
La dangerosité (Annales ENM 2006)

Ch. André

Le Conseil constitutionnel, saisi du contrôle de la loi relative à la récidive promulguée le 12 décembre 2005, a considéré dans une décision du 8 décembre 2005 que ses dispositions étaient conformes aux exigences constitutionnelles car elles étaient proportionnées à la dangerosité des délinquants récidivistes. Cette référence explicite à la dangerosité dans une décision du conseil constitutionnel prouve combien la notion est au cœur du droit pénal en général, et des lois pénales contemporaines en particulier.

La notion de dangerosité a d'abord été historiquement théorisée par les criminologues positivistes. Ainsi, Lombroso (*L'homme criminel*, 1876) et Ferri (*Sociologie criminelle*) proposent-ils des classifications des délinquants organisées autour du critère de la dangerosité : les délinquants d'occasion sont plus facilement accessibles au traitement pénal que les délinquants d'habitude, si bien que la nocivité de ces derniers à l'égard du corps social appelle une réponse plus énergique. La dangerosité se mesure à l'aune de la capacité du délinquant à récidiver, et peut être détectée tant au regard de facteurs exogènes que de facteurs endogènes. Pour les criminels nés et les criminels d'habitude, seules la mise à mort et la relégation garantissent une protection efficace de la société. La défense sociale reprendra, après 1945, la notion de dangerosité, sous le vocable notamment de redoutabilité, mais en débarrassant les théories positivistes de leurs aspects les plus inhumains et les plus controversés (phrénologie). Dès les lois Bérenger de 1885 et 1891, le droit pénal s'inspirera de ces acquis de la criminologie pour diversifier les incriminations et les sanctions pénales en fonction du profil du délinquant. Le droit pénal ne se fonde plus seulement sur le trouble objectif causé à l'ordre social mais aussi, de façon plus subjective, sur la personnalité du délinquant et le niveau de dangerosité qu'il représente pour le corps social.

Cependant, pour être centrale, la notion de dangerosité n'en a pas moins des contours incertains. D'une part, elle innerve le droit pénal sans y être définie de façon positive, si bien qu'elle peut être appréhendée, à son tour, aussi bien de façon objective (situation dangereuse) que de façon subjective (individu dangereux). D'autre part, et surtout, cette incertitude de la notion risque de justifier des atteintes aux libertés individuelles incompatibles avec les principes de légalité des délits et des peines et de nécessité des peines qui, depuis de le XVIII^{ème} siècle, forment le socle utilitariste du droit pénal. A trop vouloir remonter en amont de *l'iter criminis* pour débusquer la dangerosité de l'acte ou du délinquant, ne risque-t-on pas de rédiger des lois imprécises et de multiplier les procès d'intention ?

C'est cette tension entre la conception objective et la conception subjective, entre la protection de la société et celle des libertés individuelles qui travaille la notion de dangerosité, qu'elle soit appréhendée par les incriminations pénales (I) ou la répression pénale (II).

I- La dangerosité appréhendée par les incriminations pénales

La dangerosité est depuis longtemps appréhendée par diverses techniques d'incrimination (A) mais le Code pénal de 1994 et les lois ultérieures ont renouvelé et enrichi la prise en considération de la dangerosité à ce stade (B).

A- L'incrimination traditionnelle de la dangerosité en droit pénal

La dangerosité du délinquant peut apparaître en amont du résultat dommageable : elle appelle traditionnellement une réponse du droit pénal dès lors que

cette dangerosité s'extériorise de façon suffisamment objective pour donner prise à l'incrimination, qu'il s'agisse d'une tentative (1) ou de la consommation d'une infraction indifférente au résultat (2).

