

L'évolution de la notion de mesure privative de liberté

Atelier 8 : Constitution, droits et devoirs

Hélène Hurpy, allocataire-monitrice au GERJC (Institut Louis Favoreu)

La tendance à la multiplication et à l'allongement des mesures privatives de liberté, amène à s'interroger sur la définition juridique de cette notion « incertaine »¹. En effet, « les conséquences dramatiques de la privation de liberté sur les droits fondamentaux de la personne concernée »², ont conduit, tant le Conseil constitutionnel, que la Cour européenne des droits de l'homme, à s'emparer de cette question, afin de déterminer certains critères, pour distinguer ces dispositions, et les principes qui leur sont applicables.

Dans un premier temps, malgré les recommandations européennes en faveur des dispositifs alternatifs à la détention³, le « durcissement de la répression pénale »⁴ et des mesures privatives de liberté existantes, s'est amplifié. Ce mouvement, visible au sein des diverses législations européennes, est principalement justifié, par la lutte contre le terrorisme⁵, la prévention contre la récidive⁶, ou encore la répression de l'immigration clandestine⁷. En France, il « s'est manifesté à travers plusieurs lois, [parmi lesquelles] la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice⁸, renforçant [...] les possibilités de placement en détention provisoire, [ou] celle du 12 décembre 2005 sur le traitement de la récidive des infractions pénales⁹, cherchant à systématiser les peines de prison pour les récidivistes, notamment en supprimant la possibilité d'un troisième sursis avec mise à

¹ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 7^{ème} éd., 2005, p. 306.

² MENDES CONSTANTE (J.), « Le droit à la sûreté personnelle », in *Protection des libertés et droits fondamentaux*, RENOUX (T.-S.) (dir.), La Documentation française, Paris, 2007, p. 153.

³ Sur cette question v. DINDO (S.), *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme. II. Les alternatives à la détention*, Les Etudes de la CNCDH, La Documentation française, Paris, 2007, 222 p.

⁴ DINDO (S.), *op. cit.*, p. 8.

⁵ Par exemple, le 11 juin 2008, en Grande-Bretagne, la Chambre des communes a accueilli favorablement un projet de loi anti-terroriste visant à porter de vingt-huit à quarante-deux jours la durée maximale de la garde à vue, sans inculpation des personnes soupçonnées de terrorisme, en cas de « menace exceptionnelle et grave ».

⁶ Par exemple, en France, v. la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, *JORF*, 11 août 2007, p. 13478.

⁷ Pour un exemple récent : v. la directive européenne sur le retour des étrangers en situation irrégulière, adoptée le 18 juin 2008 par le Parlement européen, prévoyant notamment que la durée de rétention des immigrants illégaux, peut aller jusqu'à trois mois, et être prolongée jusqu'à dix-huit mois dans certaines circonstances. Détails du texte adopté par le Parlement : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0293+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR#BKMD-5>

⁸ Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, *Rec.*, p. 204, *JORF*, 10 septembre 2002, p. 14953.

⁹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, *Rec.*, p. 153, *JORF*, 13 décembre 2005, p. 19162.

l'épreuve. Cette [première] tendance [s'est donc traduite] par un allongement général de la durée de détention, [mais aussi] par un accroissement des personnes concernées par de telles mesures »¹⁰.

Ensuite, « aux sanctions pénales traditionnelles, les systèmes juridiques modernes ont ajouté de nouvelles [dispositions] »¹¹, telles que, les mesures de sûreté privatives de liberté, récemment introduites en droit français¹². Par conséquent, si la notion même de mesure privative de liberté ne pouvait déjà pas se réduire aux seules « peines » privatives de liberté, ces nouvelles dispositions étendent encore davantage ses contours et son régime juridique.

C'est dans ce contexte que les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne apparaissent primordiales pour différencier, tout d'abord, les mesures privatives de liberté de celles qui ne le sont pas. Ainsi, l'une et l'autre de ces jurisprudences, ont distingué la privation de liberté, de la restriction de liberté. Le Conseil constitutionnel, afin d'identifier une disposition privative de liberté, se fonde sur l'objet de la mesure, sa durée et parfois même ses effets potentiels¹³. De la même manière, la Cour européenne « pour déterminer si une personne se trouve privée de liberté, [a considéré qu'il fallait] partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères, tels le genre, la durée, et les modalités d'exécution de la mesure concernée, afin d'apprécier le degré et l'intensité des restrictions à la liberté de déplacement de la personne »¹⁴. Eu égard à ces premiers éléments, la mesure privative de liberté se définit, par sa nature même, comme entraînant « une privation totale de liberté de mouvement »¹⁵. Par ailleurs, elle se différencie également des mesures dites privatives de droits. En effet, celles-ci ont uniquement pour objet « de priver le coupable de certains de ses droits [...] civiques, civils, et de famille, [...] ou entraînent les déchéances ou incapacités, [voire] des interdictions professionnelles... »¹⁶, et elles constituent ainsi, des peines alternatives à l'emprisonnement.

Pourtant, s'il est possible de dissocier les dispositions privatives de liberté de celles seulement restrictives de liberté ou privatives de droits, il paraît plus difficile d'appréhender et de reconnaître celles comprises, au sein même de cette notion. A ce titre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel différencie deux catégories de mesures privatives de liberté : celles qui ont un caractère punitif et celles qui ne l'ont pas. La jurisprudence européenne opère la même distinction, mais adopte une conception originale et autonome¹⁷ de la notion de « peine », qui vise à « dépasser le sens habituel que le concept en cause revêt en droit national [et] à conférer à ce concept une signification extensive »¹⁸.

Ces deux approches opérées au sein même des mesures privatives de liberté, constituent précisément l'objet de la présente étude, afin d'évaluer tant les critères de

¹⁰ DINDO (S.), *op. cit.*, p. 8.

¹¹ FARINA-CUSSAC (J.), « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. (Eléments pour une comparaison) », *RSC*, juill.-sept. 2002, p. 517.

¹² 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*, 26 février 2008, pp. 3266 et s.

¹³ PENA-SOLER (A.), in *Droits des libertés fondamentales*, Précis, Dalloz, Paris, 2007, 4^{ème} éd., pp. 185 et s.

¹⁴ SUDRE (F.), *op. cit.*, p. 306.

¹⁵ PENA-SOLER (A.), *op. cit.*, p. 186.

¹⁶ LARGUIER (J.), *Le droit pénal*, Que sais-je, PUF, Paris, 2006, pp. 91-92.

