loi Dati sur la rétention de sûreté (signataires : T. Clay, G. Giudicelli-Delage, J.-P. Jean, Ch. Lazerges, M. Massé, R. Ottenhof, P. Poncela, M. Debacq, J.-P. Dintilhac, R. Finielz, R. Kessous, P. Lyon-Caen, Ph. Texier, H. Leclerc, D. Liger, P. Maisonneuve, J.-P. Mignard, A. Molla, F. Natali), *Le nouvel Observateur*, 23 févr. 2008 ; reproduite par Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », *RSC*, 2008, p. 731.

INDEX DE JURISPRUDENCE

INTRODUCTION

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, série A, n° 335-C.
- CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, série A, n° 335-B.
- CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 oct. 1998, *Rec.* 1998-VIII.
- CEDH, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 oct. 1998, n° 23452/94, *Rec.* 1998-VIII.
- CEDH, *Kiliç c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22492/93, *Rec.* 2000-III.
- CEDH, *Labita c. Italie* [GC], 6 avr. 2000, n° 26772/95, CEDH 2000-IV.
- CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 déc. 2003, n° 39272/98, CEDH 2003-XII.
- CEDH, *Maslova et Nalbandov c. Russie*, 24 janv. 2008, n° 839/02.
- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* : *J.O.* 22 janv. 1981, p. 308 ; *JCP G*, 1981, II, 19701, note C. Franck ; *D.*, 1982, p. 441, note A. Dekeuwer ; *AJDA*, 1981, p. 278, note C. de Gournay.
- Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, *J.O.* 19 mars 2003, p. 4789 ; *Rec.*, p. 211 ; *RDP*, 2003, p. 367, obs. P. Jan, p. 371, obs. H. Rihal, p. 375, obs. E. Aubin, et p. 1147, obs. D. Rousseau et Ch. Lazerges ; *LPA*, 2003, n° 63, p. 4, note J.-E. Schoettl, et n° 102, p. 4, note J. Boyer.
- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *J.O.* 13 déc. 2005, p. 19162 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20 ; *D.*, 2006, Jur. 966, note Rouvillois, et Pan. 833, obs. Ogier-Bernaud et Severino ; *RSC*, 2006, chron. p. 124, obs. V. Bück ; *Gaz. Pal.*, 18-20 déc. 2005, p. 13, note J. E. Schoettl.

Cour de cassation

- Cass. crim., 17 novembre 1848, *S.* 1848, I, 651.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 ; *NJW*, 2004, p. 911 s., note J. Kinzig ; *KritV*, 2004, p. 137, note T. Mushoff ; *JZ*, 2004, p. 605, note Ch. Pestalozza ; *ZNER*, 2004, p. 268, note P. Becker ; *GA*, 2005, p. 96, note I. K. Passek ; *SchlHA*, 2005, p. 247, note H. Schulz ; *StV*, 2006, p. 383, note T. Hörnle ; *Vorgänge*, 2007, n° 2, p. 73, note L. Böllinger ; *JR*, 2010, 198, note Ch. Laue.

1^{ère} PARTIE : L'ÉMERGENCE DES MESURES DE SÛRETÉ

TITRE I : LES SOURCES DES MESURES DE SÛRETÉ

Chapitre I : Les sources législatives des mesures de sûreté

Section 1 : Une source assumée : le système dualiste du droit pénal allemand

§ 1 : L'adoption du système dit « de la double voie »

A. La consécration progressive du principe dualiste

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, BVerfGE 70, 29: *EuGRZ*, 1986, p. 543, note S. Trechsel; *RuP*, 1986, p. 18, note R. Marschner; *RuP*, 1986, 31, note L. Eisel; *NStZ*, 1987, p. 65, note R. Eickhoff; *JR*, 1987, p. 45, note H. Müller-Dietz.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

B. L’emblème du principe dualiste : l’internement de sûreté

1. La genèse de l’internement de sûreté

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.* V. *infra* (origines jp)
- BVerfG, 10 fév. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190: *NJW*, 2004, p. 911, note J. Kinzig; *JuS*, 2004, p. 531, note M. Sachs; *NVwZ*, 2004, p. 693, note K. F. Gärditz; *NJ*, 2004, p. 295, note M. Krüger; *Jura*, 2004, p. 552, note H. Baier; *JZ*, 2004, p. 605, note Ch. Pestalozza; *SchlHA*, 2005, p. 247, note H. Schulz; *FoR*, 2005, 20, note T. Lieber; *GA*, 2005, p. 96, note I. K. Passek; *BayVBl*, 2006, p. 231, note K. F. Gärditz; *StV*, 2006, p. 383, note T. Hörnle; *Vorgänge*, 2007, n° 2, p. 73, note L. Böllinger.
- BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, BVerfGK 9, 108, n° 111.

Bundesgerichtshof

- BGH, 22 fév. 2006, 5 StR 585/05.
- BGH, 21 déc. 2006, 3 StR 396/06, *NJW*, 2007, p. 1148 ; *JZ*, 2007, p. 1004, note Kinzig.

2. La légitimité controversée de l’internement de sûreté

Cour européenne des droits de l’homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04 : *AJ pénal*, 2010, p. 129, note J. Leblois-Happe ; *D.*, 2010, étude p. 737, note J. Pradel ; *ibid.*, 2010, *AJ*, p. 209, obs. M. Léna ; *RSC*, 2010, chron. p. 228 et 236, obs. D. Roets; *RPDP*, 2010, chron. p. 459, obs. J.-P. Céré; *JCP G*, 2010, p. 334, note M. Giacomelli; *ibid.*, 2010, act. 63, obs. F. Sudre; *ibid.*, 2010, chron. 70, n° 5, obs. F. Sudre ; *Dr. pén.*, 2010, étude 9, L. Grégoire ; *ibid.*, 2010, chron. 2, n° 57, obs. V. Peltier; *NStZ*, 2010, p. 233, note J. Kinzig; *KJ*, 2010, p. 255, note H. Pollähne; *AL*, 2010, p. 220, note J. Renzikowski; *JR*, 2010, 198, note Ch. Laue; *GA*, 2010, p. 639, note H. Jung.

§ 2 : L’évolution du système sous l’impulsion de la jurisprudence européenne

A. La réforme de l’internement de sûreté

Cour européenne des droits de l’homme

- CEDH, *Oldham c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2000, n° 36273/97.
- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 24478/03 : *AJ pénal*, 2011, p. 45, obs. J.-P. Céré ; *D.*, 2011, p. 379, obs. O. Bachelet.
- CEDH, *Mork c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 31047/04 et 43386/08.
- CEDH, *Schmitz c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 30493/04.

- CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04.
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.
- CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07.
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.
- CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04 : *Dalloz actu.*, 28 avr. 2011, obs. O. Bachelet.
- CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08 : *Dalloz actu.*, 9 déc. 2011, obs. O. Bachelet.
- CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.
- CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09.
- CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09.
- CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10.
- CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12, *JCP G* 2013, act. 1352, obs. K. Blay-Grabarczyk.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326: *StraFo*, 2011, p. 429, note J. Kinzig; *ZIS*, 2011, 706, note A. Desecker; *AL*, 2011, p. 401, note J. Renzikowski; *StV*, 2011, p. 472, note A. Kreuzer et T. Bartsch; *FS*, 2011, p. 267, note T. Bartsch; *JZ*, 2011, p. 827, F. Streng; *GA*, 2012, p. 14, note H. Schöch; *Rpfleger*, 2011, p. 413, note T. Wolf; *StV*, 2011, p. 480, note U. Eisenberg; *ZJJ*, 2011, p. 321, note B.-R. Sonnen; *NStZ*, 2011, p. 488, note T. Hörnle; *EuGRZ*, 2014, p. 165, note A. Voßkuhle ; *Rapport annuel CEDH 2014*, p. 39, note A. Voßkuhle.
- BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 ; BVerfGE 134, 33: *JZ*, 2013, p. 1108, note T. Zimmermann; *StV*, 2014, p. 168, note K. Höffler; *StV*, 2014, p. 174, note T. Ullenbruch.

Bundesgerichtshof

- BGH, 25 mars 2014, 3 StR 11/14.

B. L'instauration d'un substitut transitoire à l'internement de sûreté : l'internement thérapeutique

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73.
- CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76.
- CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 5 nov. 1981, n° 7215/75.
- CEDH, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, n° 17391/90.
- CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 fév. 2003, n° 50272/99.
- CEDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 49902/99.
- CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 48865/99.
- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, n° 19359/04.

Commission européenne des droits de l'homme

- Com. EDH, *X c. Allemagne*, 12 juil. 1976, n° 7493/76.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 ; BVerfGE 134, 33, *préc.*

Bundesgerichtshof

- BGH, 4 mai 2011, Az. 5 StR 52/11.
- BGH, 21 juin 2011, 5 StR 52/11.
- BGH, 12 juil. 2012, V ZB 106/12: *BGHZ* 194, p. 97 ; *NJW*, 2012, p. 3181.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Sarrebruck, 30 sept. 2011, 5 W 212/11-94.

Section 2 : Une source dissimulée : le système unitaire du droit pénal français

§ 1 : L'absence de consécration de la notion de mesure de sûreté

A. L'émergence des mesures de sûreté en marge du système unitaire

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, *J.O.* 5 sept. 1986, p. 10788 ; *RDP*, 1989, p. 399, note Favoreu ; *AIJC*, 1986, p. 444 et 451, note Genevois ; *RSC*, 1987, p. 567, obs. Loloum, Nguyen Huu.
- Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, *J.O.* 26 janv. 1994, p. 1380 ; *RFD const.*, 1994, p. 353, note Renoux. 1380 ; *D.*, 1995, Somm. 340, obs. Renoux.

B. L'échec de l'adoption d'un système dualiste

§ 2 : La consécration ambiguë des mesures de sûreté par le législateur contemporain

A. Le renouveau des mesures de sûreté

1. La multiplication des mesures de sûreté restrictives de liberté

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*

2. L'apparition d'une mesure de sûreté privative de liberté : la rétention de sûreté

a. La genèse de la rétention de sûreté

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* : *J.O.* 26 févr. 2008, p. 3272 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24 ; *RSC*, 2008, chron. p. 731, note Ch. Lazerges ; *ibid.*, 2009, p. 166, note B. de Lamy ; *D.*, 2008, chron. p. 1359, étude Y. Mayaud ; *Dr. pén.*, 2008, repère 4, Ph. Conte ; *JCP G*, 2008, act. 166, B. Mathieu ; *ibid.*, 2008, II, 10077, comm. J.-P. Feldman ; *LPA*, 20 mars 2008, p. 3, doct. F. Chaltiel ; *Gaz. Pal.*, 28 févr. 2008, n° 59, p. 7 ; *AJDA*, 2008, p. 714, obs. P. Jan.

b. La place particulière de la rétention de sûreté

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 8 déc. 2005 déc. n° 2005-527 DC, *préc.*
- Cons. const., 21 fév. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

B. La place incertaine des mesures de sûreté

1. L'absence de régime propre aux mesures de sûreté
2. Les incohérences engendrées par l'existence dissimulée des mesures de sûreté

Chapitre II : Les sources jurisprudentielles des mesures de sûreté

Section 1 : L'application large des mesures de sûreté par le juge allemand

§ 1 : La jurisprudence antérieure à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme

A. La jurisprudence constitutionnelle relative à l'internement de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.
- CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04.
- CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08.
- CEDH, *Schönbrod c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 48038/06.
- CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.
- CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 30 janv. 1953, 1 BvR 377/51, BVerfGE 2, 118.
- BVerfG, 9 mars 1976, 2 BvR 618/75, BVerfGE 42, 1.
- BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187.
- BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80; 2 BvR 1504/82, BVerfGE 70, 297 (307 s.), *préc.*
- BVerfG, 15 mars 1993, 2 BvR 2062/92, *juris.*
- BVerfG, 7 juin 1993, 2 BvR 1907/91, *NJW*, 1994, p. 510.
- BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 4/91 et 2 BvR 1537/88, 400/90, 349/91, 387/92, BVerfGE 91, 1.
- BVerfG, 17 mai 1994, 2 BvL 12/94, *NJW*, 1995, p. 772.
- BVerfG, 27 sept. 1995, 2 BvR 1734/90, *NStZ-RR*, 1996, p. 122.
- BVerfG, 3 déc. 1998, 2 BvR 2033/98.
- BVerfG, 28 mai 2003, 2 BvR 765/03.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02 et 2 BvR 1588/02, BVerfGE 109, 190 : *NJW*, 2004, p. 911, note J. Kinzig; *FoR*, 2005, p. 20, note T. Lieber; *NVwZ*, 2004, p. 693, note F. K. Gärditz ; *Jura*, 2004, p. 552, note H. Baier ; *JZ*, 2004, p. 605, note Ch. Pestalozza; *KritV*, 2004, p. 150, note H. Merk; *NJ*, 2004, p. 295, note M. Krüger.
- BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, BVerfGK 9, 108: *HRRS*, 2006, p. 380, note O. Milde; *JR*, 2006, p. 477, note I. Rau et F. Zscheschack; *JZ*, 2007, p. 584, note H. Rosenau et M. Peters; *NStZ*, 2007, p. 62, note T. Ullenbruch;

- BVerfG, 22 mars 2004, 2 BvR 664/02.
- BVerfG, 22 mars 2004, 2 BvR 2027/02.
- BVerfG, 14 sept. 2005, 2 BvR 882/05.
- BVerfG, 21 sept. 2006, 2 BvR 1614/06.
- BVerfG, 22 janv. 2007, 2 BvR 1942/06.
- BVerfG, 26 avr. 2007, 2 BvR 157/07.
- BVerfG, 23 juil. 2007, 2 BvR 241/07.
- BVerfG, 22 oct. 2008, 2 BvR 749/08, *NJW*, 2009, p. 981.
- BVerfG, 13 mai 2009, 2 BvR 957/09.
- BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, BVerfGK 16, 98: *NJW*, 2009, p. 980 ; *NStZ*, 2010, p. 265.
- BVerfG, 11 juin 2010, 2 BvQ 34/10.

Bundesgerichtshof

- BGH, 28 juin 2000, 1 StR 246/00.
- BGH, 17 mars 2009, 1 StR 34/09.

A. La jurisprudence judiciaire relative à l'internement de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04.
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 15 août 1980, 2 BvR 495/80.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190, *préc.*
- BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, BVerfGK 9, 108; *NStZ*, 2007, p. 87.

Bundesgerichtshof

- BGH, 11 févr. 1954, 4 StR 755/53, *BGHSt* 5, 312.
- BGH, 25 juil. 1981, 4 StR 313/81, *NStZ*, 1981, p. 390.
- BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *juris.*
- BGH, 20 févr. 2002, 2 StR 486/01, *juris.*
- BGH, 11 mai 2005, 1 StR 37/05, *BGHSt* 50, 121, *NStZ*, 2005, p. 561; *NJW*, 2005, p. 2022.
- BGH, 1^{er} juil. 2005, 2 StR 9/05, *BGHSt* 50, 180, *NJW*, 2005, 3078.
- BGH, 25 nov. 2005, 2 StR 272/05, *BGHSt* 50, 248 ; *NJW*, 2006, p. 531.
- BGH, 12 janv. 2006, 1 StR 476/05.
- BGH, 3 févr. 2006, 2 StR 598/05.
- BGH, 22 févr. 2006, 5 StR 585/05, *BGHSt* 50, 373, *NJW*, 2006, p. 1442.
- BGH, 23 mars 2006, 1 StR 476/05.
- BGH, 1^{er} déc. 2006, 2 StR 475/06, 2 StR 475/06, *StV*, 2007, p. 240.
- BGH, 19 oct. 2007, 3 StR 378/07.
- BGH, 15 avr. 2008, 5 StR 431/07, *BGHSt* 52, 205, *NJW*, 2008, p. 1682.
- BGH, 15 avr. 2008, 5 StR 635/07.
- BGH, 7 oct. 2008, *GSSSt* 1/08, *NStZ*, 2009, p. 141 ; *NStZ*, 2009, p. 143, note Ullenbruch.
- BGH, 9 mars 2010, 1 StR 554/09, *NJW*, 2010, p. 1539 ; *JZ*, 2010, p. 689, note J. Kinzig; *NStZ*, 2010, p. 473, note A. Kreuzer; *StV*, 2010, p. 521, note T. Bartsch; *NStZ*, 2010, p. 506, note J. Renzikowski; *NJW*, 2010, p. 1507, note U. Eisenberg.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Francfort/ M., 26 oct. 2001, 3 Ws 543/01, 3 Ws 544/01.
- OLG Francfort, 4 janv. 2005, 3 Ws 1278/04, *StV*, 2005, p. 142.
- OLG Francfort, 6 janv. 2005, 3 Ws 1280/04.
- OLG Rostock, 18 janv. 2005, I Ws 560/04, *StV*, 2005, p. 279.
- OLG Brandebourg, 8 avr. 2005, 1 Ws 13/05.
- OLG Karlsruhe, 31 août 2009, 2 Ws 309/09.

§ 2 : La jurisprudence postérieure aux condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme

A. La position des juridictions judiciaires

1. La jurisprudence des juridictions du fond

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Mastromatteo c. Italie*, 24 oct. 2002, n° 37703/97: *CEDH* 2002-VIII ; *JCP G*, 2003, I, p. 109, obs. F. Sudre ; *JDI* 2003, p. 544, obs. Tavernier et Decaux ; *Europe* 2003, p. 24, note Deffains.
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.
- CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07.
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 25 févr. 1975, Az. 1 BvF 1/74.
- BVerfG, 16 oct. 1977, 1 BvQ 5/77.
- BVerfG, 4 févr. 2010, 2 BvR 2307/06.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 14 oct. 2004, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, *NJW*, 2004, p. 3407.
- BVerfG, 30 juil. 2008, 1 BvR 402/08, 1 BvR 3262/07, 1 BvR 906/08.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Karlsruhe, 31 août 2009, 2 Ws 309/09.
- OLG Coblenz, 30 mars 2010, 1 Ws 116/10.
- OLG Hamm, 12 mai 2010, 4 Ws 114/10, *RuP* 2010, p. 162 s.
- OLG Celle, 25 mai 2010, 2 Ws 169/10, 2 Ws 170/10, *NStZ-RR*, 2010, p. 322.
- OLG Stuttgart, 1^{er} juin 2010, 1 Ws 57/10, *Justiz* 2010, 346 s.
- OLG Coblenz, 7 juin 2010, 1 Ws 108/10, *RuP* 2010, 154 s.
- OLG Coblenz, 22 juin 2010, 1 Ws 240/10.
- OLG Francfort, 24 juin 2010, 3 Ws 485/10, *NStZ*, 2010, p. 573 s.
- OLG Nuremberg, 24 juin 2010, 1 Ws 315/10.
- OLG Coblenz, 1^{er} juil. 2010, 1 Ws 249/10.
- OLG Francfort, 1^{er} juil. 2010, 3 Ws 539/10 et 3 Ws 418/10, *NStZ-RR*, 2010, p. 321.
- OLG Hamm, 6 juil. 2010, III-4 Ws 157/10.
- OLG Nuremberg, 7 juil. 2010, 1 Ws 342/10.
- OLG Francfort, 13, 15 et 20 juil. 2010, 3 Ws 598/10, 608/10, 619-620/10 et 638-639/10.
- OLG Cologne, 14 juil. 2010, 2 Ws 431/10.
- OLG Karlsruhe, 15 juil. 2010, 2 Ws 458/09, *NStZ-RR*, 2010, p. 322 s.
- OLG Schleswig, 15 juil. 2010, 1 OJs 3/10, 1 Ws 268/10, *SchlHA* 2010, p. 296 s.

- OLG Schleswig, 15 juil. 2010, 1 Ws 267/10.
- OLG Hamm, 22 juil 2010, III-4 Ws 180/10.
- OLG Hamm, 29 juil. 2010, III-4 Ws 193/10.
- OLG Cologne, 30 juil. 2010, 2 Ws 459/10.
- OLG Karlsruhe, 4 août 2010, 2 Ws 227/10.
- OLG Nuremberg, 4 août 2010, 1 Ws 404/10.
- OLG Karlsruhe, 28 sept. 2010, 2 Ws 334/10.
- OLG Rostock, 20 janv. 2011, I Ws 6/11.

2. La jurisprudence de la Cour fédérale de justice

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *K. c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.

Cour de Justice de l'Union européenne (ancienne Cour de Justice des Communautés européennes)

- CJCE, *Pupino*, 16 juin 2005, C-105/03, *Rec.* 2005 I-05285.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

Bundesgerichtshof

- BGH, 22 oct. 2004, 1 StR 140/04, *NStZ*, 2005, 211.
- BGH, 9 mars 2010, 1 StR 554/09, *préc.*
- BGH, 12 mai 2010, 4 StR 577/09, *NStZ*, 2010, p. 567 s. : *NJW*, 2011, p. 177, note J. Kinzig; *KJ*, 2010, p. 255, note H. Pollähne; *DÖV*, 2011, p. 590, note A. Windoffer; *StV*, 2010, p. 574, note A. Ahmed ; *HRRS*, 2010, p. 329, note K. Gaede.
- BGH, 12 mai 2010, 2 StR 171/10.
- BGH, 21 juil. 2010, 5 StR 60/10, *NStZ*, 2010, p. 565 s. : *DÖV*, 2011, p. 590, note A. Windoffer.
- BGH, 9 nov. 2010, 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, BGHSt 56, 73, *NJW*, 2011, p. 240 : *NJW*, 2011, p. 177, note J. Kinzig; *NJ*, 2011, p. 129, note M. Bachmann et F. Goeck.
- BGH, 10 nov. 2010, 5 StR 369/10.
- BGH, 25 nov. 2010, 3 StR 382/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 78.
- BGH, 15 déc. 2010, 1 ARs 22/10; BGH, 22 déc. 2010, 2 ARs 456/10.
- BGH, 18 janv. 2011, 4 ARs 27/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 139.
- BGH, 3 févr. 2011, 3 StR 466/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 172.
- BGH, 17 févr. 2011, 3 ARs 35/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 139.
- BGH, 23 mai 2011, 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, 5 StR 474/10, BGHSt 56, 248; *NJW*, 2011, p. 1981.
- BGH, 25 mai 2011, 4 StR 164/11, *HRRS*, 2011, n° 939.
- BGH, 7 juil. 2011, 5 StR 192/11, *BeckRS*, 2011, 19468.
- BGH, 2 août 2011, 3 StR 208/11.
- BGH, 4 août 2011, 3 StR 175/11, *BeckRS*, 2011, 21575.
- BGH, 11 août 2011, 3 StR 221/11
- BGH, 30 août 2011, 5 StR 235/11, *BeckRS*, 2011, 22978.
- BGH, 13 sept. 2011, 5 StR 189/11, *BeckRS*, 2011, 23470.
- BGH, 26 oct. 2011, 5 StR 267/11, *NStZ-RR*, 2012, p. 9.
- BGH, 24 janv. 2012, 5 StR 535/11, *BeckRS* 2012, 04459.
- BGH, 18 juil. 2012, 2 StR 605/11, *NStZ-RR*, 2013, p. 54.