1- La dangerosité et l'incrimination de la tentative

L'article 121-4 du Code pénal définit l'auteur de l'infraction non seulement comme la personne qui commet les faits incriminés, mais aussi comme celle qui « tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ». On observe dès lors que la tentative n'est pas incriminée pour les infractions de faible gravité, comme les contraventions. Dans les cas où elle est incriminée, la tentative requiert la réunion de deux éléments : d'une part, un commencement d'exécution qui se distingue du simple acte préparatoire et se définit comme « l'acte qui doit avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant entré dans sa phase d'exécution » (Crim. 25 octobre 1962, *Lacour*) ; d'autre part, une absence de désistement volontaire qui implique que la production du résultat dommageable a été empêchée par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. La réunion de ses éléments est considérée par le droit pénal comme suffisamment probante de la dangerosité du délinquant, qui encourt alors les mêmes peines que si l'infraction avait été consommée. Du reste, la jurisprudence va parfois plus loin et retient la tentative dans des cas où le résultat est juridiquement impossible, dès lors que la dangerosité du délinquant est caractérisée. C'est ainsi que l'arrêt *Perdereau* (Crim. 16 janvier 1986) a posé en principe que les violences accomplies avec l'intention de donner la mort sur le corps d'une personne supposée en vie alors qu'elle était décédée, caractérisent un commencement d'exécution d'homicide volontaire, le prédécès étant une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur. Cette décision a été vivement critiquée en doctrine car elle tend à subjectiver considérablement la tentative, mais elle est révélatrice d'une volonté de sanctionner les comportements dangereux indépendamment du résultat effectif. Si la solution *Perdereau* a pu être considérée comme contraire au principe de légalité (le législateur n'avait pas, dans ce cas, précisé que l'infraction putative serait néanmoins réprimée), il n'en va plus de même lorsque c'est le législateur qui érige en infraction autonome des comportements dangereux en amont du résultat dommageable.

2- La dangerosité et les infractions indifférentes au résultat dommageable

La consommation de l'infraction indépendamment du résultat dommageable est la caractéristique commune des infractions formelles et des infractions obstacles. S'agissant des premières, l'indifférence au résultat est absolue car l'infraction est consommée et conserve la même qualification que le résultat survienne ou non (empoisonnement, corruption). S'agissant des secondes, l'indifférence au résultat est relative car l'infraction est consommée sans survenance du résultat mais cette dernière modifie en général la qualification, eu égard aux règles du concours de qualifications. On désigne par infraction-obstacle l'incrimination d'une attitude ou d'un comportement dangereux sans portée dommageable immédiate et effective. Il s'agit d'appréhender la dangerosité au plus tôt sur *l'iter criminis*, sans pour autant incriminer la simple pensée criminelle qui échappe à la loi pénale et ne relève que de la loi morale. Toute la difficulté est ici de déterminer la moment précis où le degré de réalisation du projet criminel révèle une dangerosité qui appelle une réponse pénale. L'exemple le plus célèbre d'infraction obstacle est fourni par le délit de participation à une association de malfaiteurs (article 450-1 du code pénal) qui vise à prévenir tous les crimes et les délits punis d'une peine de cinq ans d'emprisonnement. Les infractions obstacles permettent d'incriminer à titre autonome des comportements dangereux qui souvent ne constituent que des actes préparatoires à la commission d'infractions plus graves, et qu'il n'est pas possible de réprimer au titre de la tentative. Outre l'association de malfaiteurs, on compte parmi les infractions obstacles des comportements dangereux variés tels que la conduite en état d'ivresse (L. 234-1 du Code de la route), le complot (article 412-2 du Code pénal) ou

bien encore la participation à un attroupement (article 431-1 et suivants du Code pénal). Les infractions obstacles recouvrent aussi un certain nombre de contraventions incriminant des négligences qui peuvent toutefois, au regard de leur dangerosité, avoir de graves conséquences (article R. 626-2 incriminant la divagation d'animaux).

Il apparaît donc que la dangerosité est appréhendée depuis longtemps en droit pénal à travers diverses techniques d'incrimination, dont certaines ont été reprises par le législateur depuis 1994, tandis que d'autres témoignaient d'une incrimination renouvelée de la dangerosité.