¹⁷ Il est possible de définir les « concepts autonomes » comme « les notions définies par la Cour européenne des droits de l'homme indépendamment des qualifications nationales des mêmes termes » : CABRILLAC (R.) (dir.), in *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Editions du Juris-Classeur, Liège, 2002, p. 86.

¹⁸ SUDRE (F.), *op. cit.*, p. 232-233.

reconnaissance, que les principes applicables à de telles dispositions. Il conviendra alors, au regard des quelques éléments retenus, de tracer les contours de la notion même de mesure privative de liberté (I), pour en déterminer ses impacts juridiques (II), et apprécier ainsi son évolution.

I/ L'évolution des contours de la notion de mesure privative de liberté

Les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme ont conduit à élaborer et à mettre en œuvre des critères de distinction des diverses mesures privatives de liberté (A), critères partiellement remis en cause, notamment par la création de nouvelles catégories de mesures de sûreté privatives de liberté (B).

A/ Les critères d'élaboration de la notion de mesure privative de liberté

Le raisonnement des deux juridictions présentent « des similitudes, dans la mesure où le Conseil constitutionnel comme la CEDH censurent une mesure répressive si celle-ci ne présente pas les garanties constitutionnelles ou conventionnelles [qu'elle devrait respecter] à partir du moment où elle rentre dans la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition » ou celle de « matière pénale »¹⁹. Chacune des deux juridictions a ainsi défini des critères visant l'élaboration de la notion de « peine ». *A contrario*, les dispositions ne répondant pas à ces critères, sont considérées comme des mesures non punitives, même si elles entraînent une privation de liberté de la personne concernée.

Le Conseil constitutionnel distingue, ainsi, « le régime des peines de celui des mesures qui n'ont pas ce caractère punitif »²⁰. A cet effet, il « n'est nullement lié par la qualification juridique que le législateur a entendu retenir »²¹. La Cour européenne peut, quant à elle, tenir compte de « la nature formelle de la sanction »²², mais elle « s'estime libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » »²³. C'est pourquoi, cette notion, telle que comprise par la Cour de Strasbourg, « possède une portée [dite] autonome »²⁴.

Selon le juge constitutionnel, la « mesure à caractère répressif »²⁵ doit présenter « deux critères cumulatifs »²⁶.

¹⁹ KLUGER (J.), « L'élaboration de la notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 1995, p. 521.

²⁰ Commentaire de la décision n°2008-562 DC, 21 février 2008, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, 2008 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc24/jurisp562.htm>

²¹ *Idem*. « Il [Conseil constitutionnel] a ainsi eu l'occasion de considérer comme soumises aux dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789, des mesures que le législateur avait qualifié « de sûreté » et qui peuvent être prononcées en même temps que certaines peines ». En ce sens v. la décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, *Rec.*, p. 130 ; *RJC*, p. I-278, *JORF*, 5 septembre 1986, p. 10788 ; et v. la décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, *Rec.*, p. 27 ; *RJC*, p. I-573, *JORF*, 26 janvier 1994, p. 1380.

²² Elle est [comprise comme] « la qualification donnée à une mesure par le droit interne » : FARINA-CUSSAC (J.), *op. cit.*, p. 519.

²³ Cour EDH, *Welch c/ Royaume-Uni*, 9 février 1995, *A.307-A*, § 27 ; CEDH, *Coëme c/ Belgique*, 22 juin 2000, *2000-VII*, § 145.

²⁴ Cour EDH, *Jamil c/ France*, 8 juin 1995, *A. 317-B*, § 30.

²⁵ Décision n°89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, *Rec.*, p. 110 ; *RJC*, p. I-382, *JORF*, 30 décembre 1989, p. 16498.

²⁶ Commentaire de la décision n°2008-562 DC, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n°24, 2008.

La « peine » doit, en premier lieu, être une disposition prononcée par une juridiction de jugement. Ce premier critère, s'agissant des « peines » privatives de liberté, doit être entendu strictement. En effet, le Conseil a considéré que « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction [à condition] que la sanction susceptible d'être infligée [soit] exclusive de toute privation de liberté »²⁷. En d'autres termes, seule une autorité de jugement est compétente pour prononcer une « peine » privative de liberté.

Dans un deuxième temps, la « peine » doit être liée à l'appréciation de culpabilité de la personne du délinquant. Ce second critère suppose notamment que la mesure poursuive un but répressif, et repose sur « la commission d'infraction et sur le *quantum* qui serait applicable »²⁸.

A titre d'exemple, les décisions de garde à vue, sont, en premier lieu, « prises par les officiers de police judiciaire » (article 63 du code de procédure pénale) ; sauf concernant le régime dérogatoire de la garde à vue, applicable à la criminalité organisée, qui prévoit que des prolongations peuvent être décidées « soit [...] par le juge des libertés et de la détention, soit par le juge d'instruction saisi de l'affaire » (article 706-73 du code de procédure pénale). Or, même si l'allongement de la durée de garde à vue entraîne l'intervention d'un magistrat du siège, le but de la garde à vue est de retenir une personne « lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction, ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher d'en commettre une », afin de l'interroger dans le cadre d'une enquête. Cette disposition n'a donc pas de finalité répressive, et, de ce fait, ne peut pas constituer une « peine » privative de liberté, mais seulement une mesure non punitive privative de liberté.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg rejoint celle du Conseil, quant à l'élaboration des critères de distinction au sein des mesures privatives de liberté, mais adopte une conception plus extensive dans la mise en œuvre de ces critères.

Tout d'abord, elle considère que « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction » »²⁹. La Cour « procède [alors] à l'établissement d'un lien entre la mesure en cause et une « infraction », la présence de guillemets montrant qu'elle [appréhende] cette notion [autonome] au sens de la Convention elle-même »³⁰.

Ce premier critère est, par exemple, rempli lorsque « la condamnation du requérant pour viol reposait sur l'infraction de viol définie par la loi »³¹. Toutefois, la particularité de ce critère réside dans son interprétation très extensive par la Cour. « En témoigne la démarche [de celle-ci], en formation solennelle qui, en matière de répression disciplinaire pénitentiaire, s'attache « par-delà les apparences et le vocabulaire employé (...) à cerner la réalité », pour qualifier de « pénale » une condamnation à des jours de détention supplémentaires »³².

²⁷ Décision n°97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, Rec.*, p. 45, cons. 30 ; *RJC*, p. I-707, *JORF*, 25 avril 1997, p. 6271.