- BGH, 24 juil. 2012, 1 StR 57/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 43.
- BGH, 25 sept. 2012, 1 StR 160/12, *NStZ*, 2013, p. 225.
- BGH, 11 déc. 2012, 5 StR 431/12, *BGHSt* 58, 62 s.
- BGH, 10 janv. 2013, 1 StR 93/11, *NStZ*, 2013, p. 277.
- BGH, 19 févr. 2013, 1 StR 465/12.
- BGH, 19 févr. 2013, 5 StR 620/12.
- BGH, 13 mars 2013, 2 StR 392/12.
- BGH, 10 avr. 2013, 2 StR 1/13.
- BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610/12, *NStZ*, 2013, p. 522.
- BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 617/12, *NStZ-RR*, 2014, p. 43.
- BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610 et 617/12.
- BGH, 24 avr. 2013, 5 StR 593/12, *BeckRS*, 2013, 09606.
- BGH, 12 juin 2013, 5 StR 129/13, *NStZ*, 2013, p. 524.
- BGH, 12 juin 2013, 1 StR 48/13, *NStZ*, 2013, p. 661.
- BGH, 11 juil. 2013, 3 StR 148/13, *NStZ*, 2013, p. 707.
- BGH, 7 août 2013, 1 StR 246/13, *NStZ*, 2014, p. 209.
- BGH, 11 mars 2014, 5 StR 563/13, *NStZ*, 2014, p. 263.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Celle, 3 août 2010, 2 Ws 264/10.
- OLG Stuttgart, 19 août 2010, 1 Ws 57/10.
- OLG Coblenz, 1^{er} sept. 2010, 2 Ws 370/10.
- OLG Coblenz, 30 sept. 2010, 1 Ws 108/10.
- OLG Hambourg, 24 janv. 2011, 3 Ws 8/11.
- KG, 3 mars 2011, 2 Ws 642/10, 2 Ws 642/10, 1 AR 1075/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 174.
- OLG Stuttgart, 27 juin 2011, 8 W 150/11.
- OLG Celle, 19 juil. 2011, 2 Ws 380/10, *NStZ*, 2011, p. 703.
- KG, 27 sept. 2011, 2 Ws 642/10, 2 Ws 642/10, 1 AR 1075/10.

B. La position de la Cour constitutionnelle

1. La soumission partielle de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence européenne

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, Série A, n° 39, *NJW*, 1984, p. 544.
- CEDH, *Trajčev Stojanovski c. Macédoine*, 22 oct. 2009, n° 1431/03.
- CEDH, *M. c. Allemagne* du 17 déc. 2009, n° 19359/04.
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.
- CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07.
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.
- CEDH, *Mork c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 31047/04 et 43386/08.
- CEDH, *Schmitz c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 30493/04.
- CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, 30060/04.
- CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08.
- CEDH, *Kronfeldner c. Allemagne*, 19 janv. 2012, n° 21906/09.
- CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02 et 2 BvR 1588/02, *préc.*
- BVerfG, 22 déc. 2009, 2 BvR 2365/09.
- BVerfG, 26 févr. 2010, 2 BvR 769/10.
- BVerfG, 19 mai 2010, 2 BvR 769/10, *NJW*, 2010, p. 2501.
- BVerfG, 30 juin 2010, 2 BvR 571/10.
- BVerfG, 13 sept. 2010, 2 BvR 1940/10.
- BVerfG, 13 sept. 2010, 2 BvR 1940/10.
- BVerfG, 30 juin 2010, 2 BvR 571/10.
- BVerfG, 13 sept. 2010, 2 BvR 1940/10.
- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*
- BVerfG, 8 juin 2011, 2 BvR 2846/09, *EuGRZ*, 2011, p. 413.
- BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, *StV*, 2012, p. 25, *BeckRS* 2011, 54839; *StV*, 2012, p. 27.
- BVerfG, 16 avr. 2012, 2 BvR 1940/10.
- BVerfG, 16 avr. 2012, 2 BvR 1396/10.
- BVerfG, 29 oct. 2013, 2 BvR 1119/12.
note Krehl.

Bundesgerichtshof

- BGH, 9 nov. 2010, 5 StR 394/10, 5 StR 440/10, *BGHSt* 56, 73, *préc.*

Juridictions du fond allemandes

- OLG Celle, 25 mai 2010, 2 Ws 169/10, 2 Ws 170/10.
- OLG Hamm, 9 juin 2011, 4 Ws 207/10, *StV*, 2011, p. 681, *BeckRS*, 2011, 23839; *NStZ-RR*, 2012, p. 188, *StV*, 2012, 231.
- OLG Cologne, 18 avr. 2012 - 2 Ws 295/12.

2. Les résistances de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence européenne

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.
- CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12.
- CEDH, *Müller c. Allemagne*, 10 févr. 2015, n° 264/13.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*
- BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11.
- BVerfG, 4 oct. 2011, 2 BvR 2054/10.
- BVerfG, 20 juin 2012, 2 BvR 1048/11.
- BVerfG, 6 févr. 2013, 2 BvR 2122/11.
- BVerfG, 11 mars 2013, 2 BvR 2000/12, *StraFo*, 2013, p. 213.
- BVerfG, 11 juil. 2013, 2 BvR 2302/11; 2 BvR 1279/12.
- BVerfG, 13 nov. 2013, 2 BvR 1797/13.
- BVerfG, 22 janv. 2014, 2 BvR 1100/12.
- BVerfG, 23 janv. 2014, 2 BvR 119/12 ; 2 BvR 565/12 ; 2 BvR 923/12 ; 2 BvR 1020/12 ; 2 BvR 1239/12.

- BVerfG, 5 févr. 2014, 2 BvR 953/12.

Cour de cassation

- Cass. crim., 6 déc. 1961, *D.*, 1962, Jur. p. 83, note J. M. R.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Nuremberg, 21 juil. 2011, 15 W 1400/11, *StV*, 2011, p. 686; *BeckRS* 2011, 19213, note Kinzig; *StV*, 2011, p. 689.

- OLG Nuremberg, 13 juin 2013, 15 W 1078/13 Th.

Section 2 : La consécration partielle des mesures de sûreté par le juge français

§ 1 : Le dualisme des sanctions pénales dans la jurisprudence judiciaire

A. Le recours opportuniste au concept de mesure de sûreté

1. L'application du principe de légalité aux mesures de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *D.*, 2010, AJ 93, obs. Gachi.

Cour de cassation

- Cass. crim., 3 févr. 1887, *DP*, 1887, I, p. 462.

- Cass. crim., 6 févr. 1896, *D.*, 1897, I, 206.

- Cass. crim., 2 janv. 1925, *S.* 1926, I, p. 189.

- Cass. crim., 25 juin 1940, *Gaz. Pal.*, 1940, II, p. 31 ; *JCP*, 1940, II, n° 1541, note J. L.

- Cass. crim., 14 janv. 1949, *Bull. crim.*, n° 12.

- Cass. crim., 18 janv. 1950, *Bull. crim.*, n° 20; *S.* 1950, I, p. 124 ; *JCP G*, 1950, II, p. 5383; *D.*, 1950, p. 213.

- Cass. crim., 28 mars 1950, *RPDP*, 1951, p. 550.

- Cass. crim., 3 oct. 1950 ; *D.*, 1950, p. 721.

- Cass. crim., 30 nov. 1950, *Bull. crim.*, n° 275.

- Cass. crim., 11 juin 1953, *Bull.* 1953, n° 202, *JCP G*, 1953, II, 7708, note Brouchet ; *RSC*, 1954, p. 117, obs. Légal.

- Cass. crim., 26 avr. 1955, *Bull. crim.*, 1955, n° 205, p. 368.

- Cass. crim., 29 févr. 1956, *Bull. crim.*, n° 211.

- Cass. crim., 3 oct. 1956, *Bull. crim.*, n° 594 ; *D.*, 1956, Jur. 721.

- Cass. crim., 13 déc. 1956, n° 55-05772, *Bull. crim.* 1956, n° 840.

- Cass. crim., 14 oct. 1958, *D.*, 1958, p. 765.

- Cass. crim., 20 juil. 1960, *Bull. crim.*, n° 385.

- Cass. crim., 6 déc. 1961, *D.*, 1962, 83, note J.M.R., *JCP*, 1963, II, p. 12532.

- Cass. crim., 29 janv. 1963, n° 61-94089, *Bull. crim.*, n° 54; *JCP*, 1963, II, 13215, note J.-P. Le Gall; *RSC*, 1964, p. 131, obs. A. Légal.

- Cass. crim., 14 mars 1963, n° 62-91877, *Bull. crim.*, 1963, n° 124, *D.*, 1963, Jur. p. 506, note Schewin.

- Cass. crim., 2 avril 1963, *D.*, 1963, p. 507, note Schewin.

- Cass. crim., 10 juin 1970, n° 70-90143, *Bull. crim.*, n° 194, p. 463.

- Cass. crim., 21 mars 1978, n° 77-91137, *Bull. crim.*, n° 110, p. 275.

- Cass. crim., 17 oct. 1979, n° 78-93823, *Bull. crim.*, n° 287, p. 782, *Gaz. Pal.*, 1980, II,

somm. 378.

- Cass. crim., 27 janv. 1987, n° 86-96150.
- Cass. crim., 16 févr. 1987, *Bull. crim.*, n° 72, *RSC*, 1988, p. 313.
- Cass. crim., 30 nov. 1987, *Bull. crim.*, n° 435.
- Cass. crim., 1^{er} févr. 1988, *Bull. crim.*, n° 47.
- Cass. crim., 12 mars 1990, n° 89-82674, *Bull. crim.*, n° 115.
- Cass. crim., 26 mars 1990, *Bull. crim.*, n° 133 ; *D.*, 1990, *IR*, p. 129.
- Cass. crim., 10 janv. 1994, n° 93-82789, *Bull. crim.*, 1994, n° 11, p. 20.
- Cass. crim., 1^{er} févr. 1995, n° 94-81098, *JCP*, 1995, II, 22463, note Guimezanes ; *D.*, 1995, *IR*, p. 106.
- Cass. crim., 9 juil. 1996, n° 95-82386.
- Cass. crim., 26 nov. 1997, n° 96-83792, *Bull. crim.*, 1997, n° 404, p. 1339 ; *D.*, 1998, *Jur.* 495, note D. Rebut ; *RSC*, 1998, p. 539, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 23 janv. 2001, n° 00-83268, *JurisData* 2001-008740.
- Cass. crim., 14 sept. 2004, *D.*, 2004, *IR*. 2623.
- Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.*, n° 267 ; *Dr. pén.*, 2007, com. n° 15, obs. M. Véron ; *D.*, 2006, *IR*. 2945.
- Cass. crim., 28 sept. 2005, *Bull. crim.*, n° 245 ; *D.*, 2006, *Pan.* 1204, obs. J.-C. Galloux ; *AJ pénal*, 2005, p. 457, obs. C. Saas.
- Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.* n° 267, p. 981.
- Cass. crim., 30 janv. 2008, n° 07-82645, *D.*, 2008, *Pan* 242, obs. M. Herzog-Evans.
- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *Bull. crim.*, n° 23, *AJ pénal*, 2009, p. 124, étude M. Herzog-Evans ; *D.*, 2009, p. 1326, obs. M. Léna, note G. Roujou de Boubée ; *RPDP*, 2009, p. 149, obs. X. Pin.
- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *Bull. crim.*, 2009, n° 24 : *JurisData* n° 2009-046741, *Dr. pén.*, 2009, étude 9, par F. Rousseau ; *Dr. pén.*, 2010, chron. 2, n° 59, obs. V. Peltier ; *JCP G*, 2009, II, 10043, note S. Detraz ; *RPDP*, 2009, p. 147, obs. X. Pin ; *ibid.*, p. 140, obs. J.-Y. Chevallier ; *AJ pénal*, 2009, p. 178, obs. J. Lasserre Capdeville ; *D.*, 2009, p. 1111, note H. Matsopoulou ; *ibid.*, *Pan.* 2827, obs. G. Roujou de Boubée ; *RSC*, 2009, p. 69, étude P.-J. Delage ; *ibid.*, p. 136, obs. A. Giudicelli.
- Cass. crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84367, *JurisData* n° 2009-048065 ; *AJ pénal*, 2009, p. 321 ; *Dr. pén.*, 2009, p. 103, obs. A. Maron et M. Haas.
- Cass. crim., 29 avr. 2009, n° 08-86690, *JurisData* n° 2009-048277, *RSC*, 2010, p. 127, obs. É. Fortis.
- Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *Bull. crim.*, 2009, n° 216 : *JurisData* n° 2009-050798, *Dr. pén.*, 2010, étude 4, H. Matsopoulou ; *ibid.*, chron. 2, n° 59, obs. V. Peltier ; *JCP G*, 2010, act. 15, S. Detraz ; *D.*, 2010, p. 471, note J. Pradel ; *ibid.*, 2010, p. 144, obs. M. Léna ; *AJ pénal*, 2010, p. 136, obs. C. Duparc.
- Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 09-82291, *Procédures*, 2010, comm. 324, note A.-S. Chavent-Leclere.
- Cass. crim., 12 oct. 2011, n° 10-88126.
- Cass. crim., 23 mai 2012, n° 11-85768, *Bull. crim.*, 2012, n° 132.
- Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *Bull. crim.* n° 193 ; *JurisData* n° 2014-021045 ; *Dalloz actu.*, 14 oct. 2014, note S. Anane.

- Cass., Ass. plén., 22 nov. 2002, n° 92-82460, *Bull. crim.*, A. P., n° 2, p. 9 ; *JurisData* : 2002-016547 ; *RSC*, 2003, p. 325, obs. Bouloc ; *JCP G*, 2003, II, 10042, note Jeandidier.

Juridictions du fond françaises

- T. corr. Seine, 6 nov. et 21 déc. 1931, *S.* 1932, II, p. 17 ; *Gaz. Pal.*, 1932, I, p. 225.

2. La soustraction des mesures de sûreté au régime de la peine

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 3 juin 1813, *Mém. des Cl.*, vol. 10, p. 63.
- Cass. crim., 9 déc. 1813, *Bull. crim.*, n° 258, p. 624.
- Cass. crim., 23 sept. 1837, *Bull. crim.*, n° 291.
- Cass. crim., 8 juil. 1841, *Bull. crim.*, n° 204, p. 326.
- Cass. crim., 7 juil. 1854, *Bull. crim.*, n° 218, *S.* 1854, I, p. 741. *RSC*, 1953, chr., p. 91.
- Cass. crim., 3 janv. 1857, *S.* 1857, II, p. 398.
- Cass. crim., 12 juil. 1860, *Bull. crim.*, n° 156, *S.* 1860, I, p. 1017.
- Cass. crim., 6 nov. 1885, *Bull. crim.*, n° 295, p. 472.
- Cass. crim., 8 nov. 1889, *Bull. crim.*, n° 330, p. 521.
- Cass. crim., 16 déc. 1898, *BCI*, 1899, p. 322.
- Cass. crim., 16 déc. 1898, *S.* 1899, I, p. 529 (2^e esp.), note Roux.
- Cass. crim., 10 déc. 1904, *Bull. crim.*, n° 528.
- Cass. crim., 26 oct. 1906, *BCI*, 24, p.124 ; *Bull. crim.*, n° 386, p. 706.
- Cass. crim., 4 juin 1910, *BCI*, p. 56.
- Cass. crim., 24 oct. 1913, *Bull. crim.*, n° 458, p. 878.
- Cass. crim., 29 janv. 1914, *Bull. crim.*, n° 64.
- Cass. crim., 28 mars 1914, *Bull. crim.*, n° 176.
- Cass. crim., 8 juin 1917, *Bull. crim.*, n° 140, p. 238.
- Cass. crim., 7 mars 1918.
- Cass. crim., 16 janv. 1920, *S.* 1920, I, p. 287.
- Cass. crim., 31 janv. 1920, *S.* 1920, I, p. 288.
- Cass. crim., 22 oct. 1920, *S.* 1922, I, p. 138.
- Cass. crim., 7 janv. 1921, *Bull. crim.*, n° 6.
- Cass. crim., 27 févr. 1925, *BCI*, 1925, 20, *Bull. crim.*, n° 78.
- Cass. crim., 29 nov. 1929, *Bull. crim.*, n° 266.
- Cass. crim., 13 nov. 1931, *Bull. crim.*, n° 255, *DH*, 1932, p. 7, *S.* 1934, I, p. 153, note Hugueney.
- Cass. crim., 25 mars 1936, *BCI*, 10, p. 145.
- Cass. crim., 9 oct. 1940, *BCI*, 1941, 3.
- Cass. crim., 17 sept. 1941, *Bull. crim.*, n° 33.
- Cass. crim., 17 sept. 1941, *Bull. crim.*, n° 38.
- Cass. crim., 19 mai 1943, *RJCI*, 35, p. 35.
- Cass. crim., 3 mars 1949, *RJCI*, 6, p. 13.
- Cass. crim., 16 mars 1950, *RJCI*, 13, p. 35.
- Cass. crim., 7 déc. 1950, *Bull. crim.*, n° 278.
- Cass. crim., 23 juil. 1953, *RJCI*, 30, p. 78.
- Cass. crim., 14 janv. et 2 déc. 1954, *RSC*, 1955, chr. Légal, p. 676.
- Cass. crim., 7 juil. 1954, *S.* 1954, I, p. 741.
- Cass. crim., 1^{er} mars 1956, *Bull. crim.*, n° 215.
- Cass. crim., 7 nov. 1956, *Bull. crim.*, n° 715.
- Cass. crim., 18 juin 1957, *D.*, 1957, p. 544.
- Cass. crim., 14 janv. 1959, *RJCI*, 39, p. 67.
- Cass. crim., 22 avr. 1959, *RJCI*, 45, p. 139.

- Cass. crim., 20 janv. 1960, *JCP*, 1960, II, p. 11774, note Legeais, *D.* 1960, 221, note J.M.R.
- Cass. crim., 18 mai 1960, *Bull. crim.*, n° 271, p. 556.
- Cass. crim., 2 nov. 1960, *RJCI*, 74, p.217.
- Cass. crim., 1^{er} mars 1961, *Bull. crim.*, n° 128 ; *D.*, 1961, p. 295, *JCP*, 1962, II, p. 12585, *RSC*, 1961, p. 798, obs. A. Légal.
- Cass. crim., 14 mars 1961, *D.*, 1961, p. 303.
- Cass. crim., 8 nov. 1962, *Bull. crim.*, n° 310.
- Cass. crim., 24 janv. 1963, *D.*, 1963, p. 58.
- Cass. crim., 20 juin 1963, n° 62-91709, *Bull. crim.*, n° 215.
- Cass. crim., 26 juin 1963, *Bull. crim.*, n° 228.
- Cass. crim., 3 déc. 1963, n° 62-92138, *Bull. crim.*, n° 343.
- Cass. crim., 20 oct. 1964, n° 62-92075, *Bull. crim.*, n° 268.
- Cass. crim., 29 janv. 1965, n° 64-91889, *Bull. crim.*, n° 29.
- Cass. crim., 16 mars 1965, n° 64-91596, *Bull. crim.*, n° 78.
- Cass. crim., 25 mars 1965, n° 64-90805, *Bull. crim.*, n° 88.
- Cass. crim., 10 nov. 1965, n° 65-92677, *Bull. crim.*, n° 229, *D.*, 1966, p. 86.
- Cass. crim., 24 mars 1966, n° 65-91460, *Bull. crim.*, n° 113.
- Cass. crim., 3 févr. 1967, n° 66-93732, *Bull. crim.*, n° 50; *D.*, 1967, p. 339, note J. Mazard ; *RSC*, 1967, p. 851, obs. A. Légal.
- Cass. crim., 24 juil. 1967, n° 67-90215, *Bull. crim.*, n° 232; *JCP G*, 1968, II, 15507, note J. Michaud ; *RSC*, 1968, p. 321, obs. A. Légal.
- Cass. crim., 25 oct. 1967, n° 67-92193, *Bull. crim.*, n° 266, *JCP*, 1968, II,15375, note J. Michaud.
- Cass. crim., 14 févr. 1968, n° 67-92249 , *Bull. crim.*, n° 46.
- Cass. crim., 12 juin 1968, n° 67-92268, *Bull. crim.*, n° 189.
- Cass. crim., 21 janv. 1969, n° 68-90405, *Bull. crim.*, n° 39.
- Cass. crim., 29 avr. 1970, *JCP*, 1971, II, p. 16739, note A. Huet.
- Cass. crim., 3 déc. 1970, n° 70-91421, *Bull. crim.*, n° 322, p. 788.
- Cass. crim., 7 janv. 1972, n° 71-91342, *Bull. crim.*, n° 4, p. 7 : *D.*, 1972, Jur. 501 (2^e espèce), note G. Roujou de Boubée.
- Cass. crim., 12 déc. 1973, n° 72-93742, *Bull. crim.*, n° 461, p. 115 ; *RJCI*, p. 132.
- Cass. crim., 3 juil. 1975, n° 74-93045, *Bull. crim.*, n° 177, p. 485.
- Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91139, *Bull. crim.*, n° 281, p. 744.
- Cass. crim., 27 janv. 1976, n° 75-91781, *Bull. crim.*, n° 31, p. 73.
- Cass. crim., 25 janv. 1977, n° 76-91726, *Bull. crim.*, n° 33, p. 79.
- Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *Bull. crim.*, n° 183, p. 452; *Gaz. Pal.*, 1977, 2, p. 476; *RSC*, 1978, p. 620, obs. J. Larguier.
- Cass. crim., 23 mars 1982.
- Cass. crim., 23 nov. 1982, n° 82-92183, *Bull. crim.*, n° 265, *Gaz. Pal.*, 1984, I, p. 127, note Alauze.
- Cass. crim., 14 déc. 1982, n° 81-90682, *Bull. crim.*, n° 290.
- Cass. crim., 11 janv. 1983.
- Cass. crim., 10 oct. 1983, *D.*, 1984, *IR*. 226, obs. G. Roujou de Boubée.
- Cass. crim., 5 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 109, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, p. 445 ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, t. II : le procès, la sanction, 3^e éd., Sirey, 1992, n° 38.
- Cass. crim., 2 juin 1987, n° 86-96139, *Bull. crim.*, n° 233, p. 640.
- Cass. crim., 21 déc. 1987, *Bull. crim.*, n° 473.
- Cass. crim., 7 juin 1988, n° 87-83209, *Bull. crim.*, n° 255.
- Cass. crim., 8 nov. 1988, n° 87-90889.

- Cass. crim., 10 mai 1989, n° 88-86285, *Bull. crim.*, 1989, n° 183, p. 471. Alauze.
- Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 229 ; *RSC*, 1992, p. 745, obs. A. Vitu, et 779, obs. A. Braunschweig.
- Cass. crim., 9 mars 1992, *Bull. crim.* n° 104, p. 270.
- Cass. crim., 16 mars 1992, n° 91-81714.
- Cass. crim., 30 avr. 1996, *Gaz. Pal.*, 1996, II, chron. crim. 139.
- Cass. crim., 22 mai 1997, n° 96-83014, *Bull. crim.*, n° 199 ; *RSC*, 1998, p. 97, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *JurisData* n° 2008-045226; *Dr. pén.*, 2009, chron. 3, n° 11, obs. Peltier.

- Cass. Ch. réun., 26 avril 1961, *Bull. crim.*, 223, p. 426.
- Cass. com., 13 nov. 1968, *D.* 1969, p. 238.

Juridictions du fond françaises

- CA Paris, 13 avr. 1972, *JCP G*, 1973, II, p. 17477, note P.M.B.
- CA Paris, 28 mars 1973, *JCP G*, 1974, II, 17594 ; *RSC*, 1974, p. 350, note J. Larguier.

3. La soumission nuancée des mesures de sûreté au régime de la peine

Cour de cassation

- Cass. crim., 12 sept. 1846, *S.* 1846, I, p. 862.
- Cass. crim., 13 mars 1856, *S.* 1856, I, p. 625.
- Cass. crim., 26 déc. 1912, *S. Som.* 1913, I, p. 48.
- Cass. crim., 1^{er} mars 1917, *S. Som.* 1917, I, 15.
- Cass. crim., 30 oct. 1947, *D.*, 1948, I, p. 43, *RSC*, 1948, chr. J. Magnol, p. 73.
- Cass. crim., 13 juin 1960, *D.*, 1960, *Som.* 107.
- Cass. crim., 14 nov. 1962, *Bull. crim.*, n° 324.
- Cass. crim., 23 janv. 1963, *Bull. crim.*, n° 41.
- Cass. crim., 23 janv. 1963, n° 62-92357, *Bull. crim.*, n° 41.
- Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *préc.*
- Cass. crim., 6 nov. 1984, *Bull. crim.*, n° 337; *RSC*, 1985, p. 585, obs. J. Pradel.
- Cass. crim., 19 mars 1990, n° 89-81140, *Bull. crim.*, n° 120, p. 309.
- Cass. crim., 21 mars 1996, *Bull. crim.*, n° 127; *Dr. pén.*, 1996, p. 214, obs. J. Véron; *RSC*, 1997, p. 374, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 6 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 92.
- Cass. crim., 22 mai 1997, n° 96-83014, *préc.*
- Cass. crim., 5 juin 1997, *Bull. crim.*, n° 227; *RSC*, 1998, p. 318, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 1^{er} oct. 1998, *Dr. pén.*, 1999, p. 57, obs. J.-H. Robert.
- Cass. crim., 16 janv. 2008, n° 07-82115, *Bull. crim.*, n° 12, p. 42.
- Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87570, *Bull. crim.*, n° 35.
- Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 12-87558, *JurisData* n° 2014-002716, *Dr. pén.*, n° 4, avr. 2014, comm. 68, V. Peltier.
- Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *préc.*

B. L'absence de théorie judiciaire générale sur les mesures de sûreté

Cour de cassation

- Cass. crim., 23 sept. 1837, *Bull. crim.*, n° 291.