B- L'incrimination renouvelée de la dangerosité depuis le Code pénal de 1994

Depuis 1994, la dangerosité apparaît plus que jamais au cœur des préoccupations du législateur contemporain, ne serait-ce que formellement, puisque le Code pénal de 1994 comporte dorénavant une section entière consacrée à la « mise en danger ». Cette appréhension de la dangerosité se borne parfois à reconduire et élargir des techniques d'incrimination déjà éprouvées. C'est le cas en matière de terrorisme. Depuis la loi du 22 juillet 1996, l'article 421-2-1 du Code pénal incrimine le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme. Cette infraction obstacle fait l'objet d'une répression aggravée depuis la loi du 23 janvier 2006 (peines portées de dix à vingt ans) lorsque le projet terroriste avait pour objet notamment un ou plusieurs crimes d'atteintes volontaires à la vie. Outre cette extension des infractions-obstacles classiques, le législateur a procédé à la création d'une nouvelle infraction-obstacle –le délit de risque causé à autrui- (1) et a multiplié les circonstances aggravantes fondées sur la dangerosité (2).

1- La création du délit de risque causé à autrui

Le Code de 1994 a innové en créant un délit de risque causé à autrui destiné à incriminer les comportements dangereux, notamment sur la route et en entreprise. L'article 223-1 du Code pénal vise « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente, par la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement ». Il s'agit d'une nouvelle infraction-obstacle ne nécessitant pas la survenance d'un résultat pour être caractérisée (si le résultat survient, le délinquant sera poursuivi des chefs d'homicide ou de blessures involontaires aggravés et non sur le fondement de l'article 223-1). Cela dit, la consommation de ce délit suppose que la dangerosité visée soit telle qu'elle ait entraîné un résultat virtuel. En effet, la Cour de cassation impose aux juges du fond de constater le risque immédiat auquel autrui s'est trouvé exposé. Ce risque se concrétisera le plus souvent par la présence de personnes autour du lieu où la violation a été commise et, s'il s'agit de la violation d'une disposition du code de la route, par les mauvaises conditions de circulation. A défaut d'éléments suffisants à caractériser le résultat virtuel et le lien de causalité entre le comportement dangereux et ce résultat, l'infraction obstacle de risque causé à autrui ne pourra pas être retenue. On comprend dès lors que certains comportements dangereux échappent à la répression, notamment lorsque le ministère public ne parvient pas à prouver que le prévenu avait conscience et volonté de transgresser la norme de sécurité et de prudence, sans avoir la volonté d'infliger la mort ou une blessure. La dangerosité est souvent patente sur les routes et en entreprise, mais il n'y aura pas toujours de maréchaussée ou d'inspecteurs du travail pour apporter des éléments de preuve suffisants. En revanche, on observe en jurisprudence plusieurs condamnations relatives au ski hors piste, où la dangerosité du comportement des skieurs a été dûment établie, justifiant une condamnation du le fondement de l'article 223-1 du Code pénal.

2- Les circonstances aggravantes de dangerosité

Le Code de 1994 avait déjà prévu des circonstances de dangerosité en cas d'atteinte à la personne. En effet, en cas d'homicide involontaire (article 221-6) ou de blessures involontaires (articles 222-19 et 222-20), les peines encourues sont aggravées en cas de mise en danger. Le dispositif des circonstances aggravantes a été complété par la loi du 12 décembre 2005 relative à la récidive qui prévoit également des peines plus sévères en cas de récidive. C'est déjà dire combien la dangerosité n'affecte pas seulement les incriminations pénales mais aussi la répression.

II- La dangerosité appréhendée par la répression pénale

La dangerosité est appréhendée par la répression pénale à deux stades différents : d'une part, lors du prononcé de la sanction, la dangerosité conditionne sa nature (A); d'autre part, la dangerosité peut conditionner la mise en œuvre de la sanction pénale (B).

A- La nature de la sanction pénale conditionnée par la dangerosité

La dangerosité des délinquants (mais aussi des choses, comme nous le verrons avec la confiscation), une fois déterminée, justifie le recours à des peines rétributives rigoureuses (1) ou bien à des mesures de sûreté qui valent pour leur plasticité (2).