²⁸ Commentaire de la décision n°2008-562 DC, *Cahiers du Conseil constitutionnel, op. cit.*, n°24, 2008.

²⁹ Cour EDH, *Welch c/ Royaume-Uni, préc.*, § 28.

³⁰ FARINA-CUSSAC (J.), *op. cit.*, p. 521.

³¹ Cour EDH, *S.W. c/ Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, *A335-B*, § 41.

³² SUDRE (F.), *op. cit.*, p. 233. L'auteur se réfère à l'arrêt rendu par la Cour européenne (Gr. Ch.), *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*, 9 octobre 2003, *2003-X*.

Ensuite, « d'autres éléments peuvent être estimés pertinents [...] : la qualification de la mesure en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution ainsi que sa gravité »³³. Ces critères [...] transposés de la « matière pénale » s'articulent autour de trois idées directrices, dégagées par la Cour dans l'arrêt *Engel*³⁴.

Au préalable, il faut tenir compte de la qualification juridique interne (1^{er} critère). Ainsi, une mesure, seulement qualifiée de « mesure de police », et visant le maintien d'un étranger en zone de transit, « s'il se prolonge de manière excessive [...] risquerait de transformer une simple restriction à la liberté [...] en privation de liberté », mais ne saurait constituer une « peine ». Toutefois, ce critère « n'a qu'une valeur formelle et relative »³⁵.

Il s'agit davantage de prendre en considération la nature même de l'infraction, qui renvoie à la transgression d'une norme générale ayant un caractère à la fois dissuasif et répressif (2^{ème} critère). Ce critère « représente [alors] un élément de plus grand poids »³⁶ pour la Cour.

Ici, elle apprécie le lien entre le comportement de la personne en cause, et la sanction qu'elle encourt. Ainsi, par exemple, la Cour va apprécier les manquements reprochés à un détenu, en fonction du règlement pénitentiaire qui fixe l'échelle des infractions, afin de déterminer la gravité particulière du comportement reproché, et son illégalité³⁷. En revanche, la Cour estime que lorsqu'un Gouvernement, détient une personne « en vue uniquement de l'empêcher de se livrer à des activités préjudiciables au maintien de la paix et de l'ordre publics ou à la sûreté de l'État ; que cette détention, [...] constitue une mesure préventive »³⁸.

Enfin, la gravité ou le degré de sévérité de la sanction encourue est également à envisager (3^{ème} critère). Il s'agit alors de prendre compte le *quantum* de la peine encourue par la personne en droit interne.

« Ces deux derniers critères sont en principe alternatifs et non cumulatifs mais la Cour ne s'interdit pas, si l'analyse de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire, de procéder à une approche cumulative »³⁹, comme elle a pu le faire dans l'affaire *Bendenoun*⁴⁰.

Ces différents indices permettent de distinguer les dispositions privatives de liberté entre elles, en fonction qu'elles relèvent ou non de la notion de « peine », ou de « matière pénale », et ainsi, de les définir juridiquement. Pour autant, l'apparition de mesures, dites de « sûreté » privatives de liberté, conduit à s'interroger sur la pérennité de ces critères, et de la distinction établie.

B/ Les critères d'élaboration remis en cause par la notion de mesure de sûreté privatives de liberté

Introduites en droit français par la loi n°2008-174 du 25 février 2008, la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté attestent du « véritable retour en force »⁴¹ des mesures de défense sociale. Celles-ci sont dépourvues de caractère rétributif et infamant, et à la différence

³³ Cour EDH, *Welch c/ Royaume-Uni*, préc. § 28.

³⁴ Cour EDH, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, A22, § 82.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Cour EDH, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, 25 mars 1992, A233, §71.

³⁸ Cour EDH, *Lawless c/ Irlande*, 1^{er} juillet 1961, Série A. n°3, § 19.

³⁹ SUDRE (F.), *op. cit.*, p. 331.

⁴⁰ Cour EDH, *Bendenoun c/ France*, 21 février 1994, Série A. 284-A.

⁴¹ MAYAUD (Y.), « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *D*, 2008, n° 20, p. 1359.

des « peines »⁴², sont « moins préoccupées de punir que de réadapter, moins attachées à l'infraction qu'à l'état dangereux, moins déterminées une fois pour toutes par le juge que constamment révisables et adaptables à l'évolution du cas à traiter »⁴³. Leur développement atteste, certes, d'une « évolution non négligeable »⁴⁴ de la politique pénale. Néanmoins, ces dispositions nouvelles de sûreté⁴⁵ interrogent surtout l'immutabilité des contours jurisprudentiels de la notion de mesure privative de liberté. L'examen de deux d'entre elles, à savoir, le placement sous surveillance électronique mobile (ci-après PSEM) et la rétention de sûreté, permettra de déterminer si ces dispositions nouvelles, peuvent être assimilées à des « peines ».

Tout d'abord, et même si cet élément n'a qu'une portée indicative, le législateur a qualifié très clairement l'une et l'autre de ces mesures. Dans le premier cas, la loi n°2005-1549, du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, met en place le PSEM en tant que « mesure de sûreté »⁴⁶, visant la prévention de la récidive, « dont la probabilité sérieuse, fondée sur une dangerosité établie, en justifie le principe »⁴⁷. Néanmoins, le législateur ne donne aucune définition précise de cette notion de dangerosité⁴⁸. Dans le second cas, 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, prévoit le placement de la personne concernée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté, dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique. « Le dispositif est légalement en rapport avec la récidive, qui doit relever « d'une probabilité très élevée », manifestée par la « particulière dangerosité » des personnes qui y sont soumises pour trouble grave de la personnalité »⁴⁹. *A contrario*, ces dispositions étant légalement qualifiées de mesures de sûreté, elles ne seraient donc pas constitutives d'une « peine ». Pour autant, le Conseil constitutionnel ne s'estime pas lié par la qualification du législateur. C'est pourquoi, il convient ensuite, de vérifier l'argumentation du Conseil concernant les deux mesures en cause, afin de déterminer la nature juridique de chacune d'entre elles.

Concernant le PSEM⁵⁰, le premier critère jurisprudentiel impose de vérifier si la mesure est, ou non, prononcée par une juridiction de jugement. Or, le PSEM est dicté par le juge de l'application des peines, et non par la juridiction de jugement, de sorte que ce critère n'est pas rempli. Le second suppose que la mesure soit liée à l'appréciation de culpabilité de la personne. Le PSEM est en relation avec la dangerosité de la personne concernée, et non avec sa culpabilité. De plus, il ne poursuit pas un but répressif mais vise à prévenir toute récidive du condamné. A ce titre, le législateur a précisé, dans l'article 763-12, alinéa 3, du code de procédure pénale, que la mise en œuvre du PSEM doit favoriser la « réinsertion

⁴² V. sur l'étude de cette distinction, 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 Maurice Patin*, Cujas, Paris, 1966, p. 182.

