



HAL
open science

Les instruments de lutte contre la récidive

Delphine Gillet

► **To cite this version:**

Delphine Gillet. Les instruments de lutte contre la récidive. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2015. Français. NNT : 2015NICE0047 . tel-03058913

HAL Id: tel-03058913

<https://theses.hal.science/tel-03058913>

Submitted on 12 Dec 2020

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

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

UNIVERSITE NICE – SOPHIA-ANTIPOLIS
Faculté de Droit et de Science Politique
Ecole doctorale - DESPEG

LES INSTRUMENTS DE LUTTE CONTRE LA RECIDIVE

Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit

DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

Présentée et soutenue par

Delphine GILLET

JURY

Directeur de recherches :

Monsieur Roger BERNARDINI

Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Doyen Honoraire de la Faculté de Droit

Membres du jury :

Monsieur Gaëtan DI MARINO, rapporteur

Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix- Marseille III

Monsieur Guillaume CHAMPY, rapporteur

Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des pays de Vaucluse

Madame Fabienne GHELFI

Maître de conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

11 décembre 2015

REMERCIEMENTS

Il n'y a pas de bonheur sans effort et il n'y a pas d'efforts sans sacrifice. Si le droit est indissociable de la vie, le contraire ne l'emporte pas, la vie n'est pas que règles de droit comme l'esprit de cette thèse le prétend parfois.

Je remercie particulièrement Monsieur le Professeur Roger Bernardini pour ce grand honneur de m'avoir fait confiance et pour vos encouragements durant toutes ces années. Votre soutien chaleureux était fondamental. Je vous remercie d'avoir contribué à l'immense satisfaction que je ressens aujourd'hui dans l'aboutissement de mon travail.

J'adresse mes sincères remerciements aux honorables membres du jury pour leur présence dont ils m'honorent et pour le temps accordé à la lecture de ce sujet qui me tient à cœur.

Je remercie mes parents, pour leur soutien si particulier mais essentiel au final.

Je n'oublie pas ma sœur Christelle et tous mes ami(e)s pour leur joyeuse présence dans mes moments de doute.

Je dédie cette thèse à mon fils Lucas, mon tendre enfant avec qui je traverse les tempêtes. J'espère que tu trouveras au fond de toi le courage de t'affranchir du déterminisme et d'aller au bout de tes projets. Mon soutien et mon amour pour toi sont indéfectibles.

SOMMAIRE

Introduction

PREMIERE PARTIE : DES FONDEMENTS FRAGILES	p 33
Chapitre 1 : L'échec des paradigmes	p 37
Section 1. Des paradigmes concurrencés	p 38
Section 2. Une catégorie pénale récente	p 95
Chapitre 2 : Un régime pénal autonome	p 167
Section 1. Un régime pénal de présomptions	p 168
Section 2. Un régime extensif	p 206
DEUXIEME PARTIE : UNE APPLICATION COMPLEXE	p 284
Chapitre 1 : Des instruments inefficaces	p 290
Section 1. Le pré-jugement des récidivistes	p 291
Section 2. Des instruments incohérents	p 336
Chapitre 2 : Des instruments nouveaux	p 387
Section 1. Une peine de probation	p 388
Section 2. Une justice restaurative	p 424
Conclusion générale	p 443
Liste des annexes	p 447
Bibliographie	p 483
Index alphabétique	p 515
Table de matières	p 519

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ pénal	Actualité juridique de droit pénal
Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle
Art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale
Ass. Plén.	Assemblée plénière (Cour de cassation)
Avis gén.	Avis général
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Code
CA	Cour d'appel
CAP	chambre de l'application des peines
C.ass.	Cour d'assise
C. assur.	Code des assurances
C.civ.	Code civil
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Arrêt de la 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
Chap.	Chapitre
Ch. Mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
Coll.	Collection
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
CPT	Comité européen de prévention de la torture
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
Déb. parl.	Débats parlementaires