1- Les rigueur des peines rétributives

Pour les délinquants les plus dangereux, les peines principales et complémentaires visent à protéger la société. S'agissant des peines principales, la peine de prison ferme assortie d'une période de sûreté constitue la réponse pénale la plus sévère face à des délinquants dangereux. Sauf pour les mineurs, une période de sûreté peut assortir les condamnations aux peines les plus sévères. Pendant cette période, toute mesure de faveur envers le condamné est exclue (suspension ou fractionnement de peine, permissions de sorties, semi-liberté et libération conditionnelle). Toutefois, des autorisations de sortie sous escorte et des réductions de peines peuvent être accordées pendant cette période, mais les réductions ne sont imputables que sur la partie de la peine excédant cette durée. La loi prévoit une période de sûreté obligatoire ou facultative. Pour un certain nombre de crimes très graves (crimes contre l'humanité, crimes terroristes, meurtres aggravés, tortures et actes de barbarie, etc.), la loi prévoit une période de sûreté obligatoire. Cette période obligatoire ne concerne que les condamnations à une peine supérieure ou égale à 10 ans. À l'égard des personnes condamnées pour meurtre ou assassinat perpétré sur un mineur de 15 ans et moins, précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, la cour d'assises peut, par décision spéciale, porter la durée de la période de sûreté à 30 ans ou décider, en cas de condamnation à perpétuité, que le condamné ne pourra bénéficier d'aucun aménagement de sa peine, quel que soit le temps écoulé depuis sa condamnation.

En dehors des cas où la loi ne fixe pas expressément une période de sûreté (ex : meurtre simple), la cour d'assises peut prononcer une période de sûreté à condition de condamner à une peine supérieure à 5 ans d'emprisonnement sans sursis. La décision de la durée est prise à la majorité absolue lors des délibérations.

S'agissant des peines complémentaires, nombreuses sont celles qui visent à reléguer le délinquant dangereux en l'écartant du foyer criminogène afin de prévenir la récidive. C'est le cas notamment de l'interdiction de séjour, de l'interdiction de territoire ou de la confiscation.

2- La plasticité des mesures de sûreté

Les rédacteurs de la loi du 12 décembre 2005 ont voulu que les délinquants dangereux puissent être surveillés après leur sortie de prison. L'objectif de cette loi « relative au traitement de la récidive des infractions pénales » est de créer des sanctions post-carcérales qui soient réellement préventives de la récidive. La surveillance électronique appelée communément le « bracelet » forme le cœur de ce dispositif et très naturellement il devient un élément du suivi socio-judiciaire institué par la loi du 17 juin 1998. Cependant, la Cour de cassation avait décidé par un arrêt de la chambre criminelle du 2 septembre 2004 que cette peine complémentaire ne pouvait être appliquée aux personnes condamnées pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de ce texte. Or, les promoteurs de la loi, inspirés par des crimes affreux, commis par des personnes récemment sorties de prison, redoutaient les dangers liés à la sortie des détenus en cours d'exécution de peine et qui, condamnés à des réclusions longues pour des faits antérieurs à 1998, échappent au suivi socio-judiciaire. C'est spécialement pour eux qu'a été créée la « surveillance judiciaire », sorte d'ersatz du suivi socio-judiciaire, immédiatement applicable. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision précitée du 8 décembre 2005, a considéré que ce dispositif n'était pas contraire à la constitution, notamment par ce qu'il ne s'agissait que d'une mesure de sûreté et qu'elle était proportionnée à la dangerosité des délinquants. La surveillance électronique mobile est réglementée dans une nouvelle sous-section du Code pénal (articles 131-36-9 à 131-36-13) et dans un nouveau titre du Code de procédure pénale (articles 763-10 à 763-14). Cette surveillance électronique mobile se distingue de la surveillance électronique « fixe » instituée par la loi du 19 décembre 1997 tant d'un point de vue technique que juridique. D'une part, la surveillance électronique n'informe l'administration que de la présence ou de l'absence du condamné dans le lieu où il est supposé se trouver, continûment ou pas, alors que la surveillance mobile informe sur le lieu précis de localisation du condamné. D'autre part, et de façon juridique cette fois, alors que le bracelet fixe institué en 1997 est une modalité d'exécution des peines privatives de liberté, comme la semi-liberté, le bracelet mobile est une nouvelle peine. Cela dit, la plasticité de la notion de mesure de sûreté, catégorie dont relève la surveillance mobile, permet de l'imposer soit comme composante du suivi socio-judiciaire, soit comme composante de la surveillance judiciaire qui est une condition de la mise en liberté au titre des réductions de peine.