- Cass. crim., 10 mai 1989, n° 88-86285, *préc.*
- Cass. crim., 26 nov. 1997, n° 96-83792, *Bull. crim.*, n° 404, p. 1339 ; *D.*, 1998, Jur. 495, note D. Rebut ; *RSC*, 1998, p. 539, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *JurisData* n° 2008-045226; *Dr. pén.*, 2009, chron. 3, n° 11, obs. Peltier.
- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *Bull. crim.*, 2009, n° 24.

§ 2 : Le dualisme des sanctions pénales dans la jurisprudence constitutionnelle

A. L'existence des mesures de sûreté dans la jurisprudence constitutionnelle

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 22 nov. 1978, déc. n° 78-98 DC, *Loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté*, *J.O.* 23 nov. 1978, p. 3928 ; *JCP G*, 1980, II, 19309, note Nguyen Quoc Vinh.
- Cons. const., 9 janv. 1980, déc. n° 79-109 DC, *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*, *Rec.* 29.
- Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *J.O.* 18 août 1993, p. 11722 ; *Rec.*, p. 224 ; *D.*, 1994, somm. p. 111, obs. D. Maillard Desgrées du Lou.
- Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*
- Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* : *J.O.*, 10 mars 2004, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, p. 47 ; *D.*, 2004, p. 1387, obs. J.-É. Schoettl ; *ibid.*, p. 1910, note B. de Lamy ; *ibid.*, p. 2756, obs. B. de Lamy ; *D.*, 2005, Pan. 1125, obs. Ogier-Bernaud et Severino ; *JCP G*, 2004, II, 10048, note J.-C. Zarka ; *RSC*, 2004, p. 725, note Ch. Lazerges ; *ibid.* 2005, p. 122, obs. V. Bück ; *LPA*, 26 juil. 2004, p. 9, note J.-É. Schoettl.
- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*
- Cons. const., 21 fév. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*
- Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons*, *J.O.* 21 mai 2011, p. 8891.

Conseil d'État

- CE, 1^{re} et 6^e ss-sect. 12 déc. 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 293993, *JurisData* n° 2007-072849.

B. L'absence de théorie constitutionnelle générale sur les mesures de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 9 janv. 1980, déc. n° 79-109, *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*, *J.O.* 11 janvier 1980, p. 84.
- Cons. const., 30 déc. 1982, déc. n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, *J.O.* 31 déc. 1982, p. 4034 ; *RDP*, 1983, p. 333, obs. L. Favoreu.

- Cons. const., 23 déc. 1983, déc. n° 83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, *JCP*, 1984, II, 20160, note R. Drago et A. Decocq.
- Cons. const., 29 déc. 1984, déc. n° 84-184 DC, *Loi de finances pour 1985*, *J.O.* 30 déc. 1984, p. 4167.
- Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, *J.O.* 5 sept. 1986, p. 10788.
- Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, *Loi de finances pour 1988*, *J.O.* 31 déc. 1987, p. 15761.
- Cons. const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *J.O.* 18 janv. 1989, p. 754 ; *RFDA*, 1989, p. 215, obs. B. Genevois ; *RDP*, 1989, p. 429, obs. L. Favoreu.
- Cons. const., 28 juil. 1989, déc. n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *J.O.* 1^{er} août 1989, p. 9676 ; *RFDA*, 1989, p. 671, obs. B. Genevois.
- Cons. const., 25 févr. 1992, déc. n° 92-307 DC, *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*, *J.O.* 12 mars 1992, p. 3003.
- Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *préc.*
- Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, *préc.*
- Cons. const., 22 avr. 1997, déc. n° 97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, *J.O.* 25 avr. 1997, p. 6271.
- Cons. const., 27 juil. 2000, déc. n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *J.O.* 2 août 2000, p. 11922.
- Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC ; *JCP G*, 2002, II, 10091, note Cl. Franck.
- Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*
- Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*
- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*
- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*
- Cons. const., 8 avr. 2011, déc. n° 2011-117 QPC, *Financement des campagnes électorales et inéligibilité*, *J.O.* 9 avr. 2011, p. 6362 ; *JCP G*, 2011, doct. 604, n° 13, chron. B. Mathieu.
- Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons* : *J.O.* 21 mai 2011, p. 8891 ; *Dr. pén.*, 2011, comm. 94, obs. J.-H. Robert ; *JCP G*, 2011, p. 642, obs. S. Detraz.

Conseil d'État

CE, *M. Jean-Paul A. et Section française de l'Observatoire international des prisons*, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 26 nov. 2010, n° 323694, recueil *Lebon*.

Bundesverfassungsgericht

BVerfG, 5 avr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

TITRE II : LES FORMES DES MESURES DE SÛRETÉ

Chapitre I : Les mesures de sûreté privatives de liberté

Cour de cassation

- Cass. crim., 11 juin 1953, *JCP*, 1953, II, 7708, note J. Brouchet, *RSC*, 1954, p. 117, obs. A. Légal ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 9^e éd., 2014,

n° 10, p. 156 s.

Section 1 : Les mesures curatives

§ 1 : L'internement en hôpital psychiatrique / *die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Baudoin c. France*, 18 nov. 2010, n° 35935/03: *JCP G*, 2011, note 189, K. Grabarczyk.

- CEDH, *Patoux c. France*, 14 avr. 2011, n° 35079/06 : *JCP A*, 2011, act. 307, Aperçu rapide, N. Albert.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-71 QPC : *J.O.* 27 nov. 2010, p. 21119 ; *Dr. famille*, 2011, comm. 11, obs. I. Maria ; *JCP G*, 2011, p. 189, note K. Grabarczyk.

- Cons. const., 9 juin 2011, déc. n° 2011-135/140 QPC, *Hospitalisation d'office*, *J.O.* 10 juin 2011, p. 9892, texte n° 66.

A. Les conditions d'application des internements psychiatriques

1. L'application de l'internement en hôpital psychiatrique

Cour de cassation

- Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*; Cass. crim., 14 avr. 2010, n° 09-82291, *préc.*

- Cass. crim., 3 févr. 2010, n° 09-82472, *Bull. crim.*, n° 17 ; *D.*, 2010, Actu p. 585, note Léna ; *D.*, 2010, p. 942, note Detraz ; *AJ pénal*, 2010, p. 244, obs. Royer ; *Dr. pén.*, 2010, n° 52, obs. Maron et Haas ; *Procédures*, 2010, n° 151, obs. Buisson ; *RSC*, 2011, Chron. p. 149, obs. Danet.

- Cass. crim., 12 oct. 2011, n° 10-88126, *préc.*

- Cass. crim., 14 janv. 2014, n° 13-82786, *JurisData* n° 2014-000224.

2. L'application de la *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 24 juil. 2013, 2 BvR 298/12, *R&P*, 2014, p. 31.

Bundesgerichtshof

- BGH, 6 mars 1986, 4 StR 40/86, *StV*, 1986, p. 379.

- BGH, 8 sept. 1998, 1 StR 384/98, *NStZ-RR*, 1999, p. 44.

- BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *StV*, 2002, p. 478.

- BGH, 26 janv. 2007, 2 StR 582/06, *StV*, 2007, p. 410.

- BGH, 29 mai 2012, 2 StR 139/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 306.

- BGH, 26 juin. 2012, 1 StR 163/12.

- BGH, 4 juil. 2012, 4 StR 224/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 337 s., *StV*, 2013, p. 206 s.

- BGH, 25 juil. 2012, 1 StR 332/12.

- BGH, 28 août 2012, 5 StR 295/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 366.

- BGH, 29 août 2012, 4 StR 205/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 367.

- BGH, 26 sept. 2012, 4 StR 348/12, *NStZ*, 2013, p. 424.

- BGH, 27 sept. 2012, 4 StR 217/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 42.

- BGH, 9 oct. 2012, 2 StR 180/12.
- BGH, 20 nov. 2012, 1 StR 504/12, *NJW*, 2013, p 46.
- BGH, 21 nov. 2012, 4 StR 257/12.
- BGH, 16 janv. 2013, 4 StR 520/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 141.
- BGH, 6 mars 2013, 1 StR 654/12.
- BGH, 9 avr. 2013, 5 StR 58/13, *StraFo* 2013, p. 250.
- BGH, 22 mai 2013, 1 StR 71/13.
- BGH, 5 juin 2013, 2 StR 94/13.
- BGH, 18 juil. 2013, 4 StR 168/13.
- BGH, 30 juil. 2013, 4 StR 275/13.
- BGH, 15 août 2013, 4 StR 179/13.
- BGH, 25 févr. 2014, 4 StR 544/13.

Juridictions du fond allemandes

- LG Berlin, 95^e Strafvollstreckungskammer, 15 avr. 2008, 595/546 StVK 817/07.

B. La mise en œuvre des internements psychiatriques

1. Les garanties encadrant la mesure

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *C. B. c. Roumanie*, 20 avr. 2010, n° 21207/03, § 48, *Dr. pén.*, 2011, Chron. 3, § 12, obs. Dreyer.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, BVerfGE 70, 297, 312; *NJW*, 1986, p. 767.
- BVerfG, 5 juil. 2013, 2 BvR 2957/12.
- BVerfG, 17 févr. 2014, 2 BvR 1795/12, 2 BvR 1852/13.
- BVerfG, 11 juin 2014, 2 BvR 2848/12.

Bundesgerichtshof

- BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01, *préc.*
- BGH, 3 avr. 2008, 1 StR 153/08.
- BGH, 12 juin 2008, 4 StR 140/08, *NStZ*, 2008, p. 563.
- BGH, 14 déc. 2011, 5 StR 488/1, *NStZ-RR*, 2012, p. 39.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Francfort, 4 janv. 2013, 3 Ws 717/12.

2. L'exécution de la mesure

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-71 QPC, *préc.*
- Cons. const., 20 avr. 2012, déc. n° 2012-235 QPC, *Association cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, *J.O.* n° 0095 du 21 avr. 2012, p. 7194, texte n° 78.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, BVerfGE 70, 297, *préc.*
- BVerfG, 28 déc. 1994, 2 BvR 1914/92, *NJW*, 1995, p. 2405.
- BVerfG, 10 oct. 2003, 2 BvR 366/03; BVerfGK 2, p. 55.

- BVerfG, 23 mars 2011, 2 BvR 882/09; et 12 oct. 2011, 2 BvR 633/11.

Bundesgerichtshof

- BGH, 27 nov. 1996, 3 StR 317/96, BGHSt 42, 306.
- BGH, 20 juin 2012, XII ZB 99/12, NJW, 2012, 2967.
- BGH, 6 sept. 2012, 3 StR 159/12.

Juridictions du fond françaises

- CA Bordeaux, 1^{re} ch., 2 mars 1987, *Juris-Data* n° 1987-040620.
- CA Paris, 1^{re} ch., 20 mars 1987, *Juris-Data* n° 1987-021063.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Rostock, 8 févr. 2007, I Ws 438/06.
- KG, 7 juin 2007, 1 AR 651/07, 2 Ws 330/07.
- OLG Dresde, 7 févr. 2008, 2 Ws 18/08.
- LG Potsdam, Strafvollstreckungskammer, 4 janv. 2013, 20 Vollz 2/12.
- OLG Brunswick, 5 févr. 2014, 1 Ws 340/13.

§ 2 : Le placement en cure de désintoxication / die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

A. Les conditions d'application des cures de désintoxication

1. L'application de la cure de désintoxication

2. L'application de la *Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, 2 BvR 387/92, BVerfGE 91, 1.

Bundesgerichtshof

- BGH, 17 juil. 2012, 4 StR 223/12, *StraFo*, 2012, p. 413.
- BGH, 18 juil. 2012, 2 StR 605/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 54.
- BGH, 2 août 2012, 3 StR 216/12, *NStZ*, 2012, p. 687.
- BGH, 8 août 2012, 2 StR 279/12, *NStZ-RR*, 2013, p. 7.
- BGH, 21 août 2012, 4 StR 311/12, *R&P* 2013, p. 34.
- BGH, 28 août 2012, 5 StR 382/12.
- BGH, 26 sept. 2012, 5 StR 442/12.
- BGH, 27 sept. 2012, 4 StR 253/12.
- BGH, 9 oct. 2012, 2 StR 378/12.
- BGH, 9 nov. 2012, 1 StR 456/12.
- BGH, 12 déc. 2012, 5 StR 580/12.
- BGH, 18 déc. 2012, 4 StR 453/12.
- BGH, 23 janv. 2013, 5 StR 635/12.
- BGH, 7 févr. 2013, 3 StR 468/12.
- BGH, 21 févr. 2013, 3 StR 2/13.
- BGH, 19 mars 2013, 3 StR 56/13.
- BGH, 30 juil. 2013, 2 StR 174/13.

- BGH, 11 avr. 2013, 2 StR 442/12.

B. La mise en œuvre des cures de désintoxication

1. Le moment d'intervention de la mesure

Cour de cassation

- Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80003, *D.*, 2011. 2379, note F. Desprez.

2. L'exécution de la mesure

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 3 janv. 1994, 2 BvR 1436/93, *NJW*, 1994, p. 2219.

- BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, 2 BvR 387/92, BVerfGE 91, 1.

Bundesgerichtshof

- BGH, 21 août 2012, 4 StR 284/12; BGH, 30 oct. 2012, 3 StR 413/12.

Section 2 : Les mesures neutralisatrices : les détentions de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC., 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 29 août 2002, déc. n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *J.O.* 10 sept. 2002, p. 14953 ; *Gaz. Pal.*, 5 sept. 2002, n° 248, p. 3, note J.-É. Schoetti.

- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*

- Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

§ 1 : Les conditions d'application des détentions de sûreté

A. La rétention de sûreté

1. Le placement en rétention de sûreté en fin de peine

a. Les conditions subjectives

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

b. Les conditions objectives

2. Le placement en rétention de sûreté à l'issue d'une surveillance de sûreté

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

B. Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung

1. Les conditions subjectives

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09.

- CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09.

- CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *préc.*

- BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, *préc.*

- BVerfG, 6 févr. 2013, 2 BvR 2122/11, *préc.*

Bundesgerichtshof

- BGH, 21 oct. 1992, 5 StR 446/92, *NStZ*, 1993, p. 78.

- BGH, 27 sept. 1994, 4 StR 528/94, *NStZ*, 1995, p. 178.

- BGH, 22 janv. 1998, 4 StR 527/97, *NStZ-RR*, 1998, p. 206.

- BGH, 29 nov. 2001, 5 StR 507/01, *NStZ*, 2002, p. 535.

- BGH, 28 nov. 2002, *NStZ*, 2003, p. 310.

- BGH, 2 déc. 2003, 1 StR 102/03.

- BGH, 4 févr. 2004, 1 StR 474/03, *NStZ-RR*, 2004, p. 202.

- BGH, 8 juil. 2005, *BGHSt* 50, 188, 2 StR 120/05, *NJW*, 2005, p. 3155.

- BGH, 23 août 2006, 2 BvR 226/06.

- BGH, 29 juil. 2008, 1 StR 248/08, *NStZ-RR*, 2008, p. 337.

- BGH, 5 sept. 2008, 2 StR 265/08.

- BGH, 7 oct. 2008, *GSSSt* 1/08, *NStZ*, 2009, p. 141, note Ullenbruch.

- BGH, 15 oct. 2008, 2 StR 391/08.

- BGH, 17 déc. 2009, 3 StR 399/09, *BeckRS* 2010, 02974.

- BGH, 30 mars 2010, 3 StR 69/10, *NStZ-RR*, 2010, p. 203.

- BGH, 15 févr. 2011, 1 StR 645/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 204.

- BGH, 11 déc. 2012, 5 StR 521/12, *BeckRS*, 2013, 00989.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Hamm, 5 janv. 2010, 4 Ws 348/09.

2. Les conditions objectives

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, G.C., 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 8 nov. 2006, 2 BvR 578, 796/02, *NJW*, 2007, p. 1933.

Bundesgerichtshof

- BGH, 17 déc. 1985, 1 StR 564/85, *NStZ*, 1986, p. 476.
- BGH, 25 juil. 2012, 2 StR 111/12, *juris*.
- BGH, 10 janv. 2013, 3 StR 330/12.
- BGH, 24 oct. 2013, 4 StR 124/13, *NJW*, 2013, p. 3735.

§ 2 : La mise en œuvre des détentions de sûreté

A. Les incidences du prononcé de la mesure

1. Incidence sur la peine

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, GC, n° 19359/04, *préc.*

Bundesgerichtshof

- BGH, 12 déc. 1979, 3 StR 436/79, *NJW*, 1980, p. 1055.
- BGH, 8 sept. 1987, 1 StR 393/87.
- BGH, 31 mai 1988, 1 StR 182/88.
- BGH, 7 oct. 1992, 2 StR 374/92, *BGHSt* 38, p. 362; *NJW*, 1993, p. 477; *BGHSt* 37, 5 s.
- BGH, 3 févr. 2011, 3 StR 466/10, *BeckRS*, 2011, 04177.
- BGH, 23 avr. 2013, 5 StR 610/12, *NStZ*, 2013, p. 522.

2. Incidence sur les pratiques pénitentiaires

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

3. Incidence sur l'attitude des détenus éligibles à la détention de sûreté

B. Les modalités d'exécution des détentions de sûreté

1. Lieu d'exécution et contenu

a. L'exécution de la rétention de sûreté française

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

b. L'exécution de l'internement de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, n° 19359/04.
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.
- CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07.
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, *BVerfGE* 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, *BVerfGE* 128, 326, *préc.*
- BVerfG, 12 juil. 2012, 2 BvR 1278/10.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Hamm, 22 mai 2014, 1 Vollz (Ws) 182/14.

2. Durée indéterminée

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC., 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 fév. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

- BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, *préc.*

- BVerfG, 6 août 2014, 2 BvR 2632/13.

Bundesgerichtshof

- BGH, 12 nov. 2004, 2 StR 367/04.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Hamm, 4 août 2004, 4 Ws 343/05, *NStZ-RR*, 2006, p. 27

- OLG Karlsruhe, 30 nov. 2005, 2 Ws 125/05, *NStZ-RR*, 2006, p. 90.

- OLG Koblenz, 19 nov. 2007, 1 Ws 141/07.

Chapitre II : Les mesures de sûreté non privatives de liberté

Cour de cassation

- Cass. crim., 10 juil. 2013, n° 13-82740.

Section 1 : Les mesures restrictives de liberté à visée exclusivement sécuritaire

§ 1 : Le régime juridique des mesures à visée exclusivement sécuritaire

A. Le champ d'application matériel

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 22 nov. 1978, déc. 78-98 DC, *préc.*

- Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 10 mars 1992, n° 91-84011, *Bull. crim.*, n° 107, p. 281.

B. Le champ d'application temporel

Cour de cassation

- Cass. crim., 23 oct. 1989, *Bull. crim.*, 1989, n° 370.

- Cass. crim., 9 mai 1990, n° 89-86470, *Bull. crim.*, n° 177, p. 451.

- Cass. crim., 22 mai 1990, *Bull. crim.*, 1990, n° 210.

- Cass. crim., 9 mars 1993, n° 92-84480, *Bull. crim.*, n° 104, p. 248 ; *RSC*, 1994, p. 324, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 5 juil. 1993, *Bull. crim.*, 1993, n° 237.
- Cass. crim., 8 févr. 1995, n° 94-82153, *Bull. crim.*, n° 57, p. 134.
- Cass. crim., 27 sept. 1995, n° 94-84147.
- Cass. crim., 29 janv. 1998, *Bull. crim.*, 1998, n° 37, *Dr. pén.*, 1998, p. 67, obs. Véron; *RSC*, 1998, p. 767, obs. Bouloc.
- Cass. crim., 3 mars 1999, n° 98-82142.
- Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.*, n° 267, p. 981.
- Cass. crim., 30 janv. 2008, n° 07-82645, *D.*, 2008, Pan. 242, obs. M. Herzog-Evans.
- Cass. crim., 1^{er} févr. 2012, n° 10-84178, *Bull. crim.*, n° 34 ; *D.*, 2012, p. 1775, chron. C. Roth, B. Laurent, P. Labrousse et M.-L. Divialle ; *AJ pénal*, 2012, p. 493, obs. M. Herzog-Evans ; *Dr. pén.*, 2013, chron. 3, obs. Bonis-Garçon et Peltier.
- Cass. crim., 25 juin 2014, n° 14-81793: *JurisData* n° 2014-013804 ; *Bull. crim.* n° 169; *AJ pénal*, 2014, p. 101, obs. D. Boccon-Gibod et B. Laurent ; *ibid.*, p. 436, obs. M. Herzog-Evans ; *Gaz. Pal.*, 2014, n° 214, p. 15, obs. R. Méssa ; *Dr. pén.*, 2014, comm. 123, obs. É. Bonis-Garçon ; *ibid.*, comm. 126, obs. M. Véron ; *Dr. pén.*, 2015, chron. 3, obs. É. Bonis-Garçon et V. Peltier ; *Dalloz actu.*, 26 juin 2014, obs. M. Léna ; *D.*, 2014, p. 2423, obs. C. Ginestet ; *RSC*, 2014, p. 589, obs. J. Danet.
- Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *préc.*
- Cass. crim., 10 déc. 2014, n° 14-83130, *JurisData* n° 2014-030536 ; *Bull. crim.* à paraître ; *Dalloz actu.*, 15 janv. 2015, obs. S. Anane.

§ 3 : La qualification juridique des mesures à visée exclusivement sécuritaire

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Bouchacourt c. France*, 17 déc. 2009, n° 5335/06, *RSC*, 2010, p. 240, obs. Roets; *JCP*, 2010, act. 62, obs. Sudre; *D.*, 2010, p. 93, obs. K. Gachi ; *ibid.* 2732, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail.
- CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*
- CEDH, *M.B. c. France*, 17 déc. 2009, n° 22115/06, *RSC*, 2010, p. 240, obs. Roets.
- CEDH, *Bodein c. France*, 13 nov. 2014, n° 40014/10 : *AJDA*, 2015, p. 150, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.*, 2014, p. 2303 ; *AJ pénal*, 2015, p. 105, obs. J.-P. Céré ; *Dalloz actu.*, 17 nov. 2014, obs. Léna ; *Dr. pén.*, 2015, p. 15, note Bonis-Garçon.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 22 nov. 1978, déc. n° 78-98 DC, *préc.*
- Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, *préc.*
- Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*
- Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 10 déc. 1980, n° 80-92358, *Bull. crim.*, 1980, n° 344.
- Cass. crim., 16 janv. 1985, n° 84-93553, *Bull. crim.*, 1985, n° 29, *RSC*, 1987, p. 263, obs. Couvrat.
- Cass. crim., 9 mai 1990, n° 89-86470, *Bull. crim.*, n° 177 ; *RSC*, 1991, p. 334, obs. A. Vitu ; *RSC*, 1991, p. 603, obs. A. Braunschweig.
- Cass. crim., 8 juil. 1992, n° 91-86820, *Bull. crim.*, n° 269.
- Cass. crim., 9 mars 1993, n° 92-84480, *préc.*
- Cass. crim., 5 juil. 1993, n° 92-86681, *Bull. crim.*, 1993, n° 237, p. 594.

- Cass. crim., 25 mai 1994, n° 93-83820, *Bull. crim.*, 1994, n° 198, p. 457; *RSC*, 1995, p. 99, obs. B. Bouloc; *Dr. pén.*, 1994, comm. 204, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 05-87153, *Bull. crim.*, n° 267, p. 981.
- Cass. crim., 16 janv. 2008, n° 07-82115, *préc.*
- Cass. crim., 12 mars 2008, n° 07-86233.
- Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-87570, *Bull. crim.*, n° 35.
- Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 14-80541, *préc.*
- Cass. crim., 10 déc. 2014, n° 14-83130, *Bull. crim.*, à paraître.