Déc.	Décision
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
Dr. pén.	Revue de droit pénal -Jurisclasseur
Ed.	Edition
ENM	Ecole nationale de la magistrature
Esp.	Espèces
Et.	Etude
Ex.	Exemple
FIJAIS	Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes
FNAEG	Fichier national automatisé des empreintes génétiques
gde. ch.	Grande chambre (Cour européenne des droits de l'Homme)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Au même endroit
IR	Information rapide
JDI	Journal du droit international
J.Cl.	Juris Classeur
JCP E	La semaine juridique (édition entreprise)
JCP G	La semaine juridique (édition générale)
Lgdj	Librairie générale de droit et de jurisprudence
JAP	Juge d'application des peines
Jl	Juge d'instruction
JLD	Juge des libertés et de la détention
J.O.	Journal officiel
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne
LPA	Les Petites affiches
Juris.Class	Jurisclasseur Droit pénal ou Procédure pénale
Obs.	Observations
Op. cit.	Opere citato (ouvrage cité précédemment)
OPJ	Officier de police judiciaire
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PJJ	Protection judiciaire de la jeunesse
Précit.	Précité
Prés.	Sous la présidence de
Procédures	Revue Procédures
PSEM	Placement sous surveillance électronique mobile
PUF	Presse universitaire de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RD pén. crim.	Revue de droit pénal et de criminologie
Rép.dr.pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rev.de dr. pén.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RDSS	Revue de droit sanitaire et sociale

RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Req.	Requête (arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme)
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDP	Revue générale des procédures
Rec.	Recueil
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique
RID pén.	Revue internationale de droit pénal
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF	Revue juridique personne et famille
RPIP	Revue pénitentiaire et des institutions préventives
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
s.	Et suivant
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
SPIP	Service pénitentiaire d'insertion et de probation
StPO	Strafprozessordnung, Code de procédure pénale allemand
Trad.	Traduction
T. confl.	Tribunal des conflits
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
UCSA	Unité de Consultation et de Soins Ambulatoires
UHSI	Unité Hospitalière de Sécurisée Interrégionale
V.	Voir

« S'il est mieux de pardonner que de punir et de régénérer que de pardonner, il est mieux encore de prévenir que de régénérer ».

J. Reinach, *Les récidivistes*, Paris, 1882, p11

INTRODUCTION

1. « *Heureux législateur napoléonien qui décidait dans le calme et pour longtemps* »¹. Depuis plus d'un siècle, c'est l'état d'urgence qui dicte une lutte contre la récidive qui s'affranchit des principes directeurs du droit pénal. Elle applique aux récidivistes un régime spécifique qui porte atteinte à la présomption d'innocence et aux droits de la défense. Les peines et les mesures de sûreté, constituent les principaux instruments de cette lutte. L'arsenal judiciaire oppose des sanctions nécessaires avec le risque de dérives répressives². C'est pourquoi, la récidive représente le nouvel enjeu de l'exécution des peines et des politiques pénales car le récidiviste n'est pas un justiciable comme un autre. La société choisit d'appliquer un régime pénal spécifique plus sévère en raison du principe de précaution³. Les médias, relatent des faits divers atroces, qui alimentent la dictature de l'émotion à l'origine d'une réaction sociétale abusive. Elle berce le citoyen dans l'illusion que le risque zéro en matière de criminalité est possible. Cette intolérance se traduit en droit pénal par une sévérité qui serait naturelle contre le multi-récidiviste incorrigible et le criminel dangereux. L'opinion a, certes, une vocation légitime au contrôle mais elle peut être un guide dangereux pour le gouvernement d'un pays.

L'intransigeance sociétale se traduit par une inflation législative. Un regain d'intérêt s'observe pour le droit de l'exécution des peines. La période de 2004 à 2008⁴ renoue avec l'automatisme de la peine rétributive qui punit. Depuis l'apparition officielle de la récidive dans les statistiques criminelles en 1882⁵, le récidiviste est condamné à des peines d'emprisonnement puis des mesures préventives de surveillance⁶. Il existe un

¹ J. Pradel, « La loi du 2 février 1981 dite « sécurité et liberté » et ses dispositions de procédure pénale », D.1981, chron. 101, p 116.