⁴³ LARGUIER (J.), *op. cit.*, p. 78.

⁴⁴ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, p. 1359.

⁴⁵ Ces dispositifs se distinguent des « périodes de sûreté », définies comme des « modalités d'exécution d'une peine privative de liberté par un majeur, qui désigne un laps de temps d'une durée variable, pendant lequel le condamné ne peut bénéficier de dispositions de faveur concernant sa peine » : CABRILLAC (R.) (dir.), *op. cit.*, pp. 284-285.

⁴⁶ V. article 131-36-9 du code pénal (article 19 de la loi).

⁴⁷ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s.

⁴⁸ V. sur ce point, COCHE (A.), *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal. Etude de droit français*, préf. PRADEL (J.), PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

⁴⁹ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s.

⁵⁰ Commentaire de la décision n°2005-527 DC, 8 décembre 2005, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, octobre 2005-mars 2006 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc20/jurisp527.htm>

sociale » du condamné. C'est d'ailleurs ce qui explique le fait que la mesure ne puisse être réalisée qu'avec le consentement de l'intéressé, et que sa durée soit limitée à « [celle] des réductions de peine dont bénéficie le condamné »⁵¹. Par conséquent, le PSEM ne peut s'analyser en une « peine », au sens de la définition donnée antérieurement par le Conseil constitutionnel.

Néanmoins, l'assimilation du PSEM à une mesure de sûreté, et non à une « peine », se justifie, en outre, par le fait qu'il n'est pas irréfutablement privatif de liberté. En effet, il offre une alternative à la détention, à l'enfermement de la personne, et ainsi, à la privation de sa liberté. Pour autant, l'examen du juge constitutionnel de cette disposition met en évidence certains critères propres, cette fois-ci, non pas à l'élaboration de la notion de « peine », mais à celle de « mesure de sûreté ». Cette analyse apporte ainsi des éléments essentiels de comparaison, pour l'étude de la mesure, plus incertaine, de rétention de sûreté.

En effet, celle-ci se caractérise avant tout par sa « nature privative de liberté », touchant certains criminels réputés dangereux, une fois leur peine accomplie, et ce, pour une durée indéterminée. De ce fait, la nature punitive ou non de cette « mesure extrême »⁵² semble particulièrement incertaine.

Tout d'abord, l'appréciation du premier critère, ayant trait au prononcé de la mesure de rétention, est délicate. En effet, la Cour d'assises, juridiction du jugement, doit intervenir, initialement, pour prévoir le réexamen futur du condamné, en vue d'une rétention de sûreté. Cependant, c'est la juridiction régionale de rétention de sûreté territorialement compétente, qui décide, à l'issue de la peine du condamné, de la mise en œuvre de la rétention de sûreté⁵³. Par conséquent, « ce n'est pas la Cour d'assises qui décide de la rétention de sûreté : elle la rend seulement possible en prévoyant le réexamen de la situation du condamné »⁵⁴, de sorte que le premier critère n'est pas rempli. Ensuite, il s'agit de déterminer si la rétention de sûreté est liée, ou non, à l'appréciation de culpabilité de la personne, et si elle présente un régime comparable à celui d'une « peine ». Or, la rétention de sûreté est d'abord justifiée par la dangerosité du condamné, et, de ce fait, par la prévention contre toute récidive. Elle a en outre, « une finalité « socio-médicale » liée au trouble grave de la personnalité dont souffre le condamné, et propose, à ce titre, une prise en charge médicale et sociale destinée à permettre la fin de la rétention »⁵⁵. Par conséquent, le « dispositif de la rétention de sûreté ne repose pas sur la commission d'infractions et il n'y a pas de *quantum* qui serait applicable »⁵⁶.

Or, c'est justement sur ce point qu'une hésitation, quant à la nature punitive de la rétention de sûreté, est permise. En effet, dans le cadre de cette mesure, l'enfermement intervient, alors même que le condamné a complètement effectué sa peine de prison. Dès lors, si les « peines », sont prononcées à partir de la commission d'infractions, la rétention de sûreté s'attache à la commission d'infractions « potentielles » ou « éventuelles » de la part du condamné. Elle intervient également comme une « technique d'adossement à l'infraction »⁵⁷ initiale, et se particularise ainsi des autres dispositions de défense sociale, qui visent non la culpabilité mais la dangerosité du délinquant. Ici, « l'infraction tient lieu de référence première »⁵⁸, et la rétention de sûreté « se veut une réponse au crime ou au délit au même titre

⁵¹ Décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, Rec., p. 153, *JORF*, 13 décembre 2005, p. 19162, cons. n° 13.

⁵² MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s. Il déclare que « la rétention de sûreté est une mesure extrême, puisqu'elle passe par une privation totale de liberté ».

⁵³ V. article 706-53-15 du code de procédure pénale.

⁵⁴ Commentaire de la décision n°2008-562 DC, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n°24, 2008.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s.

⁵⁸ *Idem.*

que la peine »⁵⁹. En outre, si la « peine » détermine un « *quantum* », le Conseil constitutionnel abandonne ici « le critère tenant au fait que la mesure de sûreté est limitée à la durée de la peine initialement prononcée »⁶⁰. Ainsi, même si la rétention de sûreté est révisable chaque année, elle est susceptible d'être prolongée indéfiniment. Dans ce contexte, la rétention de sûreté ne va-t-elle pas « au-delà de la peine » et ne vise-t-elle pas à atteindre « ce que la répression elle-même renonce à cautionner, à savoir un retour déguisé à une perpétuité réelle »⁶¹ ?

Par conséquent, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'orienterait vers une définition plus restrictive de la notion de « peine » privative de liberté. A cette conception restrictive, répondrait une définition extensive de la notion de mesure de sûreté, désormais ouverte à la privation de liberté pour une durée indéterminée par la loi. Ainsi, « la frontière entre peine et mesure de sûreté [privative de liberté] [deviendrait] à ce point infime et perméable que le maintien de la distinction [pourrait] sembler ne plus relever que de la malice intellectuelle »⁶².