Section 2 : Les mesures de surveillance probatoires

§ 1 : Les mesures de surveillance probatoires françaises

A. La genèse des mesures de surveillance probatoires

B. Le régime juridique des mesures de surveillance probatoires

1. Le champ d'application matériel

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC.

Cour de cassation

- Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-84182, *Bull. crim.*, n° 47, *AJ pénal*, 2004, p. 201, obs. C. S. Enderlin.
- Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-82182, *Bull. crim.*, n° 198.
- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.*
- Cass. crim. 29 avr. 2009, n° 08-86690, *préc.*
- Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-84985, *Bull. crim.*, n° 30; *Dalloz actu.*, 17 févr. 2012, obs. Léna; *D.*, 2012, Actu. 502; *AJ pénal*, 2012, p. 664, obs. Herzog-Evans; *RSC*, 2012, p. 406, obs. Salvat.
- Cass. crim., 24 juin 2015, n° 14-87790, *JurisData* n° 2015-015567.

Juridictions spécialisées

- JRRS Paris, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *AJ pénal*, 2009, p. 325, obs. M. Herzog-Evans ; *D.*, 2009, p. 2146, note M. Herzog-Evans.
- JNRS, 1^{er} juil. 2010, n° 10JNRS001, *AJ pénal*, 2010, p. 559, obs. Herzog-Evans.
- JRRS Nancy, 8 déc. 2010.
- JNRS, 14 juin 2011.

2. Le champ d'application temporel

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Oldham c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2000, n° 36273/97.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-80518, *Bull. crim.*, n° 197; *D.*, 2006., Pan. p. 1651, obs. G. Roujou de Boubée; *RSC*, 2005, p. 67, obs. Fortis.
- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.*; Cass. crim. 29 avr. 2009, n° 08-86690, *préc.*

Juridictions du fond françaises

- CA Paris, pôle 2, ch. 10, 10 sept. 2009, n° 09/02651, *JurisData* n° 2009-010340.

C. Le contenu des mesures de surveillance probatoires

D. La qualification juridique des mesures de surveillance probatoires

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 17440/90, Série A n° 307-A, p. 13 ; *AJDA*, 1995, p. 719, chron. Flauss; *RSC*, 1996, p. 470, obs. Koering-Joulin.
- CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 15917/89 : Série A, n° 317-B ; *AJDA*, 1995, p. 719, chron. Flauss ; *D.*, 1996, p. 197, obs. Renucci; *RSC*, 1995, p. 855, obs. Pettiti; *ibid.* 1996, p. 471, obs. Koering-Joulin; *ibid.* p. 662, obs. Delmas Saint-Hilaire.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-84182, *préc.*
- Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-82182, *Bull. crim.*, n° 198, p. 714 ; *AJ pénal*, 2004, p. 405, obs. J. Leblois-Happe; Cass. crim., 2 sept. 2004, n° 04-80518, *Bull. crim.*, n° 197; *D.*, 2006., Pan. P. 1651, obs. Roujou de Boubée; *RSC*, 2005, p. 67, obs. Fortis.
- Cass. crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84367, *préc.*

Conseil d'État

- CE, 1^e et 2^e ss-sect., 12 déc. 2007, n° 293993, *Section française de l'Observatoire international des prisons*.

Juridictions spécialisées

- JNRS, 1^{er} juil. 2010, n° 10JNRS001, *préc.*

§ 2 : La mesure de surveillance allemande : la surveillance de conduite ou *Führungsaufsicht*

Juridictions du fond allemandes

- OLG Karlsruhe, 15 janv. 1981, 1 Ws 304/81, *GA*, 1981, p. 269 ; et 28 janv. 1987, 1 Ws 9/87, *GA*, 1987, p. 410.
- OLG Hamm, 6 août 2009, 3 Ws 252/09.

A. Le régime de la surveillance de conduite

1. Les conditions d'application de la mesure

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 15 août 1980, 2 BvR 495/80, BVerfGE 55, 28.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Düsseldorf, 6 févr. 1989, 3 Ws 850/88, *MDR*, 1990, p. 356.
- OLG Hamm, 6 sept. 2000, 2 Ws 231/00, *NStZ-RR*, 2001, p. 59.
- KG Berlin, 31 août 2005, 1 AR 895/05, 5 Ws 389/05.
- OLG Zweibrücken, 11 nov. 2009, 1 Ws 248/09 ; OLG Cologne, 13 avr. 2012, 2 Ws 197/12.
- OLG Hamm, 13 nov. 2007, 4 Ws 496 et 498/07.

2. La durée de la mesure

Juridictions du fond allemandes

- OLG Rostock, 2 mai 2013, Ws 119/13.

B. Le contenu de la surveillance de conduite

Juridictions du fond allemandes

- OLG Hambourg, 19 févr. 1985, 2 Ss 205/84, *NJW*, 1985, p. 1232.
- OLG Jena, 2 mars 2006, 1 Ws 66/06.
- OLG Dresde, 11 sept. 2009, 2 Ws 409/09.

Section 3 : Les mesures privatives ou restrictives de droits

§ 1 : Les mesures attachées à la personne du délinquant ou mesures personnelles

Cour de cassation

- Cass. crim., 28 mars 1950, *Rev. pénit.*, 1951, p. 550.
- Cass. crim., 7 nov. 1956, *Bull. crim.*, n° 715.
- Cass. crim., 23 nov. 1982, n° 82-92183, *Bull. crim.*, n° 265.
- Cass. crim., 2 févr. 1983, *Bull. crim.*, n° 44.
- Cass. crim., 8 nov. 1988, n° 87-90889.
- Cass. crim., 1^{er} févr. 1995, n° 94-81098.
- Cass. crim., 29 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 135.

A. Les mesures applicables aux délinquants pénalement responsables

1. L'annulation et la suspension du permis de conduire/ *die Entziehung der Fahrerlaubnis*

a. L'annulation et la suspension du permis de conduire en droit français

Cour de Justice de l'Union européenne (ancienne Cour de Justice des Communautés européennes)

- CJCE, 26 juin 2008, aff. jtes C-329/06 et C-343/06, *Wiedemann et Funk*.
- CJCE, 26 juin 2008, aff. Jtes C-334/06, C-335/06 et C-336/06, *Zerche, Seuke et Schubert : Europe*, 2008, comm. 264, obs. V. Michel

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-40 QPC, *Annulation du permis de conduire* (relative à l'article L. 234-13 du C. route) : *J.O.* 30 sept. 2010, p. 17782 ; *Constitutions*, 2011, p. 531, obs. A. Darsonville ; *JCP G*, 2010, 1149, note A. Lepage et H. Matsopoulou ; *D.*,

2010, Pan. 2732, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 2011, p. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 122, obs. J.-H. Robert ; *AJ pénal*, 2010, p. 501, obs. J.-B. Perrier ; *RSC*, 2011, p. 182, obs. B. de Lamy ; *ibid.* p. 193, chron., Ch. Lazerges ; *Procédures*, comm. 387, obs. J. Buisson.

Cour de cassation

- Cass. crim., 24 janv. 1963, n° 62-90120, *Bull. crim.*, n° 45; *Gaz. Pal.*, 1963, 1, p. 451.
- Cass. crim., 20 juin 1963, n° 62-91709, *Bull. crim.*, n° 215.
- Cass. crim., 3 déc. 1963, n° 62-92138, *Bull. crim.*, n° 343.
- Cass. crim., 20 oct. 1964, n° 62-92075, *Bull. crim.*, n° 268.
- Cass. crim., 25 févr. 1965, *D.*, 1965, p. 413, *JCP*, 1965, I, 14182, note Combaldieu.
- Cass. crim., 24 mai 1966, n° 66-90176, *Bull. crim.*, n° 158.
- Cass. crim., 3 févr. 1967, n° 66-93732, *Bull. crim.*, n° 50.
- Cass. crim., 24 juil. 1967, n° 67-90215, *Bull. crim.*, n° 232.
- Cass. crim., 3 déc. 1970, n° 70-91421, *Bull. crim.*, n° 322, p. 788.
- Cass. crim., 3 juil. 1975, n° 74-93045, *Bull. crim.*, n° 177, p. 485.
- Cass. crim., 27 janv. 1976, n° 75-91781, *Bull. crim.*, n° 31, p. 73.
- Cass. crim., 17 juin 1986, n° 85-94859, *Bull. crim.* n° 209, *RSC*, 1986, p. 844, obs. A. Vitu.
- Cass. crim., 21 déc. 1987, n° 86-96529, *Bull. crim.*, n° 473, p. 1245.
- Cass. crim., 7 févr. 1990, *Dr. pén.*, 1990, p. 197.
- Cass. crim., 30 mai 1991, *préc.*
- Cass. crim., 17 oct. 1991, n° 88-82809, *Bull. crim.*, n° 358, p. 893; *Gaz. Pal.*, 1992, p. 333, note J.-P. Doucet; *RSC*, 1992, p. 745, obs. A. Vitu; *RSC*, 1992, p. 779, obs. A. Braunschweig.
- Cass. crim., 15 févr. 1994, n° 93-83473, *Bull. crim.*, n° 67, p. 140.
- Cass. crim., 15 juin 1994, n° 93-85662, *Bull. crim.*, n° 241, p. 580.
- Cass. crim., 10 juil. 1996, n° 95-85785, *Bull. crim.*, n° 289, p. 892.
- Cass. crim., 17 févr. 1998, n° 96-86257, *Bull. crim.*, n° 60, p. 162.
- Cass. crim., 3 sept. 1998, n° 97-85613, *Bull. crim.*, n° 226, p. 654.
- Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-81778, *Bull. crim.*, n° 25, p. 58.
- Cass. crim., 13 févr. 2007, n° 06-83564, *Bull. crim.*, 2007, n° 42.
- Cass. crim., 12 mars 2008, n° 07-85965, *Bull. crim.*, n° 62.
- Cass. crim., 14 mai 2008, n° 08-80841, *Bull. crim.*, 2008, n° 111.
- Cass. crim., 7 sept. 2010, n° 09-88057, *Dr. pén.*, 2010, comm. 124, note J.-H. Robert.
- Cass. crim., 28 nov. 2012, n° 12-82183, *Bull. crim.*, n° 263.
- Cass. crim., 8 janv. 2013, n° 12-80501, *Bull. crim.*, n° 3.
- Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 12-83112, *D.*, 2013, p. 2523.

b. L'annulation du permis de conduire en droit allemand : *die Entziehung der Fahrerlaubnis*

Cour de Justice de l'Union européenne (ancienne Cour de Justice des Communautés européennes)

- CJCE, 29 févr. 1996, aff. C-193/94, *Sknavi et Chryssanthakopoulos* : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 929.
- CJCE, 10 juil. 2003, aff. C-246/00, *Commission c. Pays-Bas* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 7485.
- CJCE, 26 juin 2008, aff. jtes C-329/06 et C-343/06, *Wiedemann et Funk*, *préc.*
- CJCE, 26 juin 2008, aff. jtes C-334/06, C-335/06 et C-336/06, *Zerche, Seuke et Schubert*, *préc.*
- CJUE, 3 juil. 2008, *NJW*, 2009, p. 207.
- CJUE, 2° ch., 19 mai 2011, aff. C-184/10, *Mathilde Grasser*, *Europe*, 2011, comm. 245, obs.

V. Michel.

- CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-224/10, *Leo Apelt*.
- CJUE, 26 avr. 2012, aff. C-419/10.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 20 juin 2002, 1 BvR 2062/96, *NJW*, 2002, p. 2380.
- BVerfG, 22 sept. 2011, 2 BvR 947/11, *DAR*, 2012, p. 14,17 s.

Bundesgerichtshof

- BGH, 5 nov. 1953, 3 StR 504/53, *LSK*, 1953, 843426.
- BGH, 29 juin 1954, 5 StR 233/54, *NJW*, 1954, p. 1167.
- BGH, 14 déc. 1954, 3 StR 330/54, *BGHSt* 7, p. 165 s.
- BGH, 29 mai 1957, 2 StR 195/57, *BGHSt* 10, p. 333 s.
- BGH, 10 févr. 1961, 4 StR 546/60, *NJW*, 1961, p. 1269.
- BGH, 8 déc. 1982, 3 StR 397/82, *NStZ*, 1983, p. 168.
- BGH, 11 août 1998, 1 StR 328/98, *StV*, 1999, p. 18.
- BGH, 5 nov. 2002, 4 StR 406/02.
- BGH, 17 déc. 2002, 4 StR 392/02.
- BGH, 14 mai 2003, 1 StR 113/03.
- BGH, 16 sept. 2003, 4 StR 85/03, *StV*, 2004, p. 128.
- BGH, 26 sept. 2003, 2 StR 161/03.
- BGH, 28 oct. 2003, 5 ARs 67/03, *NStZ*, 2004, p. 148.
- BGH (GS), 27 avr. 2005, GSSt 2/04, *NJW*, 2005, p. 1957, 1958.
- BGH, 21 juin 2005, 4 StR 28/05, *NJW*, 2005, p. 2933.
- BGH, 24 août 2005, 1 StR 335/05, *StV*, 2006, p. 186.
- BGH, 19 sept. 2005, 1 StR 296/05, *NStZ*, 2006, p. 334.
- BGH, 23 mai 2012, 5 StR 185/12, *NZV*, 2012, p. 495.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Saarbrücken, 20 mai 1965, Ss 8/65, *NJW*, 1965, p. 2313.
- BayObLG, 30 sept. 1970, RReg. 1 St 79/70, *NJW*, 1971, p. 206.
- OLG Hamm, 4 juin 1971, 3 Ss 359/71, *NJW*, 1971, p. 1618.
- LG Bamberg, 23 juil. 1984, 3 C KLs 51/69, *StV*, 1984, p. 518.
- OLG Düsseldorf, 24 août 1998, 5 Ss 267/98, 59/98 I, *NZV*, 1999, p. 174.
- OLG Karlsruhe, 29 août 2000, 3 Ws 153/00, *NStZ-RR*, 2002, p. 54.
- OLG Hambourg, 29 mars 2004, 2 Ws 4/04, *VRS*, 107, p. 30 ; *DAR*, 2004, p. 660.
- LG Potsdam, 2 nov. 2004, 23 Qs 151/04, *ZFS* 2005, p. 100.
- OLG Hamm, 30 déc. 2004, 4 Ss 438/04, *Verkehrsrecht aktuell*, 2005, p. 69.
- OLG Jena, 12 janv. 2005, 1 Ws 3/05, *LSK*, 2005, 370037.
- OLG Karlsruhe, 5 sept. 2005, 1 Ws 169/05, *NStZ-RR*, 2006, p. 57.
- LG Oldenburg, 7 août 2007, 250 Js 32998/07, 1 Qs 338/07, *NZV*, 2008, p. 50.
- LG Münster, 8 août 2005, 15 Ns 82 Js 173/04, 9/05, *NZV*, 2005, p. 656.
- VG Potsdam, 14 août 2007, 10 K 881/07.
- AG Berlin-Tiergarten, 19 mai 2010, 287 Cs, 3032, PLs 3509/09, 241/09.
- OLG Cologne, 9 juin 2010, 2 Ws 361/10, *NJW*, 2010, p. 2817.
- LG Berlin, 2 août 2010, 533 Qs 97/10, *DAR*, 2010, p. 712
- AG Gemünden, 1^{er} août 2011, 1 Cs 952 Js 6185/11, *BA* 2012, p. 50.
- AG Westerstede, 10 avr. 2012, 42 Cs 32/12 (375 Js 67793/11), *NZV*, 2012, p. 304.

2. Les interdictions professionnelles

a. Les interdictions professionnelles en droit français

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 20 mai 2011, déc. 2011-132 QPC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 18 janv. 1950, *S.* 1950, p. 124, *D.*, 1950, p. 213, *JCP*, 1950, II, p. 5383.
- Cass. crim., 29 janv. 1965, n° 64-91889, *Bull. crim.*, n° 29.
- Cass. crim., 25 oct. 1967, n° 67-92193, *préc.*
- Cass. crim., 12 juin 1968, n° 67-92268, *Bull. crim.*, n° 189.
- Cass. crim., 14 oct. 1971, n° 71-90165, *Bull. crim.*, n° 266.
- Cass. crim., 7 janv. 1972, n° 71-91342, *préc.*
- Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91139, *préc.*
- Cass. crim., 26 nov. 1997, n° 96-83792, *préc.*
- Cass. crim., 23 janv. 2001, n° 00-83268.
- Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *préc.*
- Cass. crim., 23 mai 2012, n° 11-85768, *Bull. crim.*, 2012, n° 132.

b. L'interdiction professionnelle en droit allemand : *das Berufsverbot*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 15 janv. 1969, 1 BvR 438/65, BVerfGE 25, 88.
- BVerfG, 2 mars 1977, 1 BvR 124/76, BVerfGE 44, 105 s.
- BVerfG, 30 mai 1978, 1 BvR 352/78, *NJW*, 1978, p. 1479.
- BVerfG, 30 oct. 2002, 2 BvR 1837/00, *BeckRS*, 2002, 30290606.
- BVerfG, 25 sept. 2003, 2 BvR 1580/03.

Bundesgerichtshof

- BGH, 7 mai 1953, 5 StR 1/53.
- BGH, 1^{er} nov. 1955, 5 StR 442/55, *MDR*, 1956, p. 143.
- BGH, 12 juin 1958, 4 StR 147/58, *VRS*, 15, p. 112, 115.
- BGH, 23 juin 1959, 5 StR 221/59, *GA* 1960, p. 183.
- BGH, 19 janv. 1962, 3 StR 43/61, *NJW*, 1962, p. 643.
- BGH, 25 mai 1965, 3 StR 11/65, *NJW*, 1965, p. 1388.
- BGH, 17 mai 1968, 2 StR 220/68, *BGHSt* 22, 144, 145 s.
- BGH, 12 mai 1975, AnwSt (R) 8/74, *NJW*, 1975, p. 1712.
- BGH, 2 août 1978, StB 171/78, *BGHSt* 28, p. 84, 85 s.
- BGH, 22 oct. 1981, 4 StR 429/81, *wistra* 1982, p. 66.
- BGH, 20 avr. 1983, Z 2 StR 175/83, *NJW*, 1983, p. 2099.
- BGH, 16 sept. 1986, 4 StR 447/86, *wistra* 1987, p. 60.
- BGH, 30 oct. 1987, 3 StR 414/87, *BGHR StGB* § 70, al. 1 Wiederholungsgefahr 1.
- BGH, 12 sept. 1994, 5 StR 487/94, *NStZ*, 1995, p. 124.
- BGH, 4 déc. 2001, 1 StR 428/01, *NStZ*, 2002, p. 198.
- BGH, 16 janv. 2003, 3 StR 454/02, *StV*, 2004, p. 653.
- BGH, 20 janv. 2004, 1 StR 319/03.
- BGH, 7 juin 2005, 2 StR 122/05, *NJW*, 2005, p. 2566.
- BGH, 26 juil. 2005, 3 StR 36/05, *BeckRS*, 2005, 10136.
- BGH, 24 avr. 2007, 1 StR 439/06, *JurionRS*, 2007, 31216.
- BGH, 1^{er} juin 2007, 2 StR 182/07, *StV*, 2008, p. 80.

- BGH, 7 nov. 2007, 1 StR 164/07, *HRRS*, 2007, n° 1092.
- BGH, 8 mai 2008, 3 StR 122/08, *BeckRS*, 2008, 12089.
- BGH, 9 mars 2011, 2 StR 609/10, *BeckRS*, 2011, 07824.
- BGH, 25 avr. 2013, 4 StR 296/12, *HRRS*, 2013, n° 532.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Hamm, 17 avr. 1956, 3 Ss 110/56.
- OLG Hamm, 23 juil. 1957, (1) Ss 584/57 (223-57), *NJW*, 1957, p. 1773.
- OLG Koblenz, 5 févr. 1997, 1 Ws 30/97, *wistra*, 1997, p. 280.
- OLG Francfort/M., 25 oct. 2002, 3 Ws 593/02, *NStZ-RR*, 2003, p. 113.
- BerlVerfGH, 14 févr. 2005, VerfGH 172/04, *NJW-RR*, 2005, p. 1294.

B. Les mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10: JurisData n° 2015-019339, *Dr. pén.* n° 10, oct. 2015, comm. 134, V. Peltier.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *préc.*
- Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*

§ 2 : Les mesures attachées au patrimoine du délinquant ou mesures réelles

A. La confiscation spéciale

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC : *J.O.* 27 nov. 2010, p. 21117 ; *D.*, 2010, Actu. 2840 ; *D.*, 2011, Pan. 2826, obs. Roujou de Boubée ; *AJ pénal*, 2011, p. 31, obs. Perrier ; *Procédures*, 2011, n° 37, obs. Buisson ; *JCP*, 2011, n° 15, obs. J.-H. Robert ; *Dr. pén.*, 2011, Chron. 2, obs. Peltier

Cour de cassation

- Cass. crim., 29 janv. 1914, *préc.*
- Cass. crim., 16 janv. 1920, *préc.*
- Cass. crim., 22 oct. 1920, *préc.*
- Cass. crim., 18 juin 1957, *préc.*
- Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *préc.*
- Cass. crim., 6 nov. 1984, *préc.*
- Cass. crim., 19 mars 1990, n° 89-81140, *préc.*
- Cass. crim., 4 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 107.
- Cass. crim., 25 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 141.
- Cass. crim., 16 janv. 1992, n° 91-82609, *Bull. crim.*, n° 17.
- Cass. crim., 30 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 395.
- Cass. crim., 10 janv. 1994, n° 93-82789, *Bull. crim.*, n° 11.
- Cass. crim., 21 mars 1996, *préc.*
- Cass. crim., 30 avr. 1996, *préc.*

- Cass. crim., 22 mai 1997, n° 96-83014, *préc.*
- Cass. crim., 6 mars 1997, *préc.*
- Cass. crim., 5 juin 1997, n° 96-83086, *préc.*
- Cass. crim., 1^{er} oct. 1998, *préc.*
- Cass. crim., 13 avr. 1999, n° 97-85443, *Bull. crim.*, n° 74 ; *D.*, 199, p. 144; *RSC*, 1999, p. 811, obs. B. Bouloc.
- Cass. crim., 27 avr. 2000, n° 99-84559, *Bull. crim.*, 2000, n° 172 ; *Dr. pén.*, 2000, comm. 99, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 13 nov. 2008, n° 08-83597, *Dr. pén.*, 2009, Chron. 3, p. 20, obs. Garçon.
- Cass. crim., 9 mars 2011, n° 10-82319.
- Cass. crim., 3 nov. 2011, n° 10-87630.
- Cass. crim., 23 mai 2013, *Dalloz actu.*, 5 juin 2013, obs. Bombled ; *D.*, 2013., Chron. 1780, obs. Labrousse.

Juridictions du fond françaises

- TGI Saint-Étienne, 10 août 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, II, p. 775.