² R. Bernardini, *Droit criminel*, Larcier, 2^{ème} éd. 2014, vol I p 9.

³ Le principe de précaution est originairement emprunté au droit de l'environnement qui le consacre pour la première fois lors de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement durable en juin 1992.

⁴ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ; loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale ; loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 loi pénitentiaire ; loi n°2010-242 du 10 mars 2010 sur la récidive criminelle, Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

⁵ Statistiques du compte général de l'administration de la justice criminelle de 1882 ; J.P. Allinne, M. Soula, *Les récidivistes, représentation et traitement de la récidive, XIXe et XXIe siècles*, Presse Universitaire de Rennes, 2010, p15, note n°12.

⁶ Surveillance de Haute police (CP de 1810), Relégation (loi du 27 mai 1885), Tutelle pénale (loi du 17 juillet 1970), liberté conditionnelle (loi du 14 août 1985), Suivi sociaux judiciaire et injonction de soin (loi du 17 juin 1998), fichiers préventifs (dont FNAEG : loi du 15 novembre 2001 et FIJAIS : 9 septembre 2004), placement sous surveillance électronique mobile (PSEM : loi du 13 décembre 2005), peines planchers (loi du 10 août 2007), rétention et surveillance de sûreté (loi du 25 février 2008).

décalage entre la perception qu'à la Société de la récidive employée au sens large, c'est-à-dire le renouvellement d'une infraction alors qu'elle n'est prévue par la loi que dans un sens strict répondant aux conditions d'une récidive légale. L'incompréhension entre le citoyen et le monde judiciaire trouve donc sa source dans la définition de la récidive. Les statistiques, peu nombreuses en la matière, suffisent à être utilisées pour brandir une réponse répressive. Depuis 2007, il existe peu d'étude officielle sur l'état de la récidive en France par le Ministère de la Justice⁷. Les dernières en date montrent une augmentation de la récidive depuis les lois sur les peines planchers, le bracelet électronique et la rétention de sûreté⁸. Le pourcentage de détenus condamnés pour récidive est passé de 4,4% en 2000 à 11,1% en 2010⁹. Un lien est fait entre le vote des lois répressives et son augmentation. La récidive est un phénomène encore scientifiquement inexplicé, qui s'enferme dans une nébuleuse législative et doctrinale. La recherche pluridisciplinaire s'interroge principalement sur l'efficacité de la peine¹⁰. Les causes endogènes et exogènes du passage à l'acte de l'homme corrompu par le mal, n'ont toujours pas de légitimité scientifique. Pourtant, cela n'empêche pas d'instaurer des instruments pénaux répressifs, incohérents et illisibles. Le juge, obligé de rendre la justice, est mis au défi de surmonter la complexité de l'enchevêtrement des textes, résultant de l'alternance des gouvernements. Le juge jongle avec des critères subjectifs et objectifs pour mettre en application des instruments qui varient selon leur nature et leur quantum. Il détient le pouvoir de relever l'état de récidive légale comme circonstance aggravante. En effet, il recherche la peine juste et efficace contre la récidive du primo-délinquant ou du récidiviste. Le législateur a un intérêt stratégique à convaincre le magistrat du bien-fondé des instruments qu'il souhaite voir appliquer. Le juge, gardien des libertés individuelles et des droits fondamentaux, est un acteur incontournable qui peut s'avérer sceptique envers les peines rétributives et bloquer leur emploi. Leur efficacité reste donc relative et aléatoire notamment en l'absence de retour d'expérience sur le long terme. L'humanisation des peines a permis de limiter leur portée rétributive depuis l'abolition de la relégation¹¹, de la tutelle pénale¹² et de la peine de mort¹³. Pourtant, la tentation de réprimer le récidiviste est trop forte comme l'atteste le retour des peines planchers, récemment abrogées¹⁴ en raison de leur manque d'efficacité¹⁵ et de l'engorgement des

⁷Annexe 7: Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération, V.Carrasco et O. Timbart, Les condamnés de 2007 en État de récidive ou de réitération, Infostat justice, Ministère de la justice, n° 108, Paris, 2010.