De son côté, la Cour européenne n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le PSEM français, ni sur une mesure véritablement similaire⁶³. En revanche, dans l'arrêt *Morsink c/ Pays-Bas*⁶⁴, les juges européens se sont prononcés de manière incidente, sur la nature d'une ordonnance *TBS (Terbeschikkingstelling)*, soit littéralement « mise sous tutelle judiciaire », dont le législateur français se serait notamment inspiré⁶⁵ pour la création de la mesure de rétention de sûreté. L'étude de l'argumentation des juges strasbourgeois pourrait ici présenter des indices pertinents, dans la mesure où un certain nombre d'observateurs considère prévisible l'examen de la rétention de sûreté française par la Cour⁶⁶.

Ainsi, indépendamment de la position prise par le Conseil constitutionnel, la mesure de rétention de sûreté est-elle une « peine » privative de liberté, au regard des critères fixés par la jurisprudence européenne ?

Le premier critère de détermination est celui de la qualification donnée en droit interne de l'Etat en cause. Pour autant, même si le législateur français a défini la rétention de sûreté comme une « mesure de sûreté », ce qu'a confirmé le juge constitutionnel, la Cour n'est pas

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ MATHIEU (B.), « La non-rétroactivité en matière de rétention de sûreté : exigence constitutionnelle ou conventionnelle ? – A propos de la décision n°2008-562 DC du Conseil constitutionnel », *JCP G.*, n°11, 12 mars 2008, p. 166.

⁶¹ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s.

⁶² DELAGE (P.-J.), « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et la dignité », *RSC*, Octobre / Décembre 2007, p. 805.

⁶³ La Cour a simplement estimé que le confinement à domicile, sous surveillance et interdiction de sortir, constituait bien une mesure privative de liberté. Toutefois, le PSEM ne porte pas la même interdiction de sortir que le confinement à domicile, de sorte que les éléments de comparaison s'avèrent de portée limitée. V. sur la mesure de confinement à domicile : Cour EDH, *Lavents c/ Lettonie*, 28 novembre 2002, n°58442/00, *JCP G.*, 2003, I., 109, n°4, obs. SUDRE (F.).

⁶⁴ Cour EDH, *Morsink c/ Pays-Bas*, 10 novembre 2004, n°48865/99. A noter également que La Cour européenne sera appelée à se prononcer sur la question de la rétention de sûreté du droit allemand (*Mücke c. Allemagne*, introduite le 1^{er} juillet 2008).

⁶⁵ V. notamment les observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : http://legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=9946FD2156129DFAA863BBAA69830111.tpdjo13v_1?cidTexte=JORFTEXT000018162904&idArticle=JORFARTI000018162905&dateTexte=20080226&categorieLien=cid

⁶⁶ ROME (F.), « Il était une loi... », *D.*, 2008, pp. 529. ; ROETS (D.), « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.*, 2008, pp. 1840.

liée par les qualifications nationales. Or, il convient de rappeler que la rétention de sûreté « imposée à la suite d'une condamnation » à la réclusion criminelle [...] est décidée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté [mais] doit, en principe, être expressément prévue par la décision initiale de la Cour d'assise »⁶⁷. Cet élément pourrait peut-être, *prima facie*, conduire la Cour européenne à douter de la qualification du législateur français.

Néanmoins, dans l'affaire *Morsink*, le requérant avait fait l'objet d'une peine d'emprisonnement et, en plus, d'une « ordonnance de mise à disposition avec internement dans un établissement de soins »⁶⁸, prononcées par la même juridiction de jugement. Cette ordonnance *TBS*, au sein de la législation hollandaise, est considérée comme « [n'ayant] pas de finalité punitive »⁶⁹, et n'est donc pas qualifiée de « peine »⁷⁰. Or, la Cour n'a pas « re-qualifié »⁷¹ cette mesure en tenant compte de l'autorité ayant prononcé la *TBS*. Pour autant, seule la régularité de la détention transitoire de M. Morsink, entre la fin de l'accomplissement de sa peine de prison, et son placement en établissement *TBS*, était contestée. Ainsi, la Cour n'avait pas à se prononcer, à titre principal, sur la qualification de l'ordonnance *TBS*.

Le deuxième critère impose d'apprécier la nature même de la mesure, et peut être considéré cumulativement avec le troisième critère, à savoir celui de la gravité de la mesure. Or, si « le placement dans un centre médico-judiciaire de sûreté » donne lieu à une privation de liberté de même nature, pour l'essentiel, que celle inhérente à la réclusion criminelle ou à l'emprisonnement [...] cette privation de liberté, [...], peut éventuellement être renouvelée *ad vitam aeternam*, ce qui en fait une mesure potentiellement grave »⁷². Pour autant, sa finalité est préventive, car elle est imposée aux personnes présentant une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive.

Dans l'arrêt *Morsink*, il est indiqué que l'ordonnance *TBS* vise également « à protéger la société contre tout risque que pourrait représenter la personne concernée »⁷³, et peut être d'une durée indéterminée⁷⁴. Or, en l'espèce, le requérant ne conteste pas le « caractère punitif » de la *TBS*. La Cour va néanmoins relever « la différence entre une peine d'emprisonnement, qui revêt un caractère punitif, et une ordonnance *TBS*, qui revêt un caractère non punitif »⁷⁵. Ainsi, il est possible de douter d'une éventuelle « re-qualification » de la rétention de sûreté française en « peine » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour autant « un tel pronostic est [...] fragile »⁷⁶, et reste tributaire d'une analyse réelle par la Cour de Strasbourg, de la spécificité de la rétention de sûreté française tenant à sa nature privative de liberté, et à sa durée indéterminée.

Les distinctions mises en évidence au sein des mesures privatives de liberté ont permis de tracer les contours d'une notion dont les évolutions sont appréciées par le juge constitutionnel, et la Cour européenne. Cette dernière en adoptant une conception autonome de la notion « peine », cherche à en étendre les critères d'élaboration, afin de ne pas obérer les

⁶⁷ ROETS (D.), *op. cit.*, pp. 1840 et s.

⁶⁸ Cour EDH, *Morsink c/ Pays-Bas*, *préc.*, § 9.

⁶⁹ *Ibid.*, § 27.

⁷⁰ V. notamment les articles 37 et suivants du code pénal hollandais.

⁷¹ Pour autant, la Cour « n'a pas le pouvoir de requalifier ; elle ne fait que superposer sa propre qualification juridique, en la faisant prévaloir sur celle de l'Etat défendeur, pour les besoins de son contrôle », FARINA-CUSSAC (J.), *op. cit.*, p. 522.