B. La fermeture d'établissement

Cour de cassation

- Cass. crim., 9 déc. 1915, *D.*, 1916, I, p. 153.
- Cass. crim., 7 mars 1918, *préc.*
- Cass. crim., 20 janv. 1960, *préc.*
- Cass. crim., 12 févr. 1963, n° 62-93032, *Bull. crim.*, n° 71.
- Cass. crim., 16 mars 1965, n° 64-91596, *préc.*
- Cass. crim., 5 mai 1965, n° 64-93280, *Bull. crim.*, n° 129, *JCP G*, 1966, II, 14609, note R. Legeais.
- Cass. crim., 24 mars 1966, n° 65-91460, *préc.*
- Cass. crim., 21 janv. 1969, n° 68-90405, *préc.*
- Cass. crim., 9 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 79.
- Cass. crim., 11 janv. 1983, *préc.*
- Cass. crim., 10 oct. 1983, *préc.*
- Cass. crim., 10 mai 1989, n° 88-86285, *préc.*

Juridictions du fond françaises

- CA Paris, 13 avr. 1972, *préc.*

2nde PARTIE : L'AUTONOMIE DES MESURES DE SÛRETÉ

TITRE I : UNE AUTONOMIE LIMITÉE

Chapitre I : Le caractère flou du concept de mesure de sûreté

Section 1 : L'incertitude de la notion de mesure de sûreté

§ 1 : Les insuffisances de la reconnaissance des mesures de sûreté en droit interne

A. L'absence de consensus sur la place des mesures de sûreté

1. Les contestations doctrinales de l'existence autonome des mesures de sûreté

2. Les hésitations législatives et jurisprudentielles

B. La relativité des catégories juridiques établies

1. La relativité des catégories juridiques en droit interne

a. Les mesures de sûreté dissimulées

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 11 juin 2010, déc. n° 2010-6/7 QPC : *J.O.*, 12 juin 2010, p. 10849 ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 84, 3^e esp., obs. J.-H. Robert ; *Rev. pénit.*, 2010, p. 421, obs. X. Pin ; *AJ pénal*, 2010, p. 392, obs. J.-B. Perrier ; *D.*, 2010, jurispr. p. 1560, note S. Lavric ; *AJDA*, 2010, p. 1831, obs. B. Maligner.

- Cons. const., 10 déc. 2010, déc. n° 2010-72/75/82 QPC, *préc.*

- Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-40 QPC, *préc.*

- Cons. const., 29 sept. 2010, déc. n° 2010-41 QPC : *J.O.* 30 sept. 2010, p. 17783 ; *Constitutions*, 2011, p. 531, obs. A. Darsonville ; *JCP G*, 2010, 1149, note A. Lepage et H. Matsopoulou ; *D.*, 2011, p. 54, note B. Bouloc ; *ibid.* p. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 122, note J.-H. Robert ; *AJ pénal*, 2010, p. 501, obs. J.-B. Perrier ; *RSC*, 2011, p. 182, obs. B. de Lamy ; *ibid.* p. 193, obs. Ch. Lazerges.

- Cons. const., 1^{er} avr. 2011, déc. n° 2011-114 QPC : *J.O.* 2 avr. 2011, p. 5894 ; *Dr. pén.*, 2011, comm. 82, obs. J.-H. Robert.

- Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *préc.*

- Cons. const., 17 mars 2011, déc. n° 2010-103 QPC, *J.O.* 18 mars 2011, p. 4934.

- Cons. const., 25 mars 2011, déc. n° 2011-111 QPC, *J.O.* 26 mars 2011, p. 5407.

- Cons. const., 16 sept. 2011, déc. n° 2011-162 QPC, *J.O.* 17 sept. 2011, p. 15599

- Cons. const., 27 janv. 2012, déc. n° 2011-211 QPC : *J.O.* 28 janv. 2012, p. 1674, *Dr. pén.*, 2012, comm. 36, 1^{re} espèce, obs. J.-H. Robert.

- Cons. const., 3 févr. 2012, déc. n° 2011-218 QPC : *J.O.* 4 févr. 2012 ; *Dr. pén.*, 2012, comm. 36, 2^e esp., obs. J.-H. Robert.

- Cons. const., 10 févr. 2012, déc. n° 2011-220 QPC, *J.O.* 11 févr. 2012.

Cour de cassation

- Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-84182, *préc.*

- Cass. crim., 8 juil. 2010, n° 10-90077.

b. Les mesures similaires aux mesures de sûreté

Cour de cassation

- Cass. crim., 10 juil. 2013, n° 13-82740, *préc.*

2. La relativité des catégories juridiques en droit comparé

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

§ 2 : L'autonomie de la définition européenne des sanctions pénales

A. La notion de « peine » au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

1. La technique d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Rasmussen c. Danemark*, 28 nov. 1984, n° 8777/79 : *JDI*, 1986, p. 1074, obs. Rolland et Tavernier; *AFDI*, 1985, p. 403, obs. Coussirat-Coustère.

- CEDH, *Wynne C. Royaume-Uni*, 18 juil. 1994, n° 15484/89 : *RSC*, 1994, p. 796, obs. Pettiti.

- CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, GC, 28 mai 2002, n° 46295/99 : *RSC*, 2004, p. 165, obs. F. Massias.

- CEDH, *VO c. France*, GC, 8 juil. 2004, n° 53924/00 : *AJDA*, 2004, p. 1809, chron. Flauss; *D.*, 2004, p. 2456, note Pradel; *ibid.* p. 2535, obs. Berro-Lefèvre; *ibid.* p. 2754, obs. Roujou de Boubée; *ibid.* p. 2801, chron. Serverin; *RSC*, 2005, p. 135, obs. Massias; *RTD civ.*, 2004, p. 714, obs. Hauser; *ibid.* p. 799, obs. Marguénaud.

- CEDH, *Sejdovic c. Italie*, 1^{er} mars 2006, n° 56581/00, *AJDA*, 2005, p. 541, chron. J.-F. Flauss.

- CEDH, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, 17 sept. 2009, n° 10249/03 : *AJDA*, 2010, p. 997, chron. Flauss ; *D.*, 2010, p. 2732, obs. Roujou de Boubée, Garé et Mirabail; *RSC*, 2010, p. 234, obs. Marguénaud.

- CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, GC, 23 févr. 2012, n° 27765/09 : *RFDA*, 2013, p. 576, obs. Labayle, Sudre, Dupré de Boulois et Milano ; *AJDA*, 2012, p. 1726, chron. Burguorgue-Larsen ; *D.*, 2013, p. 324, obs. Boskovic, Corneloup, Jault-Seseke, Joubert et Parrot.

2. La jurisprudence européenne relative à la notion de « peine »

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 : *CDE* 1978, p. 364, obs. Cohen-Jonathan; *AFDI*, 1977, p. 481, obs. Pelloux.

- CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, 21 févr. 1984, n° 8544/79, *Publications de la Cour*, vol. 73.

- CEDH, *Demicoli c. Malte*, 27 août 1991, n° 13057/87 : *AFDI*, 1991, p. 585, obs. Coussirat-Coustère; *JDI*, 1992, p. 792, obs. Decaux et Tavernier.

- CEDH, *Raimondo c. Italie*, 22 févr. 1994, n° 12954/87, série A, n° 281-A : *RSC*, 1995, p. 388, obs. Massias; *ibid.* 1994, p. 614, obs. Pettiti; *JDI*, 1995, p. 748, obs. Decaux et Tavernier; *AFDI*, 1994, p. 658, obs. Coussirat-Coustère; *JCP*, 1995, I, p. 3823, chron. Sudre.

- CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05 : *D.* 2010, AJ p. 93, obs. Gachi ; *Dr. pén.*, 2010, chron. 3, n° 24, obs. Dreyer.

- CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *préc.*

- CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 15917/89, *préc.*

- CEDH, *Putz c. Autriche*, 22 févr. 1996, n° 18892/91 : *AJDA*, 1996, p. 1005, chron. J.-F. Flauss ; *RSC*, 1997, p. 468 et 473, obs. R. Koering-Joulin; *RTDH*, 1997, p. 493, obs. F. Massias.

- CEDH, *Garyfallou AEBE c. Grèce*, 24 sept. 1997, n° 18996/91.

- CEDH, *Pierre-Bloch c. France*, 21 oct. 1997, n° 24194/94 : *AJDA*, 1998, p. 65, note Burgorgue-Larsen; *D.*, 1998, p. 208, obs. Perez; *RFDA*, 1998, p. 999, note Jan; *RSC*, 1998, p. 391, obs. Koering-Joulin.
- CEDH, *Malige c. France*, 23 sept. 1998, n° 27812/95 : *JCP*, 1999, p. 10089, note Sudre.
- CEDH, *Escoubet c. Belgique*, 28 oct. 1999, n° 26780/95.
- CEDH, *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, *CEDH 2000-VII*.
- CEDH, *Grava c. Italie*, 10 juil. 2003, n° 43522/98.
- CEDH, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, 9 oct. 2003, n° 39665/98, 40086/98 : *AJDA*, 2004, p. 534, chron. Flauss; *AJ pénal*, 2004, p. 36, obs. Céré; *RSC*, 2004, p. 165, obs. Massias; *ibid.* p. 173, obs. Massias.
- CEDH, *Uttley c. Royaume-Uni*, 29 nov. 2005, n° 36946/03.
- CEDH, *Van der Velden c. Pays-Bas*, 7 déc. 2006, n° 29514/05, *CEDH 2006-XV*.
- CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 févr. 2008, n° 21906/04 : *RSC*, 2009, p. 436, obs. Poncela ; *RSC*, 2008, p. 700, obs. Marguénaud et Roets ; *Dr. pén.*, 2009, chron. 4, n° 12, obs. Dreyer.
- CEDH, *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 sept. 2009, n° 10249/03.
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, GC, 21 oct. 2013, n° 42750/09 : *D.*, 2013, p. 2775, obs. Falxa; *RSC*, 2014, p. 174, obs. Roets.

Commission européenne des droits de l'homme

- Com. EDH, *Hogben c. Royaume-Uni*, 3 mars 1986, n° 11653/85, *Décisions et rapports* 46, p. 231.
- Com. EDH, rapport *Weber c. Suisse*, 16 mars 1989.
- Com. EDH, *Hosein c. Royaume-Uni*, 28 fév. 1996, n° 26293/95.

B. La qualification autonome de la détention de sûreté allemande

1. La détention de sûreté, une « peine » au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, n° 24478/03, *préc.*
- CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04.
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07.
- CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07.
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07.
- CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*
- CEDH, *Mork c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 31047/04 et 43386/08.
- CEDH, *Schmitz c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 30493/04.
- CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *préc.*
- CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09.
- CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09.
- CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.
- CEDH, *H.W. c. Allemagne*, 19 sept. 2013, n° 17167/11.
- CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12.

2. Les conséquences de la qualification autonome sur le droit interne

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Bouchacourt c. France*, 17 déc. 2009, n° 5335/06 : RSC, 2010, p. 240, obs. Roets; JCP G, 2010, act. 62, obs. Sudre.
- CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *M.B. c. France*, n° 22115/06 : RSC, 2010, p. 240, obs. Roets ; D., 2010, AJ p. 93, obs. Gachi.

Section 2 : L'imprécision des contours des mesures de sûreté

§ 1 : Le recoupement des régimes des mesures de sûreté et des peines

A. Le rapprochement des conditions d'application

1. L'intervention *post delictum* des réponses pénales

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 avr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

2. La prise en compte de la dangerosité du délinquant

Cour de cassation

- Cass. crim., 27 juin 1989, n° 88-86344, *Bull. crim.*, n° 274, p. 678.
- Cass. crim., 20 juin 1996, n° 95-83182, *JCP*, 1996, IV, 2358.
- Cass. crim., 21 nov. 1996, n° 95-85995, *Bull. crim.*, n° 420, p. 1217.
- Cass. crim., 22 avr. 1998, n° 97-84522, *Gaz. Pal.*, 1998, 2, chron. crim., p. 144.
- Cass. crim., 24 juin 1998, n° 97-84989, *Bull. crim.*, n° 206, p. 588.
- Cass. crim., 24 sept. 1998, n° 98-80244.
- Cass. crim., 18 mai 1999, n° 98-83284.
- Cass. crim., 17 janv. 2001, n° 00-83506.
- Cass. crim., 9 janv. 2002, n° 01-85268.
- Cass. crim., 5 nov. 2003, n° 03-82276.
- Cass. crim., 6 janv. 2004, n° 03-83365.
- Cass. crim., 28 avr. 2004, n° 03-83717.
- Cass. crim., 9 juin 2004, n° 03-86718.
- Cass. crim., 25 févr. 2014, n° 12-88098.
- Cass. crim., 4 déc. 2012, n° 11-89008.
- Cass. crim., 19 déc. 2012, n° 12-80386.
- Cass. crim., 26 juin 2013, n° 11-81296.
- Cass. crim., 26 juin 2013, n° 12-85116.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 28 juin 1983, 2 BvR 539/80, BVerfGE 64, 261.
- BVerfG, 8 nov. 2006, 2 BvR 578/02, BVerfGE 117, 71.

Juridictions du fond françaises

- CA Poitiers, 11 juin 2001, n° 2001/004N.
- CA Douai, 11 janv. 2008, n° 07/03808.

B. L'exigence commune d'individualisation

1. Les origines du principe d'individualisation de la sanction pénale

2. La portée du principe d'individualisation de la sanction pénale

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 22 juil. 2005, déc. n° 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, J.O. 27 juil. 2005, p. 12241.

- Cons. const., 3 mars 2007, déc. 2007-553 DC, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, J.O. 7 mars 2007, p. 4356.

- Cons. const., 9 août 2007, déc. n° 2007-554 DC, *Loi n° 2007-1198 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, J.O. 11 août 2007, p. 13478; RSC, 2008, p. 136, note B. de Lamy.

- Cons. const., 20 mai 2011, déc. 2011-132 QPC, *préc.*

§ 2 : Le recoupement des finalités des mesures de sûreté et des peines

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

A. L'omniprésence de la finalité préventive des sanctions pénales

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*

B. Les composantes de la finalité préventive des sanctions pénales

1. La prévention par la réinsertion sociale

a. La finalité resocialisatrice de la réponse pénale

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Bouchacourt, Gardel et M.B. c. France*, 17 déc. 2009, *préc.*

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

- CEDH, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, 18 sept. 2012, n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09 : *Dalloz actu.*, 8 oct. 2012, obs. Bachelet.

- CEDH, *Vinter et a. c. Royaume-Uni*, 9 juill. 2013, GC, n° 66069/09: *JurisData* n° 2013-022188 ; *D.*, 2013, p. 2081, note J.-F. Renucci.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 18 juil. 1967, 2 BvF 3/62, BVerfGE 22, 219: *DÖV*, 1968, p. 826, note O. E. Krasney; *NDV*, 1968, p. 123, note D. Giese ; *NJW*, 1968, p. 433, note G. Küchenhoff.

- BVerfG, 5 juin 1973, 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202, 235 : *DRiZ*, 1976, p. 65, note A. Müller-Emmert; *JuS*, 2009, p. 603, note D. Couzinet.

- BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (239): *BewHi*, 1978, p. 99, note K.-H. Groß; *GA*, 1979, p. 439, note H. Beckmann.

- BVerfG, 5 avr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

- BVerfG, 1^{er} août 2008, 2 BvR 1001/08.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*

b. La resocialisation par le traitement et le soin

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

- CEDH, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, 18 sept. 2012, n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 27 juin 2007, n° 06-86911, *AJ pénal*, 2007, p. 532, note M. Herzog-Evans.

- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.*

- Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 09-80951, *AJ pénal*, 2009, p. 498, note M. Herzog-Evans.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 23 mars 2011, 2 BvR 882/09: *ZIS*, 2011, p. 714, note J. Ch. Bublitz; *BtPrax*, 2011, p. 233, note D. Olzen, A. Metzmacher; *BtPrax*, 2012, p. 140, note H. Kammeier.

2. La prévention par la neutralisation

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*

Chapitre II : La soumission des mesures de sûreté aux principes fondamentaux du droit pénal

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09.

- CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Cologne, 28 févr. 2013, 2 Ws 81/13.

- OLG Bamberg, 5 mars 2013, 1 Ws 98/13.

Section 1 : Les mesures de sûreté et les garanties substantielles

§ 1 : Les droits fondamentaux reconnus au délinquant

A. Les droits fondamentaux tenant à la personne même

1. Le principe du respect de la dignité de la personne humaine

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, n° 5310/71, série A, n° 25.

- CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72 : *RTDH*, 2001, p. 887, obs. F. Sudre.

- CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juil. 1989, n° 14038/88 : *JCP G*, 1990, p. 3452, note Labayle ; *RGDIP*, 1990, p. 103, obs. Sudre.
- CEDH, *V. c. Royaume-Uni*, 16 déc. 1999, n° 24888/94.
- CEDH, *Kudla c. Pologne*, 26 oct. 2000, n° 30210/96 : *AJDA*, 2000, p. 1006, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2001, p. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *ibid.* 2003, p. 85, étude J. Andriantsimbazovina ; *RSC*, 2001, p. 881, obs. F. Tulkens ; *RTD civ.*, 2001, p. 442, obs. J.-P. Marguénaud.
- CEDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avr. 2001, n° 27229/95 : *CEDH* 2001-III ; *AJDA*, 2001, p. 1060, chron. J.-F. Flauss ; *RSC*, 2001, p. 881, obs. F. Tulkens ; *JCP G*, 2001, I, p. 342, obs. F. Sudre.
- CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avr. 2002, n° 2346/02.
- CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n° 46295/99, *préc.*
- CEDH, *Mastromatteo c. Italie*, GC, 24 oct. 2002, n° 37703/97, *préc.*
- CEDH, *Mouisel c. France*, 14 nov. 2002, n° 67263/01 : *AJDA*, 2003, p. 603, chron. J.-F. Flauss ; *D.*, 2003, p. 303, note H. Moutouh ; *ibid.* p. 524, obs. J.-F. Renucci ; *RSC*, 2003, p. 144, obs. F. Massias.
- CEDH, *Matencio c. France*, 15 janv. 2004, n° 58749/00 : *RSC*, 2005, p. 630, obs. Massias.
- CEDH, *Gelfmann c. France*, 14 déc. 2004, n° 25875/03, *AJ pénal*, 2005, p. 33, obs. Herzog-Evans.
- CEDH, *Léger c. France*, 11 avr. 2006, n° 19324/02 ; *D.*, 2006, p. 1800, note Céré ; *AJ pénal*, 2006, p. 258, obs. Enderlin ; *RSC*, 2007, p. 134, obs. Massias ; *RSC*, 2007, p. 350, obs. Poncela.
- CEDH, *Rivière c. France*, 11 juil. 2006, n° 33834/03, *RTDH*, 2007, p. 541, note Céré ; *D.*, 2007, p. 1229, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; *RSC*, 2007, p. 350, chron. P. Poncela.
- CEDH, *Üner c. Pays-Bas*, 18 oct. 2006, GC, n° 46410/99 : *RTDH*, 2007, p. 837, note Raux ; *AJDA*, 2006, p. 1927 ; *ibid.* 2007, p. 902, chron. J.-F. Flauss ; *RFDA*, 2007, p. 101, étude H. Labayle ; *RSC*, 2007, p. 350, chron. P. Poncela.
- CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008, n° 21906/04, *préc.*
- CEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 fév. 2009, n° 3455/05, *Dr. pén.*, 2010, chron. 3, n° 11, obs. Dreyer.
- CEDH, *Maiorano et autres c. Italie*, 15 déc. 2009, n° 28634/06 : *RSC*, 2010, p. 219, obs. J.-P. Marguénaud.
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*
- CEDH, *V.C. c. Slovaquie*, 8 nov. 2011, n° 18968/07.
- CEDH, *Choreftakis et Choreftaki c. Grèce*, 17 janv. 2012, n° 46846/08 : *D.*, 2012, p. 359 ; *AJ pénal*, 2012, p. 174, obs. J.-P. Céré ; *RSC*, 2012, p. 681, obs. J.-P. Marguénaud.
- CEDH, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, GC, 9 juil. 2013, n° 66069/09, 130/10 et 3896/10 : *D.*, 2012, p. 1294, obs. J.-P. Céré ; *Dr. pén.*, 2013, n° 4, chron. 4, obs. E. Dreyer ; *D.*, 2013, p. 2081, obs. M. Léna, note J.-F. Renucci ; *ibid.* p. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *ibid.* 2014, p. 1235, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; *AJ pénal*, 2013, p. 494, obs. D. van Zyl Smit ; *RSC*, 2013, p. 625, chron. P. Poncela ; *ibid.* p. 649, obs. D. Roets.
- CEDH, *Bodein c. France*, 13 nov. 2014, n° 40014/10, *préc.*
- CEDH, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, 3 févr. 2015, n° 57592/08, *JurisData* n° 2015-001654 : *Dr. pén.*, n° 4, avril 2015, comm. 61, É. Bonis-Garçon.

Commission européenne des droits de l'homme

- Com. EDH, *Chartier c. Italie*, n° 9044/80, rapport du 8 déc. 1982, *Décisions et rapports (DR)* 33, p. 41-47.
- Com. EDH, *De Varga-Hirsch c. France*, n° 9559/81, décision du 9 mai 1983, *DR* 33, p. 158.
- Com. EDH, *B. c. Allemagne*, n° 13047/87, décision du 10 mars 1988, *DR* 55, p. 271.

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 27 juil. 1994, déc. n° 94-343/344 DC, *J.O.* 29 juil. 1994, p. 11024 ; « Bioéthique » : L. Favoreu, L. Philip, F. Melin-Soucramanien *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 17^e éd., Dalloz, 2013, n° 33, p. 415 ; *D.*, 1995, p. 237, note B. Mathieu ; *ibid.* 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA*, 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; *RTD civ.*, 1994, p. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* 840, obs. J. Hauser.
- Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 16 janv. 1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32: *BB*, 1957, p. 229, note A. Hamann.
- BVerfG, 16 juil. 1969, 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1: *DÖV*, 1970, p. 361, note R. Kamlah.
- BVerfG, 9 juin 1970, 1 BvL 24/69, BVerfGE 28, 386, *NJW*, 1970, p. 145.
- BVerfG, 24 févr. 1971, 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173: *VerwArch*, 63, p. 75, note A. von Mutius.
- BVerfG, 19 oct. 1971, 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98: *JZ*, 1972, p. 85, note K. Peters.
- BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, *préc.*
- BVerfG, 28 juin 1983, 2 BvR 539, 612/80, BVerfGE 64, 261: *JR*, 1984, p. 353, note H. Müller-Dietz; *MDR*, 1984, p. 447, note P. Meier-Beck; *StV*, 1984, p. 165, note H. Beckmann.
- BVerfG, 1^{er} juil. 1998, 2 BvR 441/90, 2 BvR 493/90, 2 BvR 618/92, 2 BvR 212/93, 2 BvL 17/94, BVerfGE 98, 169 : *JuS*, 1999, p. 952, note H. Müller-Dietz; *StV*, 1998, p. 604, note G. Bemmman.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 20 janv. 2010, n° 08-88301, *Bull. crim.*, 2010, n° 14.

Conseil d'État

- CE Ass., 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, *AJDA*, 1995, p. 372, concl. P. Frydman; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., Dalloz, 2007, n° 100.

2. Le principe de culpabilité

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, *J.O.* 19 juin 1999, p. 9018 ; *AJDA*, 1999, p. 736, et 694, note J.-E. Schoettl ; *D.*, 1999, p. 589, note Mayaud ; *ibid.* 2000. Somm. 197, obs. Sciortino-Bayart.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 25 oct. 1966, 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323, *préc.*
- BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, *préc.*
- BVerfG, 26 mai 1981, 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250: *StV*, 1981, p. 591, note P. Kotz.
- BVerfG, 14 sept. 1989, 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367.

- BVerfG, 9 mars 1994, 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92, 2 BvL 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE 90, 145 : *NJW*, 1994, p. 2400, note A. Kreuzer.
- BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, BVerfGE 91, 1.
- BVerfG, 24 oct. 1996, 2 BvR 1851/94, 2 BvR 1853/94, 2 BvR 1875/94, 2 BvR 1852/94, BVerfGE 95, 96.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 30 juin 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267.
- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 13 déc. 1956, n° 55-05772, *Laboube*, *Bull. crim.*, 1956, n° 840, *D.*, 1957, p. 349, note M. Patin.