B- La mise en œuvre de la sanction pénale conditionnée par la dangerosité

C'est aussi en ayant égard à la dangerosité que le législateur contemporain façonne les règles de mise en œuvre de la répression pénale. Ainsi, s'appuyant notamment sur les nombreux travaux criminologiques concernant la délinquance sexuelle, un ample dispositif dérogatoire de droit commun a d'abord été mis en place pour lutter contre les infractions sexuelles (1). Cela dit, ce souci d'adapter la mise en œuvre de la répression à la dangerosité déborde aujourd'hui le cadre strict de la délinquance sexuelle (2).

1- La spécificité du dispositif de lutte contre les infractions sexuelles

La spécificité initiale du dispositif de lutte contre les infractions sexuelles, au stade de la mise en œuvre de la sanction, peut être résumée en deux points principaux. D'une part, le législateur a mis en place des règles dérogatoires de prescription de l'action publique qui n'ont cessé d'être étendues depuis 1994. En effet, un système de réouverture du délai de la prescription à la majorité a été mis en place fin de lutter contre la loi du silence qui joue souvent en la matière : le délinquant sexuel est d'autant plus dangereux qu'il exerce souvent un ascendant sur la victime qui n'osera pas porter plainte. C'est pourquoi il y a réouverture du délai de prescription à la majorité, que l'auteur soit un membre de la famille ou non, étant précisé que depuis la loi Perben II de 2004 le délai est de 20 ans pour les crimes. Cela signifie que la victime pourra, jusqu'à 38 ans, porter plainte contre l'auteur d'un crime sexuel. D'autre part, le caractère pathologique de la délinquance sexuelle fait craindre le plus souvent un nouveau passage à l'acte ; pour faciliter les recoupements entre des affaires parfois éloignées tant d'un

point de vue temporel que géographique, un fichier des empreintes génétiques a été mis en place à partir de la loi Perben II du 9 mars 2004. Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS) a fait l'objet d'un décret du 30 mai 2005 pris après avis de la CNIL. Il a pour objectif de favoriser la prévention de la récidive des auteurs d'infractions sexuelles déjà condamnés et l'identification et la localisation des auteurs de ces mêmes infractions

2- Le développement de dispositifs de lutte contre la dangerosité au-delà des infractions sexuelles

La loi du 12 décembre 2005 sur la récidive des infractions pénales a étendu le périmètre du fichier des délinquants sexuels (FIJAIS). Rebaptisé « fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes » (FIJAISV), il met désormais sous surveillance, après leur sortie de prison, les auteurs de certains crimes particulièrement graves. Peu de temps après sa mise en place, la loi du 12 décembre 2005 sur la récidive étend ainsi substantiellement le contenu et la finalité du FIJAIS. La loi du 12 décembre 2005 étend notamment considérablement la population concernée par ce fichier. Le FIJAIS intègre désormais l'ensemble des procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale. L'accès à ce fichier et donc sa finalité sont aussi étendues. Les officiers de police judiciaire pourront accéder aux données dans le cadre de toute enquête de flagrance même si celle-ci ne concerne pas la répression d'infractions sexuelles ou d'actes de violence. Les préfets et certaines administrations de l'Etat pourront utiliser le fichier pour contrôler l'exercice des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs. Il n'est pas précisé si ce contrôle concerne uniquement les activités soumises à agrément ou si l'extension concerne l'exercice de l'ensemble des professions impliquant un contact avec des mineurs. Le FIJAIS est ainsi profondément modifié avant qu'un bilan ait pu être tiré de sa première version et sans que la CNIL ait pu se prononcer sur les modifications envisagées.

Conclusion : Il apparaît donc que la dangerosité innerve l'ensemble du droit pénal contemporain, qu'il s'agisse des incriminations ou de la répression. Ses contours sont pourtant mal tranchés, si bien que les conflits entre la protection de la société contre les délinquants dangereux et la protection des libertés individuelles ne sont pas rares. L'instrumentalisation de la notion de mesure de sûreté constitue à cet égard l'exemple le plus frappant, le législateur cherchant à lutter contre la récidive en maintenant sous surveillance les délinquants les plus dangereux, une fois qu'ils ont purgé leurs peines, et cela même si leur condamnation est antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau dispositif de placement sous surveillance mobile.