⁷² ROETS (D.), *op. cit.*, pp. 1840 et s.

⁷³ Cour EDH, *Morsink c/ Pays-Bas*, *préc.*, § 27.

⁷⁴ *Idem* : « sa durée totale ne peut excéder quatre ans, sauf si la mesure a été imposée en raison d'une infraction dirigée contre l'intégrité physique d'une ou de plusieurs personnes, ou constituant un danger à cet égard. Dans ce dernier cas, il n'y a en principe aucune restriction au nombre de prolongations pouvant être décidées par un juge ».

⁷⁵ Cour EDH, *Morsink c/ Pays-Bas*, *préc.*, § 66.

⁷⁶ ROETS (D.), *op. cit.*, pp. 1840 et s.

garanties des justiciables. En revanche, le Conseil constitutionnel, tendrait, à redéfinir les contours de la notion de mesure de sûreté, désormais ouverte aux privations de liberté, et, à rester camper sur les critères élaborés initialement pour les « peines ». Il convient dès lors de mesurer les impacts de ces distinctions successives, sur les objectifs inhérents à la notion de mesure privative de liberté (II).

II/ Les nouveaux impacts juridiques de la notion de mesure privative de liberté

Les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme ont tracé les contours de la notion de mesure privative de liberté, ce qui permet désormais de mesurer les conséquences juridiques attachées à cette notion. En effet, la distinction, opérée au sein même de ces mesures, conduit à dissocier les fondements juridiques sur lesquels elles reposent. Ces impacts juridiques dépendent ainsi essentiellement du caractère punitif ou non de la mesure (A'), mais semblent redéfinis, du fait de la nature hybride des récentes mesures de sûreté privatives de liberté (B').

A'/ Les impacts juridiques attachés à la notion de « peine » privative de liberté

La reconnaissance jurisprudentielle de ce qui relève, ou non, de la notion de « peine », implique que les deux juridictions modulent les garanties, auxquelles les mesures privatives de liberté doivent se conformer. Néanmoins, un « standard minimal » de protection semble commun aux deux types de mesures, justifié par leur nature privative de liberté.

Le Conseil constitutionnel considère ainsi que les dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789, s'appliquent « à toute sanction ayant le caractère de punition »⁷⁷. Cet article prévoit 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 ». Il en résulte « qu'une peine ne peut être infligée, qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de la nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe des droits de la défense »⁷⁸. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel « retient [...] une conception très extensive du champ d'application des principes du droit constitutionnel répressif »⁷⁹, de sorte que son contrôle s'exerce ici de manière maximum.

La Cour de Strasbourg retient une « interprétation voisine en admettant également une extension de la notion de matière pénale, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention »⁸⁰. Pour la Cour, la « peine » relevant de l'article 7 de la Convention, est voisine de la « matière pénale » de l'article 6 § 1. Or, si une mesure est qualifiée de « peine », en vertu de l'article 7 § 1 de la Convention, elle doit alors respecter les principes de la légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité du droit pénal plus sévère⁸¹. La Cour considère, à cet effet, que

⁷⁷ Décision n°2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, Rec, p. 487, JORF, 31 décembre 2003, p. 22636, cons. n° 11.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ RENOUX (T.-S.), VILLIERS (DE) (M.), *Code constitutionnel 2005*, Juris Code, Litec, Paris, 2004, 3^{ème} éd., p. 63.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Pour une plus grande analyse de cette question v. FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 447.

« l'article 7 [est] un « élément essentiel de la prééminence du droit », et [...] place de manière significative l'interprétation de l'article 7 sous le signe de l'effectivité du droit garanti. Il s'agit alors d' « assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires »⁸² »⁸³ L'enjeu de la qualification juridique de « peine » privative de liberté, permet ainsi, pour l'une et l'autre des juridictions, d'exercer un contrôle de proportionnalité de la mesure prise.

Toutefois, toutes les mesures privatives de liberté ne reçoivent pas la qualification de « peine ». Dans ce cas, ces mesures non punitives sont alors tenues, tant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que dans celle de la Cour européenne, de respecter le droit à la sûreté personnelle, qui « est le droit, pour toute personne, quels que soient son état et son origine, de ne pas être arbitrairement détenue, c'est-à-dire en dehors des cas et des conditions prévues par la loi »⁸⁴.

Ce droit, reconnu à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme comme un droit naturel et imprescriptible de l'homme, est également protégé au sein de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dispose notamment que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ». Pour autant, c'est surtout l'article 66 de la Constitution « qui offre à l'individu la garantie que « nul ne peut être arbitrairement détenu » en confiant la sauvegarde de ce principe à l'autorité judiciaire qui, en tant que gardienne de la liberté individuelle, doit assurer « le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi »⁸⁵. Dans cette perspective, la jurisprudence du Conseil constitutionnel « a complété de manière décisive les garanties que l'individu détenait déjà de l'article 66, et a résolument fait de la sûreté personnelle un droit qui s'impose au législateur »⁸⁶.

Concernant le maintien d'un étranger en zone d'attente⁸⁷, le juge constitutionnel, a précisé que de telles mesures surviennent uniquement « en cas de nécessité », et doivent être mises en œuvre dans le respect des droits de la défense, « dès le début de l'application » de la détention. En outre, les mesures privatives de liberté non punitives imposent, du fait de leur nature, un « contrôle effectif » de la part du juge judiciaire, tenu d'intervenir « dans le plus court délai possible », en s'assurant de la nécessité de la mesure, mais aussi de sa légalité.

Selon la Cour européenne, le droit à la sûreté personnelle, consacré à l'article 5 de la Convention européenne, revêt « une très grande importance dans une société démocratique »⁸⁸. A ce titre, toute mesure privative de liberté non punitive est subordonnée, d'une part, aux cas limitativement énumérés au sein de l'article 5 de la Convention, et d'autre part, aux conditions supplémentaires fixées par la Cour européenne.

⁸² Cour EDH, *S. W. c. Royaume-Uni*, préc., § 34.

⁸³ SUDRE (F.), *op. cit.*, p. 394.

⁸⁴ MENDES CONSTANTE (J.), *op. cit.*, p. 151.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Décision n°79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*, *Rec.*, p. 29 ; *RJC*, p. 1-74, *JORF*, 11 janvier 1980, p. 84, cons. n° 3 et n° 4.

⁸⁸ Cour EDH, *de Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, 18 juin 1971, *Série A*, n°12.