B. Les droits fondamentaux tenant à la liberté de la personne

1. Le droit à la liberté et à la sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, Série A, n° 22.

a. La protection contre une détention arbitraire

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Lawless c. Irlande*, 1^{er} juil. 1961, n° 332/57.
- CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73: *AFDI*, 1980, p. 324, note Pelloux.
- CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *préc.*
- CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 5 nov. 1981, n° 7215/75.
- CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, Série A, n° 93.
- CEDH, *Wassink c. Pays-Bas*, 27 sept. 1990, n° 12535/86 : *RFDA*, 1991, p. 843, chron. Berger, Labayle et Sudre.
- CEDH, *Bozano c. France*, 18 déc. 1986, n° 9990/82 : *RGDIP*, 1987, p. 548, obs. Sudre.
- CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92 : *Rec.* 1996, 111 ; *D.*, 1997, somm. 203, obs. Koering-Joulin. *RSC*, 1997, p. 457, obs. Koering-Joulin; *JCP G*, 1997, I, 4000, chron. Sudre.
- CEDH, *Eriksen c. Norvège*, 27 mai 1997, n° 17391/90: *RSC*, 1998, p. 383, obs. Koering-Joulin.
- CEDH, *Johnson c. Royaume-Uni*, 24 oct. 1997, *Rec.* 1997-VII, p. 2409.
- CEDH, *Aerts c. Belgique*, 30 juil. 1998, n° 25357/94 : *Rec.* 1998-V; *D.*, 1999, p. 270, obs. Fricero.
- CEDH, *Riera Blume c. Espagne*, 14 oct. 1999, n° 37680/97 : *Rec.* 1999, VII, *JCP*, 2000, p. 203, obs. F. Sudre.
- CEDH, *Oldham c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2000, n° 36273/97, *préc.*
- CEDH, *Varbanov c. Bulgarie*, 5 oct. 2000, n° 31365/96, *CEDH* 2000-X.
- CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 févr. 2003, n° 50272/99, *préc.*
- CEDH, *Brand c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 49902/99, *préc.*
- CEDH, *Morsink c. Pays-Bas*, 11 mai 2004, n° 48865/99, *préc.*
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

- CEDH, *Grosskopf c. Allemagne*, 21 oct. 2010, *préc.*
- CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04, *préc.*
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07, *préc.*
- CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07, *préc.*
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07 *préc.*
- CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*
- CEDH, *Mork c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 31047/04 et 43386/08, *préc.*
- CEDH, *Schmitz c. Allemagne*, 9 juin 2011, n° 30493/04, *préc.*
- CEDH, *O. H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *préc.*
- CEDH, *B. c. Allemagne*, 19 avr. 2012, n° 61272/09, *préc.*
- CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*
- CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, *préc.*
- CEDH, *S. c. Allemagne*, 28 juin 2012, n° 3300/10, *préc.*
- CEDH, *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, 18 sept. 2012, n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09, *préc.*
- CEDH, *H. W. c. Allemagne*, 19 sept. 2013, n° 17167/11.
- CEDH, *Glien c. Allemagne*, 28 nov. 2013, n° 7345/12, *préc.*
- CEDH, *Müller c. Allemagne*, 10 févr. 2015, n° 264/13.

Commission européenne des droits de l'homme

- Com. EDH, *X c. Allemagne*, 12 juil. 1976, n° 7493/76.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 18 juil. 1967, 2 BvF 3/62, 2 BvF 4/62, 2 BvF 5/62, 2 BvF 6/62, 2 BvF 7/62, 2 BvF 8/62, 2 BvR 139/62, 2 BvR 140/62, 2 BvR 334/62, 2 BvR 335/62, BVerfGE 22, 180 : *NJW*, 1968, p. 433, note G. Küchenhoff.
- BVerfG, 27 oct. 1970, 1 BvR 557/68, BVerfGE 29, 312.
- BVerfG, 15 déc. 1970, 2 BvL 17/67, BVerfGE 30, 47.
- BVerfG, 30 mai 1973, 2 BvL 4/73, BVerfGE 35, 185.
- BVerfG, 21 juin 1977, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187, *préc.*
- BVerfG, 7 oct. 1981, 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208.
- BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, 2 BvR 1504/82, BVerfGE 70, 297.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, *NJW*, 2010, p. 1514.
- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*
- BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11, *StV*, 2012, p. 25, *BeckRS*, 2011, 54839, *StV*, 2012, p. 27, note Krehl.

Conseil d'État

- CE, *M. Jean-Paul A. et Section française de l'Observatoire international des prisons*, 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies, 26 nov. 2010, n° 323694, au recueil *Lebon*.

Bundesgerichtshof

- BGH, 7 oct. 2008, GSt 1/08, BGHSt 52, 379, *NJW*, 2009, p. 1010.
- BGH, 12 mai 2010, 4 StR 577/09, *NStZ*, 2010, p. 567.

b. Le respect des garanties découlant de l'article 5 CESDH

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Delcourt c. Belgique*, 17 janv. 1970, n° 2689/65, Série A n° 11.

- CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp* (“*Vagabondage*”) *c. Belgique*, 18 juin 1971, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.
- CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, *préc.*
- CEDH, *X. c. Royaume-Uni*, 5 nov. 1981, n° 7215/75, Série A, n° 46.
- CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, n° 7906/77, Série A, n° 50.
- CEDH, *Luberti c. Italie*, 23 févr. 1984, n° 9019/80, Série A, n° 75.
- CEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, *préc.*
- CEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, 21 oct. 1986, n° 9862/82, Série A, n° 107.
- CEDH, *Weeks c. Royaume-Uni*, 2 mars 1987, n° 9787/82.
- CEDH, *Ekbatani c. Suède*, 26 mai 1988, n° 10563/83, Série A n° 134.
- CEDH, *Nielsen c. Danemark*, 28 nov. 1988, n° 10929/84, Série A, n° 144.
- CEDH, *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 nov. 1988, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, série A, n° 145-B.
- CEDH, *Ciulla c. Italie*, 22 févr. 1989, n° 11152/84, Série A, n° 148.
- CEDH, *Bezicheri c. Italie*, 25 oct. 1989, n° 11400/85, Série A, n° 164.
- CEDH, *Van der Leer c. Pays Bas*, 21 févr. 1990, n° 11509/85 : *RTD civ.*, 1991, p. 294, obs. Hauser.
- CEDH, *E. c. Norvège*, 29 août 1990, n° 11701/85.
- CEDH, *Keus c. Pays-Bas*, 25 oct. 1990, n° 12228/86, Série A, n° 185-C.
- CEDH, *Thynne, Wilson et Gunnell c. Royaume-Uni*, 25 oct. 1990, n° 11787/85, 11978/86, 12009/86.
- CEDH, *Toth c. Autriche*, 12 déc. 1991, n° 11894/85.
- CEDH, *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 sept. 1992, n° 10533/83, Série A, n° 244 ; *AJDA*, 1993, p. 105, chron. Flauss.
- CEDH, *Navarra c. France*, 23 nov. 1993, n° 13190/87.
- CEDH, *Wynne c. Royaume-Uni*, 18 juil. 1994, n° 15484/89, *préc.*
- CEDH, *Iribarne Pérez c. France*, 24 oct. 1995, n° 16462/90, série A, n° 325-C, p. 63.
- CEDH, *Hussain et Singh c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1996, n° 23389/94 et 21928/93, *Rec.* 1996, I.
- CEDH, *RMD c. Suisse*, 26 sept. 1997, n° 19800/92 : *RSC*, 1998, p. 385, obs. R. Koering-Joulin ; *JCP*, 1998, I, 107, n° 14, obs. Sudre.
- CEDH, *Soumare c. France*, 24 août 1998, n° 23824/94 : *JCP*, 1999, I, 105, n° 108 ; *RDP*, 1999, p. 862, obs. Thomas.
- CEDH, *Nikolova c. Bulgarie*, 25 mars 1999, n° 31195/96 : *JCP*, 2000, I, 203, n° 6, obs. F. Sudre.
- CEDH, *Aquilina c. Malte*, 29 avr. 1999, n° 25642/94 : *JDI*, 2000, p. 107, obs. M. Benillouche.
- CEDH, *T. et V. c. Royaume-Uni*, 16 déc. 1999, n° 24888/94 et 24724/94.
- CEDH, *Niedbala c. Pologne*, 4 juil. 2000, n° 27915/95, *JCP*, 2001, I, p. 291, n° 13, obs. F. Sudre.
- CEDH, *D. N. c. Suisse*, 29 mars 2001, n° 27154/95, *JCP*, 2001, I, p. 342, n° 8, obs. F. Sudre.
- CEDH, *Rutten c. Pays-Bas*, 24 juil. 2001, n° 32605/96.
- CEDH, *Magalhaes Pereira c. Portugal*, 26 févr. 2002, n° 44872/98.
- CEDH, *Delbec c. France*, 18 juin 2002, n° 43125/98, *RDP*, 2003, p. 689, obs. D. Thomas.
- CEDH, *L. R. c. France*, 27 juin 2002, n° 33395/96.
- CEDH, *Benjamin et Wilson c. Royaume-Uni*, 26 sept. 2002, n° 28212/95.
- CEDH, *Hutchison Reid c. Royaume-Uni*, 20 févr. 2003, n° 50272/99, *préc.*
- CEDH, *Mathieu c. France*, 27 oct. 2005, n° 68671/01.
- CEDH, *Van Glabeke c. France*, 7 mars 2006, n° 38287/02.
- CEDH, *Svipsta c. Lettonie*, 9 mars 2006, n° 66820/01.

- CEDH, *Gaultier c. France*, 28 mars 2006, n° 41522/98.
- CEDH, *Tréboux c. France*, 3 oct. 2006, n° 7217/05.
- CEDH, *Lebedev c. Russie*, 25 oct. 2007, n° 4493/04.
- CEDH, *Baudoin c. France*, 18 nov. 2010, n° 35935/03 : *D.*, 2011, p. 1713, obs. Bernaud et Gay; *AJ pénal*, 2011, p. 144, obs. Péchillon; *JCP*, 2011, p. 189, note Grabarczyk.
- CEDH, *S.T.S. c. Pays-Bas*, 7 juin 2011, n° 277/05.
- CEDH, *Schönbrod c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 48038/06.
- CEDH, *Stanev c. Bulgarie*, GC, 17 janv. 2012, n° 36760/06.
- CEDH, *Popov et autres c. France*, 19 janv. 2012, n° 39472/07 et 39474/07 : *AJDA*, 2012, p. 127; *D.*, 2012, p. 363, obs. Fleuriot; *ibid.* p. 864, entretien Slama.
- CEDH, *Ceuta c. Roumanie*, 6 nov. 2012, n° 1136/05.
- CEDH, *Dörr c. Allemagne*, 22 janv. 2013, n° 2894/08.
- CEDH, *Mihailovs c. Lettonie*, 22 janv. 2013, n° 35939/10.
- CEDH, *Betteridge c. Royaume-Uni*, 29 janv. 2013, n° 1497/10.
- CEDH, *Djalti c. Bulgarie*, 12 mars 2013, n° 31206/05.

Bundesgerichtshof

- BGH, 19 sept. 2013, III ZR 405/12; III ZR 406/12; III ZR 407/12.

2. Le droit à la liberté de circulation

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 oct. 1979, n° 6301/73, *préc.*
- CEDH, *Raimondo c. Italie*, 22 févr. 1994, n° 12954/87, Série A, n° 281-A : *RSC*, 1995, p. 388, obs. Massias; *ibid.*, 1994, p. 614, obs. Pettiti; *JDI*, 1995, p. 748, obs. Decaux et Tavernier; *AFDI*, 1994, p. 658, obs. Coussirat-Coustère; *JCP*, 1995. I. 3823, chron. Sudre.
- CEDH, *Luordo c. Italie*, 17 juil. 2003, n° 32190/96, CEDH 2003-IX
- CEDH, *Napijalo c. Croatie*, 13 nov. 2003, n° 66485/01,
- CEDH, *Földes et Földesné Hajlik c. Hongrie*, 31 oct. 2006, n° 41463/02.
- CEDH, *Gochev c. Bulgarie*, 26 nov. 2009, n° 34383/03.
- CEDH, *Villa c. Italie*, 20 avr. 2010, n° 19675/06 : *RSC*, 2011, p. 705, obs. D. Roets ; *Dalloz actu.*, 23 avr. 2010, note L. Priou-Alibert.
- CEDH, *Riener c. Bulgarie*, 27 nov. 2012, n° 29713/05.

§ 2 : Les principes fondamentaux régissant la sanction pénale

A. Le principe de légalité et ses corollaires

1. L'application du principe de légalité aux mesures de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, n° 20190/92, *préc.*
- CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 nov. 1995, n° 20166/92, *préc.*
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

- BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, BVerfGE 109, 190, *préc.*
- BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08 et 2 BvR 2633/08, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 6 déc. 1961, *D.*, 1962, p. 83, note J.-M. R.
- Cass. crim., 2 avr. et 14 mars 1963, *D.*, 1963, p. 506, note J. Schewin.

2. Les corollaires du principe de légalité

a. L'exigence de précision et de clarté de la norme pénale

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avr. 1976, n° 6538/74.
- CEDH, *Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, *préc.*
- CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92, *préc.*
- CEDH, *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 sept. 1998, n° 24838/94 : *Rec.* 1998-VII ; *RSC*, 1999, p. 384, obs. Koering-Joulin.
- CEDH, *Baskaya et Okçuoglu c. Turquie*, 8 juil. 1999, n° 23536/94 et 24408/94.
- CEDH, *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, n° 28358/95, *Rec.* 2000-III.
- CEDH, *Stafford c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n° 46295/99, *préc.*
- CEDH, *Nasroulloïev c. Russie*, 11 oct. 2007, n° 656/06.
- CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, GC, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *préc.*
- CEDH, *Mooren c. Allemagne*, GC, 9 juil. 2009, n° 11364/03.
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Müller c. Allemagne*, 10 févr. 2015, n° 264/13, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*

b. Le principe de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, n° 17862/91 : *D.*, 1997, p. 202, obs. Henry; *RSC*, 1997, p. 462, obs. Koering-Joulin; *ibid.* p. 646, obs. Delmas Saint-Hilaire.
- CEDH, *Radio France c. France*, 30 mars 2004, n° 53984/00 : *AJDA*, 2004, p. 534, chron. Flauss.
- CEDH, *Pessino c. France*, 10 oct. 2006, n° 40403/02 : *D.*, 2007, p. 124, note Roets; *JCP*, 2007, p. 10092, note Zenouki-Cottin
- CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, GC, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *préc.*
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Haidn c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 6587/04, *préc.*
- CEDH, *Kallweit c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 17792/07, *préc.*
- CEDH, *Mautes c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 20008/07, *préc.*
- CEDH, *Schummer c. Allemagne*, 13 janv. 2011, n° 27360/04 et 42225/07, *préc.*
- CEDH, *Jendrowiak c. Allemagne*, 14 avr. 2011, n° 30060/04, *préc.*
- CEDH, *O.H. c. Allemagne*, 24 nov. 2011, n° 4646/08, *préc.*
- CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*
- CEDH, *K. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 61827/09, *préc.*
- CEDH, *Del Rio Prada c. Espagne*, GC, 21 oct. 2013, n° 42750/09, *préc.*
- CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, *préc.*

- BVerfG, 5 août 2009, 2 BvR 2098/08, BVerfGK 16, 98.

B. Le principe de nécessité et de proportionnalité

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, déc. n° 80-127 DC, *préc.*

- Cons. const., 25 juil. 1984, déc. n° 84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, *J.O.* du 28 juil. 1984, p. 2492.

- Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, *préc.*

- Cons. const., 30 déc. 1987, déc. n° 87-237 DC, *préc.*

- Cons. const., 25 févr. 1992, déc. n° 92-307 DC, *préc.*

- Cons. const., 5 août 1993, déc. n° 93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* : *J.O.* 7 août 1993, p. 11193 ; *Rec.*, p. 213 ; *AJDA*, 1993, p. 815, note P. Wachsmann.

- Cons. const., 20 janv. 1994, déc. n° 93-334 DC, *préc.*

- Cons. const., 18 déc. 1998, déc. n° 98-404 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, *J.O.* 27 déc. 1998, p. 19663 ; *AJDA*, 1999, p. 22, chron. J.-É. Schoettl ; *RFDA*, 1999, p. 89, note B. Mathieu ; *RFDC*, 1999, p. 123, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *RFFP*, 1999, n° 65, p. 191, chron. Prétot.

- Cons. const., 15 mars 1999, déc. n° 99-410 DC, *préc.*

- Cons. const., 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, *J.O.* du 19 juin 1999, p. 9018.

- Cons. const., 29 août 2002, déc. n° 2002-461 DC, *préc.*

- Cons. const., 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, *préc.*

- Cons. const., 20 nov. 2003, déc. n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* : *J.O.* 27 nov. 2003, p. 20154 ; *LPA*, 20 et 21 janv. 2004, note Schoettl ; *LPA*, 27 déc. 2004, note Mathieu et Janicot ; *RFDC*, 2004, p. 96, note Domingo ; *RDP*, 2004, p. 275, note Ferran ; *D.*, 2004, p. 1278, note Domingo ; *AJDA*, 2004, p. 599, note Lecucq ; *JCP*, 2003. II. 2169, note Guimezanes ; *JCP*, 2003. II. 2249, obs. Zarka.

- Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *préc.*

- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*

- Cons. const., 9 août 2007, déc. n° 2007-554 DC, *préc.*

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562, *préc.*

- Cons. const., 25 févr. 2010, déc. n° 2010-604 DC, *préc.*

- Cons. const., 26 nov. 2010, déc. n° 2010-66 QPC, *J.O.* du 27 nov. 2010 ; *JCP G*, 2011, p. 15, note J.-H. Robert.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 16 mars 1971, 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66, BVerfGE 30, 292.

- BVerfG, 8 oct. 1985, 2 BvR 1150/80, 2 BvR 1504/82, BVerfGE 70, 297, *préc.*

- BVerfG, 12 mai 1987, 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, BVerfGE 76, 1.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02, BVerfGE 109, 190, *préc.*
- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*
- BVerfG, 17 févr. 2014, 2 BvR 1795/12, 2 BvR 1852/13.
- BVerfG, 11 juin 2014, 2 BvR 2848/12.

Cour de cassation

- Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88501, *préc.*

Section 2 : Les mesures de sûreté et les garanties procédurales

Cour de cassation

- Cass. crim., 5 déc. 1990, *Dr. pén.*, 1991, n° 86, obs. J.-H. Robert.

§ 1 : La présomption d'innocence

A. Le principe de la présomption d'innocence

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983, n° 8660/79.
- CEDH, *Salabiaku c. France*, 7 oct. 1988, n° 10519/83: *RSC*, 1989, p. 167, obs. Pettiti et Teitgen; *JDI*, 1989, p. 829, obs. Rolland et Tavernier.
- CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, 5 juil. 2001, n° 41087/98.
- CEDH, *Böhmer c. Allemagne*, 3 oct. 2002, n° 37568/97.
- CEDH, *Müller c. Allemagne*, 27 mars 2014, n° 54963/08, *préc.*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 26 mars 1987, 2 BvR 589/79, 2 BvR 750/81, 2 BvR 284/85, BVerfGE 74, 358: *NJW*, 1988, p. 3233, note K. Kühl ; *NJW*, 1988, p. 3254, note Ch. Krehl.
- BVerfG, 9 déc. 2004, 2 BvR 2314/04, *NStZ*, 2005, p. 204.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Hamm, 13 déc. 2004, 3 Ws 314/04, *NStZ-RR*, 2005, p. 154.
- OLG Brunswick, 17 juil. 2014, 1 Ws 211/14; note Peglau, *jurisPR-StrafR*, 20/2014, Anm. 2.

B. Les corollaires du principe de la présomption d'innocence

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Funke c. France*, 25 févr. 1993, n° 10828/84, *D.*, 1993, p. 457, note Pannier ; *D.*, 1993, Somm. 387, obs. Renucci ; *RSC*, 1994, p. 362, obs. Koering-Joulin ; *RSC*, 1993, p. 581, obs. Pettiti; *RUDH*, 1993, p. 217, obs. Sudre.
- CEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 févr. 1996, n° 18731/91, *RSC*, 1997, p. 476, obs. Koering-Joulin ; *AJDA*, 1996, p. 1005, chron. Flauss.
- CEDH, *Heaney et McGuinness c. Irlande*, 21 déc. 2000, n° 34720/97
- CEDH, *Quinn c. Irlande*, 21 déc. 2000, n° 36887/97.

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 9 oct. 2001, 2 BvR 1523/01, *NJW*, 2002, p. 283.

Bundesgerichtshof

- BGH, 18 févr. 1954, 3 StR 824/53, *NJW*, 1954, p. 846.

- BGH, 12 déc. 1979, 3 StR 436/79, *NJW*, 1980, p. 1055.

§ 2 : Le principe « Ne bis in idem »

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Oliveira c. Suisse*, 30 juil. 1998, n° 25711/94 : *AJDA*, 1998, p. 984, chron. Flauss; *RSC*, 1999, p. 384, obs. Koering-Joulin ; *Rec.* 1998.

- CEDH, *Franz Fischer c. Autriche*, 29 mai 2001, n° 37950/97

- CEDH, *Nikitine c. Russie*, 20 juil. 2004, n° 50178/99, *CEDH* 2004-VIII.

- CEDH, *Garretta c. France*, 4 mars 2008, n° 2529/04 : *RSC*, 2008, p. 708, obs. D. Roets.

- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, *préc.*, n° 19359/04.

- CEDH, *G. c. Allemagne*, 7 juin 2012, n° 65210/09, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 15 août 1980, 2 BvR 495/80, BVerfGE 55, 28, *NStZ*, 1981, p. 21.

Bundesgerichtshof

- BGH, 25 nov. 2005, 2 StR 272/05, *StV*, 2006, p. 67.

TITRE II : UNE AUTONOMIE À CONFORTER

Chapitre I : L'autonomie existante des mesures de sûreté

Section 1 : La condition subjective des mesures de sûreté : la dangerosité

§ 1 : La notion de dangerosité comme fondement spécifique des mesures de sûreté

A. La délimitation de la notion de dangerosité

1. La définition incertaine de la notion de dangerosité

a. La dangerosité, une notion floue et protéiforme

Bundesgerichtshof

- BGH, 15 févr. 1963, 4 StR 404/62, *NJW*, 1963, p. 1069 s.

b. Tentative de définition de la notion de dangerosité

2. L'extension du droit pénal sous l'influence de la dangerosité

a. La dangerosité « psychiatrique » comme critère d'extension du droit pénal

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 9 août 2007, déc. n° 2007-554 DC, *préc.*
- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 5 sept. 1995, n° 94-85855, *Bull. crim.*, n° 270, p. 755 : *RSC*, 1996, p. 646, obs. Bouloc.
- Cass. crim., 1^{er} oct. 1997, n° 96-85267, *Bull. crim.*, n° 322, p. 1065.
- Cass. crim., 28 janv. 1998, n° 97-81676, *Bull. crim.*, n° 34, p. 83 : *JCP*, 1998. I. 153, chron. Maron ; *Dr. pén.*, 1998, Comm. 57, obs. Maron.
- Cass. crim., 31 mars 1999, n° 98-83586, *Bull. crim.*, n° 66, p. 168 : *D.*, 2000, p. 26, obs. Y. Mayaud .
- Cass. crim., 20 oct. 1999, n° 99-80596, *Bull. crim.*, n° 228, p. 715.
- Cass. crim., 4 nov. 2003, n° 03-81256.
- Cass. crim., 18 févr. 2004, n° 03-82789, *Bull. crim.*, n° 46, p. 188 : *Gaz. Pal.*, 2004, 2, p. 3235, note Monnet.

b. La judiciarisation de la réponse pénale apportée aux personnes irresponsables

Cour de cassation

- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *préc.*
- Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*
- Cass. crim., 3 févr. 2010, n° 09-82472 : *JurisData* n° 2010-051636 ; *Bull. crim.*, 2010, n° 17 ; *D.*, 2010, p. 942, obs. M. Léna ; *D.*, 2010, note S. Detraz ; *D.*, 2010, Pan. 2732, obs. G. Roujou de Boubée ; *AJ pénal*, 2010, p. 244, obs. G. Royer ; *Dr. pén.*, 2010, comm. 52, obs. A. Maron et M. Haas ; *Procédures*, 2010, comm. 151, obs. J. Buisson ; *RSC*, 2011, p. 149, obs. J. Danet.

B. La relation entre la dangerosité et d'autres concepts du droit pénal

1. Dangerosité et répétition d'infractions

2. Dangerosité et maladie mentale

a. La corrélation pertinente entre maladie mentale et dangerosité « psychiatrique »

b. La confusion regrettable entre maladie mentale et dangerosité « criminologique »

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 15 sept. 2011, 2 BvR 1516/11.

Bundesgerichtshof

- BGH, 21 juin 2011, 5 StR 52/11.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Sarrebruck, 30 sept. 2011, 5 W 212/11 - 94.

3. Dangerosité et culpabilité

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 8 déc. 2005, déc. n° 2005-527 DC, *préc.*
- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 8 nov. 2006, 2 BvR 578/02, 2 BvR 796/02, BVerfGE 117, 71 : *JR*, 2007, p. 165, note J. Kinzig.

§ 2 : La difficile évaluation de la dangerosité

A. Le rôle prédominant et ambigu de l'expert

1. La problématique des expertises de dangerosité

a. La mutation de l'expertise psychiatrique

b. Les problèmes inhérents à la prédiction de la dangerosité

Cour de cassation

- Cass. crim., 1^{er} avr. 2009, n° 08-84367, *Dr. pén.*, 2009, p. 35, n° 103, obs. J.-H. Robert ; *AJ pénal*, 2009, p. 321, obs. M. Herzog-Evans.

2. Le domaine étendu des expertises de dangerosité

a. La place grandissante des expertises de dangerosité

Cour de cassation

- Cass. crim., 29 oct. 2003, n° 03-84617, *Bull. crim.*, n° 205 ; *Dr. pén.*, 2004, comm. 27, obs. A. Maron.

b. Le moment d'intervention des expertises de dangerosité

B. Une évaluation pluridisciplinaire à développer

1. La nécessité d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité

2. L'intervention de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté

a. La mission de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté

b. Une institution controversée

Section 2 : Les conditions objectives des mesures de sûreté liées à l'extériorisation de la dangerosité

§ 1 : La commission préalable d'un acte prohibé par la loi pénale

A. La commission d'une infraction par le délinquant responsable

1. Une condition indispensable

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 10 févr. 2004, 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190, *préc.*

2. Une condition secondaire

B. L'accomplissement d'un acte objectivement délictueux par l'auteur irresponsable

Cour de cassation

- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492, *préc.*

- Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 09-85153, *préc.*

§ 2 : L'existence d'un passé pénal révélateur d'un « penchant » criminel

A. La notion de délinquant d'habitude ou « anormal »

B. L'amenuisement de l'exigence d'une pluralité d'infractions

Juridictions spécialisées

- JRRS, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *préc.*

Chapitre II : L'autonomie à construire des mesures de sûreté

Section 1 : La consécration inévitable d'un dualisme des sanctions pénales dans le Code pénal

§ 1 : Les spécificités irréductibles des mesures de sûreté

A. Les traits distinctifs des peines et des mesures de sûreté

1. Les fondements différents

2. Les finalités différentes

Cour de cassation

- Cass. crim., 28 mai 2008, n° 08-81403 : *Dr. pén.*, 2009, chron. 3, n° 5, obs. Garçon.

- Cass. crim., 13 janv. 2010, n° 09-80854 : *Dr. pén.*, 2011, chron. 2, n° 7, obs. Bonis-Garçon.

B. La différence conceptuelle entre peines et mesures de sûreté confortée par le droit européen

1. La reconnaissance des mesures de sûreté par le droit de l'Union européenne

2. La reconnaissance des mesures de sûreté par le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Maiorano et autres c. Italie*, 15 déc. 2009, n° 28634/06, *préc.*
- CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*

§ 2 : La reconnaissance indispensable des mesures de sûreté

A. La nécessité des mesures de sûreté à l'égard de certains délinquants

B. La classification des mesures de sûreté

1. La distinction des mesures de sûreté selon leur sujet

2. La distinction des mesures de sûreté selon leur nature

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Guzzardi c. Italie*, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *préc.*
- CEDH, *Raimondo c. Italie*, 22 févr. 1994, n° 12954/87.
- CEDH, *Amuur c. France*, 25 juin 1996, n° 19776/92, *préc.*
- CEDH, *Labita c. Italie*, 6 avr. 2000, n° 26772/95.
- CEDH, *Denizci et autres c. Chypre*, 23 mai 2001, n° 25316/94, 25317/94, 25318/94.
- CEDH, *Vittorio et Luigi Mancini c. Italie*, 2 août 2001, n° 44955/98.
- CEDH, *Medvedyev et autres c. France*, 29 mars 2010, GC, n° 3394/03 : *CEDH* 2010 ; *D.*, 2009, p. 600, note Renucci; *ibid.* 2008, p. 3055, note Hennion-Jacquet; *AJ pénal*, 2008, p. 469, obs. Saas; *RSC*, 2009, p. 176, obs. Marguénaud; *JCP* 2009. I. 104, chron. Sudre.

Section 2 : La consécration souhaitable d'un régime propre aux mesures de sûreté

§ 1 : Le prononcé des mesures de sûreté

A. Le respect du principe de légalité *stricto sensu*

B. L'autorité compétente

1. La compétence des juridictions pénales ordinaires et spéciales

2. Les améliorations nécessaires du fonctionnement des juridictions *ad hoc*

Conseil constitutionnel

- Cons. const., 21 févr. 2008, déc. n° 2008-562 DC, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 12 déc. 2012, n° 12-83240, *Bull. crim.*, n° 280.

Juridictions spécialisées

- JRRS Paris, 6 avr. 2009, n° 09/02963, *préc.*

- JNRS, 1^{er} juill. 2010, n° 10JNRS001, *préc.*

C. L'application temporelle des mesures de sûreté

1. La durée indéterminée des mesures de sûreté

Cour de cassation

- Cass. crim., 23 mai 1977, n° 76-93239, *préc.*
- Cass. crim., 16 oct. 1978, n° 78-91301, *Bull. crim.*, n° 272.
- Cass. crim., 3 juil. 1980, *Bull. crim.*, n° 214.
- Cass. crim., 17 juin 1986, n° 85-94859, *préc.*
- Cass. crim., 30 nov. 1988, n° 87-82703, *Bull. crim.*, n° 408.
- Cass. crim., 14 mars 1996, n° 94-84135, *Dr. pén.*, 1996, comm. n° 220, obs. J.-H. Robert.
- Cass. crim., 16 janv. 2008, n° 07-82115, *préc.*

Juridictions du fond allemandes

- OLG Rostock, 18 juil. 2012, I Ws 224/12, *NStZ*, 2013, p. 107.

2. L'application rétroactive des mesures de sûreté

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Kafkaris c. Chypre*, 12 févr. 2008, n° 21906/04, *préc.*
- CEDH, *Gardel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, *préc.*
- CEDH, *M. c. Allemagne*, GC, 17 déc. 2009, n° 19359/04, *préc.*
- CEDH, *Berland c. France*, 3 sept. 2015, n° 42875/10, *préc.*

Cour de cassation

- Cass. crim., 27 juin 2007, n° 06-86911, *AJ pénal*, 2007, p. 532, obs. M. Herzog-Evans, *D.*, 2008, Pan., p. 1020, obs. M. Herzog-Evans.
- Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83372, *préc.*
- Cass. crim., 2 sept. 2009, *AJ pénal*, 2009, p. 498, note Herzog-Evans.

§ 2 : L'exécution des mesures de sûreté

A. L'articulation des mesures de sûreté avec la peine et entre elles

1. La combinaison avec la peine

a. La complémentarité entre peine et mesure de sûreté

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 24 févr. 1995, 2 BvR 345/95, *NJW*, 1995, p. 1951.

b. La combinaison rationnelle entre peine et mesure de sûreté

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 16 mars 1994, 2 BvL 3/90, BVerfGE 91, 1.
- BVerfG, 12 avr. 2005, 2 BvR 581/01, BVerfGE 112, 304.
- BVerfG, 13 sept. 2005, 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196.
- BVerfG, 10 juin 2009, 1 BvR 706/08, BVerfGE 123, 186.

- BVerfG, 27 mars 2012, 2 BvR 2258/09, *RuP*, 2012, p. 158; *NJW*, 2012, p. 1784 ; *StraFo*, 2012, p. 176.
- BVerfG, 22 juin 2012, 2 BvR 22/12, *NStZ-RR*, 2012, p. 385.

Juridictions du fond allemandes

- OLG Düsseldorf, 12 déc. 2013, III-2 Ws 576/13, *jurisPR-StrafR*, 3/2014, Anm. 3, note J. Peglau.

2. L'articulation des mesures de sûreté entre elles

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *C. B. c. Roumanie*, 20 avr. 2010, n° 21207/03, *préc.*

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 23 août 2006, 2 BvR 226/06, *NJW*, 2006, p. 3483.
- BVerfG, 6 fév. 2013, 2 BvR 2122/11.

Bundesgerichtshof

- BGH, 11 févr. 1954, 4 StR 755/53, *NJW*, 1954, p. 968.
- BGH, 25 juin 1981, 4 StR 313/81, *NStZ*, 1981, p. 390.
- BGH, 18 déc. 1990, 4 StR 532/90, *NJW*, 1991, p. 1244.
- BGH, 21 déc. 1994, 3 StR 347/94, *NStZ*, 1995, p. 284.
- BGH, 25 oct. 1995, 2 StR 535/95, *NStZ-RR*, 1996, p. 163.
- BGH, 28 mai 1997, 2 StR 206/97, *NStZ-RR*, 1997, p. 291.
- BGH, 25 juin 1997, 2 StR 283/97, *StV*, 1998, p. 72.
- BGH, 6 août 1997, 2 StR 199/97, *NStZ*, 1998, p. 35.
- BGH, 27 juil. 2000, 1 StR 263/00, *NJW*, 2000, p. 3015.
- BGH, 19 févr. 2002, 1 StR 546/01.
- BGH, 14 mai 2002, 5 StR 138/02, *NStZ-RR*, 2002, p. 230.
- BGH, 28 nov. 2002, 5 StR 330/02, *NStZ*, 2003, p. 310.
- BGH, 1^{er} févr. 2005, 5 StR 540/04, *RuP*, 2006, p. 102 s., note Pollähne.
- BGH, 9 nov. 2006, 3 StR 360/06, *NStZ*, 2007, p. 328.
- BGH, 22 mars 2007, 4 StR 56/07, *RuP*, 2008, p. 68.
- BGH, 21 mai 2008, 5 StR 97/08, *StV*, 2008, p. 517.
- BGH, 31 juil. 2008, 4 StR 152/008, *NStZ-RR*, 2008, p. 336.
- BGH, 12 févr. 2009, 3 StR 569/08, *NStZ*, 2009, p. 442.
- BGH, 24 févr. 2011, 2 StR 602/10, *NStZ-RR*, 2011, p. 171.
- BGH, 15 juin 2011, 2 StR 140/11, *BeckRS*, 2011, 22307.
- BGH, 10 avr. 2013, 2 StR 1/13.
- BGH, 14 mai 2013, 1 StR 573/12.

B. L'individualisation des modalités d'exécution

Bundesverfassungsgericht

- BVerfG, 5 juin 1973, 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202.
- BVerfG, 1^{er} juil. 1998, 2 BvR 441/90, 2 BvR 493/90, 2 BvR 618/92, 2 BvR 212/93, 2 BvL 17/94, BVerfGE 98, 169.
- BVerfG, 5 févr. 2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, *préc.*
- BVerfG, 31 mai 2006, 2 BvR 1673/04, 2 BvR 2402/04, BVerfGE 116, 69.
- BVerfG, 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, *préc.*

- BVerfG, 27 mars 2012, 2 BvR 2258/09, *préc.*

Juridictions du fond allemandes

- OLG Nuremberg, 22 sept. 2014, 1 Ws 276/14.

- OLG Hamm, 30 sept. 2014, III-1 Vollz (Ws) 367/14, 1 Vollz (Ws) 367/14, *NStZ* 2015, p. 110 s.

- OLG Nuremberg, 2 mars 2015, 1 Ws 49/15.

§ 3 : La cessation des mesures de sûreté

A. L'inapplicabilité des causes extinctives ou suspensives de la peine

Cour de cassation

- Cass. crim., 14 oct. 1971, n° 71-90165, et 7 janv. 1972, n° 71-91342, *D.*, 1972, p. 501, note G. Roujou de Boubée.

B. Le caractère déterminant de la cessation de la dangerosité

Cour de cassation

- Cass. crim., 27 nov. 1974, n° 73-93378, *Bull. crim.* n° 354.

- Cass. crim., 16 oct. 1978, n° 78-91301, *Bull. crim.* n° 272.

- Cass. crim., 3 juil. 1980, n° 79-94975, *Bull. crim.* n° 214.

- Cass. crim., 17 juin 1986, n° 85-94859, *préc.*

- Cass. crim., 30 nov. 1988, n° 87-82703, *Bull. crim.* n° 408.

- Cass. crim., 5 sept. 1994, n° 94-83525, *Bull. crim.* n° 294.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros indiqués renvoient aux numéros de paragraphes

- A -

- Alcoolisme : 262 s., 272 s., 695, **710**.
- Aliéné : 21, 38, 52, **103**, 112, 117, **241**, 254, 308, **617**, **694 s.**
- Aménagement de peine : 117, 124, 323, **351**, 358, **511 s.**, 547, 584, 598, 746.
- Amnistie : 147, **197**, **210**, 875.
- Autonomie : 55, **489 s.**, **678 s.**
- Autorité judiciaire : 149, 227, 241, 246, 609, 659, 699, **829 s.**

- B -

Berufsverbot : v. *interdictions professionnelles*.

- C -

- Catégories juridiques : 3, 10, 54, 121, 139 s., 223, 234, **504 s.**, 515 s., 788.
- Causalité (lien de -) : 96, **612 s.**, 619.
- Centre National d'Évaluation : **746 s.**, 756.
- Centre socio-médico-judiciaire de sûreté : **331 s.**
- Chambre de l'instruction : 244, 698, 700, 820, 827, 832, 845.
- Circonstances atténuantes (anciennes) : 111, **199**.
- Classification des mesures de sûreté : **10**, 140, **235 s.**, **817 s.**
- Code pénal : 17, 61 s., 76, 108 s., **121 s.**, 124, 146, 235, **789 s.**, **824 s.**
- Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté :
- *compétence* : 289, 746, **750 s.**, 837.
- *composition* : 757.
- Comportement dangereux : 546, 766.
- Conférence de consensus : 425, 572, 788.
- Confiscation spéciale : 114, 122, 192, 197 s., 203 s., **478 s.**, 805.
- Conseil de l'Europe : 808 s.
- Contrainte pénale : 425, **572**.
- Convention européenne des droits de l'homme : 41, 98, 103 s., 139, 167 s., 181 s., 337, **588 s.**, 809.
- Cour européenne des droits de l'homme : 94, 96, 163, 167 s., 183, **229**, 308, 367, **515 s.**, **588 s.**, 812.
- Criminologie : 28, 683, 685, **747**, 759.
- Culpabilité : 2, 21, 27, 49, 137, 224, **716 s.**
- *principe de* - : 49, 76, **604 s.**
- Cumul (entre peine et mesure de sûreté) : 859.
- Cure de désintoxication : 114, **262 s.**
-

- D -

Dangerosité :

- *criminologique* : 691, 711 s.
- *définition* : 690.
- *évaluation* : 289, 301 s., **720 s.**
- *expertises de* - : 721 s.
- *fondement spécifique* : **679 s.**, 792.
- *notion* : 639, **680 s.**
- *psychiatrique* : 691, **694 s.**, **709 s.**, 818.

Défense sociale : **30 s.**, 117, 129, **498**, **551**, **561**, 683, 696, 745, 779.

Délinquant :

- *anormal* : 117, 129, **778 s.**
- *dangereux* : 13, **35 s.**, 287, 584, 600, 685, **686**, **810 s.**
- *d'habitude* : 27, 32, 36, **45 s.**, **68 s.**, 129, **778 s.**

Détention de sûreté : **77 s.**, 92, 96, **127 s.**, **156 s.**, 229, **281 s.**, **530 s.**, **590 s.**, 810 s.

Dignité humaine (respect de la -) : 252, **596 s.**

Discernement :

- absence de - : v. *Trouble mental*.
- altération du - : 434, **475 s.**, 544, 574, **695**, 725.

Dispense (de peine) : 204, 875.

Doctrine (théories) : **26 s.**, 64 s., 90, 117.

Double voie (système de la -) : **32 s.**, 54 s., 60, **62 s.**, 87, 141, 156, **184**, **190 s.**, **212 s.**, 322, **538**, **789 s.**

Droit de la peine : 2, 145.

Droit pénal :

- *de l'auteur* : 45 s.
- *de la dangerosité* : 50.
- *de l'ennemi* : 47 s.

Droit transitoire :

- *application immédiate/ rétroactive des mesures de sûreté* : 17, 70, 75, 79, 85, 100,

104, 124 s., 131 s., **157 s.**, 167 s., **193 s.**, 207, 215 s., 227 s., **848 s.**

- *non rétroactivité (principe de la -)* : 96, 130, 195 s., 214, 219, **641 s.**, **851 s.**

Droits de la défense : 659.

Droits fondamentaux : v. *Principes fondamentaux*.

Dualisme des sanctions pénales : v. *Double voie*.

- E -

Enquête de personnalité : 115, 720, **723**.

Établissement de désintoxication (internement en -) : v. *Cure de désintoxication*.

État dangereux : **688**. V. aussi *Dangerosité*.

Évaluation de la dangerosité : v. *Dangerosité (évaluation)*.

Expertises de dangerosité : v. *Dangerosité (expertises de -)*.

- F -

Faits divers : 123, 129, 144.

Fermeture d'établissement : 114, 195 s., **483 s.**

Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes :

- *conditions d'application* : 355, 359 s.
- *qualification* : 215, **366**.

Führungsaufsicht : 426 s.

- H -

Habitude : v. *Délinquant d'habitude*.

Hôpital psychiatrique (internement en -) : 105 s., 117, 161, **240 s.**, 308, 694 s., 821.

- I -

Imputabilité : 2, 28, 33, 196, 475, 497, **544**, **604 s.**, 699, **701**, **717 s.**, **772 s.**, **818 s.**, 858.

Imputation (des sanctions pénales) : 67, 202, 249, 279, **861 s.**

Incrimination : 546, 604, 766.

Individualisation (principe d'-) : 31, 117, 218, 322, **549 s.**, **870**.

Infraction (commission préalable) : 762 s.

Injonction de soins : **401**, **574 s.**, 712, 735, 821.

Interdictions :

- *interdiction de séjour* : 19, 113, 147, 195 s., **444**.

- *interdictions de conduire un véhicule* : 195, 197, 199, **446 s.**

- *interdictions professionnelles* : 195, 203, 462 s.

- *retrait du permis de chasser* : 197, **444**.

Internement :

- *de sûreté (allemand)* : v. *Détention de sûreté*.

- *en établissement de désintoxication* : v. *Établissement de désintoxication*.

- *en hôpital psychiatrique* : v. *Hôpital psychiatrique*.

- *thérapeutique* : **102 s.**, 186.

Irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental :

- *mesures de sûreté* : **239 s.**, **471 s.**, 700, 821, 858.

- *procédure* : **698**, 820.

- J -

Juge des libertés et de la détention (compétence) : 273, 259, 832.

Juridiction nationale de la rétention de sûreté :

- *compétence* : 294, 384, 659, **833 s.**

- *composition* : **834**.

Juridiction régionale de la rétention de sûreté :

- *compétence* : **293 s.**, 334, 345, 409, 754, **833 s.**

- *composition* : **834**.

Juridictions de l'application des peines (compétence) : 289, 333, 344, **381 s.**, 395 s., 402 s., 547, 575, 735 s., 750 s., **832**.

Jurisprudence :

- *constitutionnelle* : 155 s., 173 s., 212 s.

- *européenne* : **515 s.**, 588 s.

- *judiciaire* : 161 s., 166 s., 190 s.

- *source* : 152 s.

- L -

Légalité criminelle (principe de -) : 27, 104, **192 s.**, **631 s.**, **826 s.**

Législation pénale :

- *dualiste* : v. *Double voie*.

- *source* : 60 s.

- *unitaire* : v. *Unitaire (conception)*.

Libération conditionnelle : 249, 279, 292, 349, 362, 511 s., 547, 584, 598, 600.

Liberté :

- *droit à la liberté* : v. *Sûreté (droit à la sûreté)*.

- *liberté de circulation* : 627 s.

- *libertés individuelles* : 149, 227, 251, **587 s.**

- M -

Mainlevée : 257 s., 344, 395, 624, 700, 754, 832, 834, **843 s.**

Maladie mentale : v. *Trouble mental*.

Matière pénale : 223, **229 s.**, **515 s.**, **520**, 659.

Mesures éducatives : 112, 114, 193.

Mesures à caractère réel : 198, 204, **478 s.**, **483 s.**

Mesures de défense sociale : 28, 30 s., 117.

Mesures de sûreté :

- *absence de définition* : 493.
- *application dans le temps* : v. *Droit transitoire*.
- *articulation avec la peine* : 855 s.
- *caractère révisable* : 870.
- *classification* : v. *Classification des mesures de sûreté*.
- *condition subjective* : v. *Dangerosité*.
- *conditions objectives* : 761 s.
- *curatives* : **239 s.**, V. aussi *Injonction de soins*.
- *définition* : 7.
- *distinction des peines* : 678 s., **788 s.**
- *durée* : 11, 253, 278, 344 s., **843 s.**
- *exécution* : 853 s.
- *extinction* : 876 s.
- *finalités* : 9, 72, 558 s., 793 s., 828.
- *fondement* : v. *Dangerosité*.
- *historique* : 14 s.
- *neutralisatrices* : 281 s., 350 s.
- *probatoires* : 370 s.
- *prononcé* : 825 s.
- *qualifications jurisprudentielles* : v. *Jurisprudence*.
- *spécificités* : 791 s.

Motivation : 201, 838.

- N -

Ne bis in idem : 441, **668 s.**

Nécessité (principe de -) : 214 s., **649 s.**

Neutralisation : 9, 27, 338, 569, **582 s.**

Non-cumul des sanctions : 203.

- P -

Peines :

- *alternatives* : 443, 470, 472, 509.
- *accessoires* : 116, 192, 463, **507**.
- *complémentaires* : 116, 123, 144, 443, **507 s.**
- *distinction des mesures de sûreté* : v. *Mesures de sûreté (distinction des peines)*.
- *finalités* : 558,
- *fondement* : v. *Culpabilité*.
- *notion européenne de -* : **516 s.**
- *recoupements avec les mesures de sûreté* : 540 s.

Penchant criminel / propension : 45, 177, 267, **299 s.**, 638.

Période de sûreté :

- *conditions d'application* : 354, 357 s.
- *qualification* : 214, **365**.

Permis de conduire (annulation, retrait, suspension) : v. *interdictions de conduire*.

Personnalisation : v. *individualisation*.

Personnalité (principe de -) : 198.

Placement sous surveillance électronique mobile :

- *conditions d'application* : 385 s., 396 s.
- *qualification* : 217, **422 s.**

Pluralité d'infractions : v. *Répétition d'infractions*.

Pluridisciplinarité : **745 s.**

Politique criminelle/ pénale :

- *évolution* : 1, 2, 36, 38, 49, 85, 115, 494, 562, 559, 685.

- *sécuritaire* : 39, 42, 87, 123, 135, 144, 582 s., 684.

Positivism (doctrine) : **28 s.**, 45, 90, 496, 550, 582, 683, 688, 696, 716, **778**.

Précaution (principe de -) : 51, 725, 757.

Précision de la norme pénale : 469, **636 s.**

Prévention : 9, 27 s., **37 s.**, 224, **558 s.**, 794, 799.

Présomption d'innocence : 225, 227, 355, **660 s.**

Principes fondamentaux : 587 s.

Proportionnalité (principe de -) : 74, 76, 82, 176, 186, 227, **253**, 261, 302, **649 s.**, 811, 821, **844**.

- Q -

Qualifications : 60, 189 s., 124 s., 184, 208 s., 214 s., 226, **234 s.**, 274, 281 s., 365 s., 413 s., 443, 453, 465, 482, 484, **501 s.**, **513 s.**, **515 s.**

- R -

Récidive : 36, 37, 288, 319, 546, 576, 639, 689, **704 s.**, 723 s., 727 s., 761, **777 s.**

Récidivisme : 16, **36**, 779.

Réforme législative (proposition de -) : v. l'annexe.

Régime des mesures de sûreté :

- *absence* : 144 s.