Ainsi, en vertu de l'article 5 de la Convention, les seules mesures privatives de liberté non punitives admises, recouvrent six hypothèses (article 5 § 1 al. a à f), à savoir : la détention après condamnation, l'arrestation ou la détention découlant d'une ordonnance judiciaire ou d'une obligation légale, la détention provisoire, la détention d'un mineur, la détention de certains malades et marginaux, ainsi que la détention des étrangers. Si cette énumération limitative « a pour effet de renforcer la vigueur du droit à la sûreté [...] [en diminuant] en particulier la marge d'appréciation discrétionnaire de l'Etat »⁸⁹, la Cour a, en outre, dégagé des conditions de régularité des mesures concernées. Celles-ci peuvent être regroupées autour de trois axes : « [tout d'abord], la mesure doit avoir une base légale établie en droit interne ; [ensuite], la mesure doit répondre à un but précis par exemple, à l'existence de « raisons plausibles » permettant de soupçonner une personne d'avoir commis une infraction ; [enfin] il doit exister un rapport de proportionnalité entre le motif de la détention et sa durée ainsi que le lieu de la détention »⁹⁰.

A titre d'exemple, la Cour a récemment⁹¹ eu l'occasion d'apprécier la régularité d'une mesure de détention provisoire, et a, ainsi, fait la démonstration de l'étendue de son contrôle. Elle a rappelé que « la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention, mais au bout d'un temps elle ne suffit plus⁹² ; que dans ce cas, la Cour doit établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté ; [se révèlent] « pertinents » et « suffisants » ; et la Cour doit, de surcroît, chercher si les autorités nationales compétentes ont apporté « une diligence particulière » à la poursuite de la procédure⁹³ »⁹⁴.

Par conséquent, la reconnaissance par les deux juridictions de la qualification de « peine » leur permet, certes, l'application des principes constitutionnels de droit répressif et l'exercice d'un contrôle maximum de la mesure concernée. Néanmoins, les dispositions non punitives privatives de liberté, semblent désormais bénéficier, de par leur nature, de garanties renforcées. En fonction de ces éléments, la nature juridique hybride des récentes mesures de sûreté privatives de liberté pose la question des impacts juridiques que ces dispositions suscitent.

B'/ Des impacts juridiques redéfinis pour les mesures de sûreté privatives de liberté

Dans sa décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, le Conseil constitutionnel reconnaît la rétention de sûreté comme ne constituant pas une sanction ayant le caractère d'une punition⁹⁵. Ainsi, il « ne remet pas en cause la qualification de mesure de sûreté retenue par le législateur »⁹⁶, malgré « le rapport étroit [de cette disposition] avec le droit pénal [...] [et] tant il est à redouter que, sous couvert de prévention, s'exerce en réalité une répression inavouée »⁹⁷. Cette reconnaissance par le juge, de la qualification législative de la rétention de sûreté, est déterminante des principes juridiques auxquels elle doit se conformer. A ce titre,

⁸⁹ FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 445.

⁹⁰ *Ibid*, p. 446.

⁹¹ Cour EDH, *Garriguenc c/ France*, 10 juillet 2008, req. n°21148/02.

⁹² V. sur ce point, Cour EDH, *L.A. c/ France*, 23 septembre 1998, *Rec.* 1998 VII, p. 2979, § 102.

⁹³ Cour EDH, *Labita c/ Italie*, 6 avril 2000, req. n°26772/95, *Rec.* 2000-IV, § 153.

⁹⁴ Cour EDH, *Garriguenc c/ France*, *préc.*, § 49.

⁹⁵ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *préc.*, cons. n° 12.

⁹⁶ MATHIEU (B.), op. cit., p. 166.

⁹⁷ MAYAUD (Y.), op. cit., pp. 1359 et s.

l'étude du raisonnement du juge constitutionnel autour des principes applicables à la rétention de sûreté, en comparaison avec celui que la Cour européenne pourrait adopter, permet de mesurer les interférences entre ces deux jurisprudences, et d'appréhender l'évolution à venir de la notion de mesure privative de liberté.

Tout d'abord, la reconnaissance de la rétention de sûreté, comme non punitive, « conduit nécessairement le Conseil constitutionnel à considérer que les règles protectrices attachées à l'édiction et au prononcé des peines ne s'appliquent pas à l'espèce »⁹⁸. C'est pourquoi le juge constitutionnel écarte, en premier lieu, le moyen, invoqué par les requérants, tenant au caractère rétroactif de la mesure contestée, car « la rétention de sûreté [n'étant] ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition, [...] les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants »⁹⁹. A ce titre, le Conseil s'est déjà prononcé de manière équivalente en considérant, lors de son examen de la loi du 12 décembre 2005, que l'application immédiate du placement sous surveillance électronique n'enfreint pas le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, qui « ne s'applique qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition »¹⁰⁰.

Pourtant, le juge constitutionnel ajoute, en second lieu, que la rétention de sûreté, « eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement »¹⁰¹, sanctionnant ainsi la rétroactivité de la disposition en cause.

Par conséquent, la censure du caractère rétroactif de la rétention de sûreté, est justifiée, notamment, du fait de sa nature privative de liberté, et de sa gravité tenant à sa durée pouvant être illimitée, mais non plus exclusivement du fait de sa seule qualification juridique. Ainsi, l'évolution des critères d'élaboration de ces mesures de sûreté particulières, s'accompagne d'une extension du champ des principes auxquels elle doit se soumettre, de sorte que, « à la conception restrictive de la notion de « peine » retenue par le juge constitutionnel, répond [désormais] une conception extensive des principes applicables à la liberté individuelle »¹⁰².

Ensuite, en vertu des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de la mesure en cause, qui constitue une atteinte grave à la liberté individuelle, en se fondant sur une « triple exigence : l'adéquation, la nécessité, et la proportionnalité des mesures prises au regard des objectifs poursuivis »¹⁰³. A ce titre, certains « doutes sur la proportionnalité »¹⁰⁴ de la rétention de sûreté, ont notamment été soulevés. En effet, « la privation totale de liberté résultant de la rétention a pu faire douter qu'elle puisse être conforme à l'objectif de prévention poursuivi »¹⁰⁵. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré la rétention de sûreté sur ce point.

Par conséquent, cette mesure de sûreté, est d'abord soumise aux principes attachés à la protection de la liberté individuelle, mais doit également se conformer à celui, plus novateur pour ce type de mesures, de non-rétroactivité. Cette position n'est pas sans rappeler « la

⁹⁸ MATHIEU (B.), *op. cit.*, p. 166.

⁹⁹ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *préc.*, cons. n° 9.

¹⁰⁰ Décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005, *préc.*, cons. n° 12.

¹⁰¹ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *préc.*, cons. n° 10.

¹⁰² MATHIEU (B.), *op. cit.*, p. 165.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 166.

¹⁰⁴ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s.

¹⁰⁵ *Idem.*

jurisprudence conventionnelle»¹⁰⁶ et, notamment, son « application du principe de non-rétroactivité en dehors du domaine pénal *stricto sensu* »¹⁰⁷.

A ce titre, concernant les mesures privatives de liberté, la Cour de Strasbourg considère qu' « il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention, y compris les principes généraux énoncés ou impliqués par elle »¹⁰⁸. Pour autant, ces principes ne peuvent être déterminés qu'en fonction de la qualification juridique, reconnue par la Cour, de la mesure concernée. Ainsi, si les juges de Strasbourg retiennent la qualification de « peine », pour définir la rétention de sûreté française, celle-ci devra alors respecter les principes de légalité des délits et des peines, et de non-rétroactivité, découlant de l'article 7 § 1 de la Convention. Or, le fait que la rétention de sûreté ne soit pas déterminée dans sa durée et puisse être renouvelée indéfiniment, « paraît peu conforme à la conception européenne de la légalité des peines »¹⁰⁹. En effet, la Cour avait notamment considéré qu' « appliquée à la sanction, la légalité criminelle signifie qu'il ne saurait exister en guise de sanctions pénales que celles qui ont été prévues et déterminées par la loi, ... dans leur durée »¹¹⁰. En outre, les juges Zagrebelsky et Tulkens, dans une opinion concordante jointe à l'arrêt *Stafford c/ Royaume-Uni*¹¹¹, avaient ajouté 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'évaluations 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 »¹¹².

Ainsi, si, en vertu de l'article 7 § 1 de la Convention, la Cour « prohibe [...] l'application rétroactive du droit pénal plus sévère »¹¹³, le Conseil constitutionnel ayant censuré la rétention de sûreté à ce titre, il est possible que la Cour considère « que l'application rétroactive de ces dispositions viole l'article 7 § 1 de la Convention »¹¹⁴.

Toutefois, si la Cour retient une qualification juridique similaire à celle du Conseil constitutionnel, en considérant que la rétention de sûreté n'est pas constitutive d'une « peine », sa nature privative de liberté l'obligerait à respecter les exigences posées à l'article 5 de la Convention. Elle devrait alors, en premier lieu, « impérativement correspondre à l'un des cas envisagés à l'article 5 § 1 de la Convention »¹¹⁵. A ce titre, « il apparaît [...] que sous l'angle de l'article 5 § 1 de la Convention, le seul cas de rétention de sûreté sérieusement envisageable est celui visé à l'alinéa a), de l'individu « détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent »¹¹⁶. Dans ce cas, la Cour devra essentiellement apprécier, en second lieu, comme elle a pu le faire dans l'affaire *Van Droogenbroeck c/ Belgique* sur la mesure dite de « mise à disposition du gouvernement », si « le juge ne saurait, par la force des choses, que supputer l'évolution de l'intéressé », ou si le ministre de la Justice, chargé de décider le non-élargissement ou le réinternement de la personne concernée, se fonde « sur des motifs étrangers aux objectifs du législateur et du juge ou sur une

¹⁰⁶ MATHIEU (B.), *op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ CEDH, *Winterwerp c/ Pays-Bas*, 24 octobre 1979, *Série A*, n°33, § 45.

¹⁰⁹ (D.) ROETS, *op. cit.*, pp. 1840 et s.

¹¹⁰ Cour EDH, *Baskaya et Okçuoglu c/ Turquie*, 8 juillet 1999, req. n°23536/94 et 24408/94, § 36.

¹¹¹ Cour EDH, *Stafford c/ Royaume-Uni*, 28 mai 2002, *Rec.* 2002-IV.

¹¹² Cour EDH, *Stafford c/ Royaume-Uni*, *préc.*

¹¹³ ROETS (D.), *op. cit.*, pp. 1840 et s.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem.*

appréciation déraisonnable au regard de ces objectifs »¹¹⁷. Pour autant, elle n'aurait pas à se prononcer en vertu de cet article, sur le caractère rétroactif ou non de la mesure en cause.

Désormais, il semble manifeste que « plus la mesure progresse vers la privation de liberté, plus elle relève [...] d'un régime d'exception »¹¹⁸. Ainsi, la reconnaissance, par le juge, de la qualification législative de la mesure en cause, apparaît nécessaire, mais moins déterminante, pour définir avec précision son régime juridique.

A ce titre, le Conseil constitutionnel, contrairement à la Cour européenne, admet la notion de « peine » de manière restrictive, et accroît ainsi, le champ des mesures non punitives privatives de liberté. Néanmoins, à cette évolution répond celle du renforcement de son contrôle, en fonction de la nature privative de liberté des mesures concernées, qu'elles soient ou non punitives. Le Conseil peut dès lors s'assurer que la mesure non punitive en cause, telle la rétention de sûreté, respecte certains principes du droit répressif, comme celui de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, et ce, dans « une logique de sécurité juridique »¹¹⁹ qui n'est pas sans rappeler celle des juges strasbourgeois.

A la lumière de ces évolutions, doit-on alors s'inquiéter du risque de confusion entre le régime des peines et celui des mesures non punitives, ou alors se réjouir d'une « conception extensive des principes applicables à la protection de la liberté individuelle »¹²⁰ ?

Si cette question se pose notamment à la suite de l'examen par le Conseil constitutionnel, de la rétention de sûreté, certains observateurs, ont alors considéré ironiquement « qu'il eût été plus simple, voire plus clair et plus accessible à tous, de renoncer à la qualification de mesure de sûreté à partir du moment où la disposition soumise à censure n'est plus compatible avec la rétroactivité »¹²¹.

Par conséquent, si l'extension des contours de la notion de mesure privative paraît inéluctable, la détermination des critères d'élaboration de telles dispositions, et celle de son régime juridique seront, à n'en point douter, l'un des enjeux juridiques majeurs à venir.

¹¹⁷ Cour EDH, *Van Droogenbroeck c/ Belgique*, 24 juin 1982, req. n°7906/77, A50, § 40.

¹¹⁸ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s.

¹¹⁹ MATHIEU (B.), *op. cit.*, p. 166.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 165.

¹²¹ MAYAUD (Y.), *op. cit.*, pp. 1359 et s.