- *élaboration* : 824 s.

Réhabilitation : 364, 465, **875**.

Répétition d'infractions : 16, 36, **704 s.**, **781 s.**

Relégation : 17, **111**.

Relèvement : 358, 368, 390, 416, 450, 459, 464, 508, 629, 735, 740, 845 s., **876**.

Réponse pénale : v. *Sanctions pénales*.

Resocialisation (ou réinsertion sociale) : 9, 31, 72, 101, 134, 179, 249, 252, 340, 427, 469, 551, **564 s.**, 859, **863**, 868, **871**, **876**.

Responsabilité :

- *morale* : 29.

- *pénale* : 2, 263, **604 s.**, 695, 713, **716 s.**

- *sociale* : 28, 30.

Rétention de sûreté :

- *conditions d'application* : 285 s.

- *controverses* : 136 s.

- *genèse* : 128 s.

- *mise en œuvre* : 322 s., **331 s.**

- *qualification* : 219, 228 s., **281 s.**

Rétribution : 794 s.

Risque de récidive : 128, 200, 289, 689 s., 706, **782 s.** V. aussi *Récidive*.

- S -

Sanctions :

- *ayant le caractère d'une punition / punitives* : 213, 218 s., **223 s.**, 229.

- *définition* : 3.

- *définition européenne* : v. *Peines (notion européenne de -)*.

- *pénales* : **3**, 25, 32 s., 54 s., **60 s.**

- *système dualiste des sanctions pénales* : v. *Dualisme des sanctions pénales*.

- *système unitaire des sanctions pénales* : v. *unitaire (conception)*.

Sécurité (droit à la -) : 39 s.

Sicherungsverwahrung : v. *Internement de sûreté (allemand)*.

Soins : v. *Injonction de soins*.

Subsidiarité : 32, 254, 261, 290, 383, 658, 821, **869**.

Suivi socio-judiciaire :

- *conditions d'application* : 379, 388 s.

- *qualification* : 413 s.

Sûreté :

- *définition* : 1, 39.

- *droit à la sûreté* : 1, **39 s.**, **607 s.**

Surveillance de conduite (allemande) : v. *Führungsaufsicht*.

Surveillance de sûreté :

- *conditions d'application* : 382 s., 394 s.

- *qualification* : 220, **421**.

Surveillance judiciaire des personnes dangereuses :

- *conditions d'application* : 380 s., 391 s.

- *qualification* : 216, **418 s.**

- T -

Tentative (répression de la -) : 546.

Toxicomanie :

- *facteur de dangerosité* : 262 s., 686, 695, 710.

- *mesures de sûreté* : 263 s.

Trouble mental / psychique : 20 s., 70, 100, **102 s.**, **176 s.**, **185 s.**, 196, 239, **241 s.**, **617 s.**, **694 s.**, **708 s.**

Trouble de la personnalité : **288 s.**, 638, 713.

- U -

Union européenne (droit de l'-) : 803 s.

Unitaire (conception) : 31, 33, 54, 60, **108 s.**, **116**, **121**, 123.

- V -

Voie d'entrée : 377, 387.

- Z -

Zweispurigkeit : v. *Double voie*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
§ 1 : <i>L'apparition historique des mesures de sûreté</i>	16
A. La naissance des mesures de sûreté	16
1. L'apparition des mesures applicables aux personnes pénalement responsables en raison de l'inefficacité de la peine	16
2. L'apparition des mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables en raison de l'inapplicabilité de la peine.....	22
B. La naissance du concept de mesure de sûreté	24
1. Les théories doctrinales sur la nécessité des mesures de sûreté	27
2. Les théories doctrinales sur la création d'un système dualiste de sanctions pénales.....	37
§ 2 : <i>Le bien-fondé de l'existence des mesures de sûreté</i>	40
A. La volonté de protéger la société contre les délinquants dangereux.....	40
1. Le facteur de l'instauration des mesures de sûreté : une persistance dans la délinquance.....	41
2. La réaction de la politique criminelle : une intervention anticipée de la réponse pénale.....	44
B. Les débats soulevés par les mesures de sûreté	50
1. Les risques liés aux mesures fondées sur la dangerosité du délinquant.....	50
a. Le risque d'une réalisation de théories critiquables	50
b. Le risque d'une transformation redoutable du droit pénal	57
2. Les interrogations sur la légitimité des mesures de sûreté	60
§ 3 : <i>La justification de l'étude comparative des mesures de sûreté</i>	62
1^{ÈRE} PARTIE : L'ÉMERGENCE DES MESURES DE SÛRETÉ	67
TITRE I : LES SOURCES DES MESURES DE SÛRETÉ	69
CHAPITRE I : LES SOURCES LÉGISLATIVES DES MESURES DE SÛRETÉ	71
Section 1 : Une source assumée : le système dualiste du droit pénal allemand	72
§ 1 : <i>L'adoption du système dit « de la double voie »</i>	72
A. La consécration progressive du principe dualiste	72
B. L'emblème du principe dualiste : l'internement de sûreté	82
1. La genèse de l'internement de sûreté.....	83
2. La légitimité controversée de l'internement de sûreté.....	93
§ 2 : <i>L'évolution du système sous l'impulsion de la jurisprudence européenne</i>	98
A. La réforme de l'internement de sûreté	98
B. L'instauration d'un substitut transitoire à l'internement de sûreté : l'internement thérapeutique .	107
Section 2 : Une source dissimulée : le système unitaire du droit pénal français	114
§ 1 : <i>L'absence de consécration de la notion de mesure de sûreté</i>	114
A. L'émergence des mesures de sûreté en marge du système unitaire	115
B. L'échec de l'adoption d'un système dualiste.....	121
§ 2 : <i>La consécration ambiguë des mesures de sûreté par le législateur contemporain</i>	126
A. Le renouveau des mesures de sûreté.....	126
1. La multiplication des mesures de sûreté restrictives de liberté	126
2. L'apparition d'une mesure de sûreté privative de liberté : la rétention de sûreté	135

a.	La genèse de la rétention de sûreté.....	135
b.	La place particulière de la rétention de sûreté.....	144
B.	La place incertaine des mesures de sûreté.....	150
1.	L'absence de régime propre aux mesures de sûreté.....	150
2.	Les incohérences engendrées par l'existence dissimulée des mesures de sûreté.....	152
CHAPITRE II : LES SOURCES JURISPRUDENTIELLES DES MESURES DE SÛRETÉ.....		161
Section 1 : L'application large des mesures de sûreté par le juge allemand.....		161
§ 1 :	<i>La jurisprudence antérieure à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme</i>	162
A.	La jurisprudence constitutionnelle relative à l'internement de sûreté.....	162
B.	La jurisprudence judiciaire relative à l'internement de sûreté.....	170
§ 2 :	<i>La jurisprudence postérieure aux condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme</i>	173
A.	La position des juridictions judiciaires.....	173
1.	La jurisprudence des juridictions du fond.....	173
2.	La jurisprudence de la Cour fédérale de justice.....	177
B.	La position de la Cour constitutionnelle fédérale.....	181
1.	La soumission partielle de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence européenne....	181
2.	Les résistances de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence européenne.....	191
Section 2 : La reconnaissance partielle des mesures de sûreté par le juge français.....		199
§ 1 :	<i>Le dualisme des sanctions pénales dans la jurisprudence judiciaire</i>	199
A.	Le recours opportuniste au concept de mesure de sûreté.....	200
1.	L'application du principe de légalité aux mesures de sûreté.....	200
2.	La soustraction des mesures de sûreté au régime de la peine.....	208
3.	La soumission nuancée des mesures de sûreté au régime de la peine.....	214
B.	L'absence de théorie judiciaire générale sur les mesures de sûreté.....	216
§ 2 :	<i>Le dualisme des sanctions pénales dans la jurisprudence constitutionnelle</i>	222
A.	L'existence des mesures de sûreté dans la jurisprudence constitutionnelle.....	222
B.	L'absence de théorie constitutionnelle générale sur les mesures de sûreté.....	232
TITRE II : LES FORMES DES MESURES DE SÛRETÉ.....		249
CHAPITRE I : LES MESURES DE SÛRETÉ PRIVATIVES DE LIBERTÉ.....		253
Section 1 : Les mesures curatives.....		254
§ 1 :	<i>L'internement en hôpital psychiatrique / die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ...</i>	254
A.	Les conditions d'application des internements psychiatriques.....	256
1.	L'application de l'internement en hôpital psychiatrique.....	256
2.	L'application de la <i>Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus</i>	259
B.	La mise en œuvre des internements psychiatriques.....	262
1.	Les garanties encadrant la mesure.....	262
2.	L'exécution de la mesure.....	265
§ 2 :	<i>Le placement en cure de désintoxication / die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.....</i>	270
A.	Les conditions d'application des cures de désintoxication.....	270
1.	L'application de la cure de désintoxication.....	271
2.	L'application de la <i>Unterbringung in einer Entziehungsanstalt</i>	273

B.	La mise en œuvre des cures de désintoxication	275
1.	Le moment d'intervention de la mesure	275
2.	L'exécution de la mesure	278
Section 2 :	Les mesures neutralisatrices : les détentions de sûreté	281
§ 1 :	<i>Les conditions d'application des détentions de sûreté.....</i>	<i>283</i>
A.	La rétention de sûreté	284
1.	Le placement en rétention de sûreté en fin de peine	284
a.	Les conditions subjectives.....	284
b.	Les conditions objectives	288
2.	Le placement en rétention de sûreté à l'issue d'une surveillance de sûreté.....	291
B.	<i>Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung.....</i>	<i>293</i>
1.	Les conditions subjectives.....	293
2.	Les conditions objectives	301
§ 2 :	<i>La mise en œuvre des détentions de sûreté</i>	<i>307</i>
A.	Les incidences du prononcé de la mesure	307
1.	Incidence sur la peine	308
2.	Incidence sur les pratiques pénitentiaires	310
3.	Incidence sur l'attitude des détenus éligibles à la détention de sûreté.....	312
B.	Les modalités d'exécution des détentions de sûreté.....	313
1.	Le lieu d'exécution et le contenu de la mesure	314
a.	L'exécution de la rétention de sûreté française	314
b.	L'exécution de l'internement de sûreté	322
2.	La durée indéterminée de la mesure.....	327
CHAPITRE II :	LES MESURES DE SÛRETÉ NON PRIVATIVES DE LIBERTÉ.....	335
Section 1 :	Les mesures restrictives de liberté à visée exclusivement sécuritaire.....	337
§ 1 :	<i>Le régime juridique des mesures à visée exclusivement sécuritaire</i>	<i>340</i>
A.	Le champ d'application matériel.....	340
B.	Le champ d'application temporel	344
§ 2 :	<i>Les effets des mesures à visée exclusivement sécuritaire</i>	<i>349</i>
§ 3 :	<i>La qualification juridique des mesures à visée exclusivement sécuritaire</i>	<i>352</i>
Section 2 :	Les mesures de surveillance probatoires.....	359
§ 1 :	<i>Les mesures de surveillance probatoires françaises</i>	<i>359</i>
A.	La genèse des mesures de surveillance probatoires.....	360
B.	Le régime juridique des mesures de surveillance probatoires	365
1.	Le champ d'application matériel	365
2.	Le champ d'application temporel.....	377
C.	Le contenu des mesures de surveillance probatoires.....	386
D.	La qualification juridique des mesures de surveillance probatoires.....	399
§ 2 :	<i>La mesure de surveillance probatoire allemande : la surveillance de conduite ou Führungsaufsicht....</i>	<i>410</i>
A.	Le régime juridique de la surveillance de conduite	412
1.	Les conditions d'application de la mesure.....	412
2.	La durée de la mesure.....	416
B.	Le contenu de la surveillance de conduite	419
Section 3 :	Les mesures privatives ou restrictives de droits	424

§ 1 : Les mesures attachées à la personne du délinquant ou mesures personnelles	424
A. Les mesures applicables aux délinquants pénalement responsables.....	425
1. L'annulation et la suspension du permis de conduire/ <i>die Entziehung der Fahrerlaubnis</i>	426
a. L'annulation et la suspension du permis de conduire en droit français	426
b. L'annulation du permis de conduire en droit allemand : <i>die Entziehung der Fahrerlaubnis</i>	432
2. Les interdictions professionnelles	441
a. Les interdictions professionnelles en droit français.....	441
b. L'interdiction professionnelle en droit allemand : <i>das Berufsverbot</i>	445
B. Les mesures applicables aux personnes pénalement irresponsables.....	450
§ 2 : Les mesures attachées au patrimoine du délinquant ou mesures réelles.....	455
A. La confiscation spéciale	455
B. La fermeture d'établissement.....	461
2^{NDE} PARTIE : L'AUTONOMIE DES MESURES DE SÛRETÉ	471
TITRE I : UNE AUTONOMIE LIMITÉE	473
CHAPITRE I : LE CARACTÈRE FLOU DU CONCEPT DE MESURE DE SÛRETÉ	475
Section 1 : L'incertitude de la notion de mesure de sûreté	475
§ 1 : Les insuffisances de la reconnaissance des mesures de sûreté en droit interne	476
A. L'absence de consensus sur la place des mesures de sûreté	476
1. Les contestations doctrinales de l'existence autonome des mesures de sûreté	476
2. Les hésitations législatives et jurisprudentielles	482
B. La relativité des catégories juridiques établies	485
1. La relativité des catégories juridiques en droit interne.....	485
a. Les mesures de sûreté dissimulées	485
b. Les mesures similaires aux mesures de sûreté	493
2. La relativité des catégories juridiques en droit comparé	495
§ 2 : L'autonomie de la définition européenne des sanctions pénales.....	496
A. La notion de « <i>peine</i> » au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme	497
1. La technique d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme	497
2. La jurisprudence européenne relative à la notion de « <i>peine</i> »	500
B. La qualification autonome de la détention de sûreté allemande.....	508
1. La détention de sûreté, une « <i>peine</i> » au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme	508
2. Les conséquences de la qualification autonome sur le droit interne	515
Section 2 : L'imprécision des contours des mesures de sûreté	521
§ 1 : Le recoupement des régimes des mesures de sûreté et des peines.....	522
A. Le rapprochement des conditions d'application	523
1. L'intervention <i>post delictum</i> des réponses pénales	523
2. La prise en compte de la dangerosité du délinquant	526
B. L'exigence commune d'individualisation	530
1. Les origines du principe d'individualisation de la sanction pénale	531
2. La portée du principe d'individualisation de la sanction pénale	535
§ 2 : Le recoupement des finalités des mesures de sûreté et des peines.....	540

A.	L'omniprésence de la finalité préventive des sanctions pénales	540
B.	Les composantes de la finalité préventive des sanctions pénales.....	545
1.	La prévention par la réinsertion sociale	545
a.	La finalité resocialisatrice de la réponse pénale	546
b.	La resocialisation par le traitement et le soin.....	558
2.	La prévention par la neutralisation	567
 CHAPITRE II : LA SOUMISSION DES MESURES DE SÛRETÉ AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT PÉNAL.....		577
 Section 1 : Les mesures de sûreté et les garanties substantielles		581
<i>§ 1 : Les droits fondamentaux reconnus au délinquant.....</i>		581
A.	Les droits fondamentaux tenant à la personne même	581
1.	Le principe du respect de la dignité de la personne humaine	581
2.	Le principe de culpabilité	594
B.	Les droits fondamentaux tenant à la liberté de la personne	597
1.	Le droit à la liberté et à la sûreté.....	597
a.	La protection contre une détention arbitraire	597
b.	Le respect des garanties découlant de l'article 5 CESDH	612
2.	Le droit à la liberté de circulation.....	619
<i>§ 2 : Les principes fondamentaux régissant la sanction pénale.....</i>		623
A.	Le principe de légalité et ses corollaires	623
1.	L'application du principe de légalité aux mesures de sûreté	623
2.	Les corollaires du principe de légalité	626
a.	L'exigence de précision et de clarté de la norme pénale	626
b.	Le principe de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère	630
B.	Le principe de nécessité et de proportionnalité	635
 Section 2 : Les mesures de sûreté et les garanties procédurales		646
<i>§ 1 : La présomption d'innocence</i>		647
A.	Le principe de la présomption d'innocence.....	648
B.	Les corollaires du principe de la présomption d'innocence	651
<i>§ 2 : Le principe « Ne bis in idem »</i>		654
 TITRE II : UNE AUTONOMIE À CONFORTER		665
 CHAPITRE I : L'AUTONOMIE EXISTANTE DES MESURES DE SÛRETÉ.....		667
 Section 1 : La condition subjective des mesures de sûreté : la dangerosité		667
<i>§ 1 : La notion de dangerosité comme fondement spécifique des mesures de sûreté</i>		668
A.	La délimitation de la notion de dangerosité	668
1.	La définition incertaine de la notion de dangerosité	669
a.	La dangerosité, une notion floue et protéiforme	669
b.	Tentative de définition de la notion de dangerosité.....	676
2.	L'extension du droit pénal sous l'influence de la dangerosité.....	682
a.	La dangerosité « psychiatrique » comme critère d'extension du droit pénal.....	682
b.	La judiciarisation de la réponse pénale apportée aux personnes irresponsables.....	687
B.	La relation entre la dangerosité et d'autres concepts du droit pénal	696

1.	Dangerosité et répétition d'infractions	696
2.	Dangerosité et maladie mentale	701
a.	La corrélation pertinente entre maladie mentale et dangerosité « psychiatrique »	701
b.	La confusion regrettable entre maladie mentale et dangerosité « criminologique »	703
3.	Dangerosité et culpabilité	708
§ 2 :	<i>La difficile évaluation de la dangerosité</i>	712
A.	Le rôle prédominant et ambigu de l'expert.....	713
1.	La problématique des expertises de dangerosité	714
a.	La mutation de l'expertise psychiatrique	714
b.	Les problèmes inhérents à la prédiction de la dangerosité.....	718
2.	Le domaine étendu des expertises de dangerosité.....	723
a.	La place grandissante des expertises de dangerosité	723
b.	Le moment d'intervention des expertises de dangerosité.....	726
B.	Une évaluation pluridisciplinaire à développer	733
1.	La nécessité d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité.....	733
2.	L'intervention de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté.....	738
a.	La mission de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté	738
b.	Une institution controversée	742
Section 2 : Les conditions objectives des mesures de sûreté liées à l'extériorisation de la dangerosité		748
§ 1 :	<i>La commission préalable d'un acte prohibé par la loi pénale</i>	749
A.	La commission d'une infraction par le délinquant responsable	750
1.	Une condition indispensable.....	750
2.	Une condition secondaire	754
B.	L'accomplissement d'un acte objectivement délictueux par l'auteur irresponsable	758
§ 2 :	<i>L'existence d'un passé pénal révélateur d'un « penchant » criminel</i>	761
A.	La notion de délinquant d'habitude ou « anormal »	761
B.	L'amenuisement de l'exigence d'une pluralité d'infractions	768
CHAPITRE II : L'AUTONOMIE À CONSTRUIRE DES MESURES DE SÛRETÉ.....		777
Section 1 : La consécration inévitable d'un dualisme des sanctions pénales dans le Code pénal ..		778
§ 1 :	<i>Les spécificités irréductibles des mesures de sûreté</i>	779
A.	Les traits distinctifs des peines et des mesures de sûreté	779
1.	Les fondements différents	780
2.	Les finalités différentes.....	782
B.	La différence conceptuelle entre peines et mesures de sûreté confortée par le droit européen	789
1.	La reconnaissance des mesures de sûreté par le droit de l'Union européenne.....	790
2.	La reconnaissance des mesures de sûreté par le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme	794
§ 2 :	<i>La reconnaissance indispensable des mesures de sûreté</i>	801
A.	La nécessité des mesures de sûreté à l'égard de certains délinquants	801
B.	La classification des mesures de sûreté.....	803
1.	La distinction des mesures de sûreté selon leur sujet	803
2.	La distinction des mesures de sûreté selon leur nature.....	809
Section 2 : La consécration souhaitable d'un régime propre aux mesures de sûreté.....		811
§ 1 :	<i>Le prononcé des mesures de sûreté</i>	812

A.	Le respect du principe de légalité <i>stricto sensu</i>	812
B.	L'autorité compétente	815
1.	La compétence des juridictions pénales ordinaires et spéciales	815
2.	Les améliorations nécessaires du fonctionnement des juridictions <i>ad hoc</i>	821
C.	L'application temporelle des mesures de sûreté	827
1.	La durée indéterminée des mesures de sûreté	828
2.	L'application rétroactive des mesures de sûreté	833
§ 2 :	<i>L'exécution des mesures de sûreté</i>	839
A.	L'articulation des mesures de sûreté avec la peine et entre elles	839
1.	La combinaison avec la peine	839
a.	La complémentarité entre peine et mesure de sûreté	839
b.	La combinaison rationnelle entre peine et mesure de sûreté	845
2.	L'articulation des mesures de sûreté entre elles	851
B.	L'individualisation des modalités d'exécution	856
§ 3 :	<i>La cessation des mesures de sûreté</i>	860
A.	L'inapplicabilité des causes extinctives ou suspensives de la peine	860
B.	Le caractère déterminant de la cessation de la dangerosité	861
CONCLUSION GÉNÉRALE		871
ANNEXE : PROPOSITION DE RÉFORME LÉGISLATIVE		875
BIBLIOGRAPHIE		885
INDEX DE JURISPRUDENCE		939
INDEX ALPHABÉTIQUE		997

LES MESURES DE SÛRETÉ – ÉTUDE COMPARATIVE DES DROITS PÉNAUX FRANÇAIS ET ALLEMAND

Résumé

Les mesures de sûreté sont au cœur de la politique pénale actuelle, bien qu'elles soulèvent un grand nombre d'interrogations. Leur place est très incertaine en droit français qui, dans un souci de simplification, a opté pour un système de sanctions pénales à voie unique ne comportant que des peines. Pour autant, aux côtés des peines, il est un certain nombre de mesures de sûreté qui ne sont pas toujours reconnues comme telles, au détriment de la cohérence du droit positif. Le droit allemand, au contraire, a adopté le système « de la double voie », faisant coexister les peines et les mesures de sûreté au sein du code pénal. Ce système présente l'avantage de reconnaître la spécificité des mesures de sûreté, lesquelles reposent non sur la culpabilité du délinquant mais sur sa dangerosité. Bien que la distinction entre les deux catégories de sanctions pénales ne soit pas aisée en raison des nombreux points de convergence, une assimilation pure et simple entre les deux concepts s'avère impossible. Cette étude comparative de l'émergence et de l'autonomie des mesures de sûreté permet de conclure à la nécessité d'introduire un dualisme des sanctions pénales au sein du Code pénal français, avec un régime juridique complet et propre aux mesures de sûreté, distinct de celui des peines, mais s'inscrivant dans le respect des principes fondamentaux du droit pénal.

Mots-clés : mesures de sûreté, système unitaire, système dualiste, dualisme, double voie, sanctions pénales, peines, dangerosité, autonomie, principes fondamentaux, Maßregeln der Besserung und Sicherung, Einspurigkeit, Zweispurigkeit, strafrechtliche Sanktionen, Strafen, Sicherungsverwahrung, Grundrechte, Gefährlichkeit.

Abstract

Security measures are at the heart of the current criminal policy, even though they raise a number of questions. Their place is very uncertain in French law, which has opted for a "single-track system", comprising only penalties, in the interest of simplification. Though, alongside the penalties, there are some security measures that are not always recognized as such, to the detriment of the coherence of the positive law. German law, on the contrary, has adopted a "dual-track system", where penalties and security measures coexist within the criminal code. This system offers the advantage of recognizing the specificities of the security measures, which are not based on the guilt of the offender, but on his degree of danger. Although the distinction between the two categories of criminal sanctions is not an easy one, because of the areas of convergence, the two concepts cannot simply be treated as being the same. This comparative study of the emergence and the autonomy of the security measures concludes that a dualism of criminal sanctions should be introduced to the French criminal code with a complete own legal regime for the security measures, separate from the penalties' regime, but in accordance with the basic principles of the criminal law.

Keywords: security measures, single-track system, dual-track system, dualism, criminal sanctions, penalties, dangerousness, autonomy, basic principles.