⁸ Infographie, Les vrais chiffres de la récidive, 14 sept. 2012, Le monde.fr

⁹Les chiffres de la récidive en France, AFP, le 15 sept.2012, V. Annexe 8 : Pourcentage de condamnés pour récidive entre 2000 et 2010, Infographie réalisée par Rue89, Les vrais chiffres de la récidive, Le monde.fr, 14 sept 2012.

¹⁰ V.: Rapport d'information de l'assemblée nationale n° 1718 sur le traitement de la récidive des infractions pénales, 4 mars 2004 P. Clément, Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive, 28 juin 2007 ; Rapport Ciotti, 50 propositions pour une meilleure efficacité de l'exécution des peines, 7 juin 2011 ; V. Lamanda, Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux, La Documentation française, 30 mai 2008 ; Rapport Léger, réflexion sur la justice pénale, 1^{er} sept 2009 ; Conférence de consensus, Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive, Principes d'action et méthodes, Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, Paris, le 20 février 2013; Commission des lois sur la prévention de la récidive et l'individualisation des peines, R. Badinter , 30 avril 2004.

¹¹ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens supprime la relégation et crée la tutelle pénale (Anc. Art. 58-1 du CP).

¹² Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes abroge la tutelle pénale.

¹³ Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort.

¹⁴ « *Lorsqu'une personne est condamnée en récidive légale pour un délit passible d'au moins trois ans d'emprisonnement, la peine d'emprisonnement prononcée ne peut plus être inférieure à un an, si le délit est*

prisons qu'elles ont suscité. A cela s'ajoute, une surveillance et une rétention de sûreté dont le but est de prévenir le risque de récidive des condamnés présentant une certaine dangerosité. Le caractère hybride de la mesure de sûreté instaure une surveillance post-sentencielle pour prévenir le risque de récidive. Elle n'est pas une peine. Elle est dépourvue de but rétributif et de caractère afflictif. Pourtant, elle se fonde sur la constatation de l'état dangereux et peut consister en une neutralisation coercitive d'une durée illimitée (rétention de sûreté). Elle limite la portée du pardon accordé par la Société. L'objectif de prévention justifie donc l'emploi de moyens qui réduisent les droits de la défense.

Traditionnellement, la théorie rétributive s'oppose à la théorie utilitaire. La réforme pénale du 15 août 2015¹⁶ pourrait apaiser cette guerre doctrinale. Elle tente d'équilibrer une répression nécessaire avec une réinsertion à travers une responsabilisation effective du condamné. Habituellement, les lois faisaient du récidiviste un ennemi commun. Le droit pénal est utilisé comme un régulateur social qui resserre les liens d'une population qui se sent en insécurité. La loi pénale constitue le socle de la construction d'une Nation qui souhaite mettre en commun des ressources et des projets sociaux, économiques et politiques. La réforme tente alors, d'apaiser la réaction sociale, par essence abusive, contre le récidiviste et méfiante vis-à-vis de l'humanisme du juge. Dorénavant, une peine de probation dénommée contrainte pénale¹⁷ concurrence la peine privative de liberté en regroupant l'ensemble des mesures d'aménagements. Cette nouvelle sanction, non carcérale, répond aux exigences européennes de la contrainte pénale communautaire¹⁸. Il s'agit d'affirmer la priorité de la réinsertion par rapport à la rétribution pure et dure. Alors que cette réforme pourrait amorcer un changement de paradigme, elle risque une fois de plus, d'alimenter « l'obsession créatrice »¹⁹ qui caractérise l'histoire de la lutte contre la récidive. Elle exprime plus une défiance vis à vis du réalisme pénal qui préjuge les récidivistes, plutôt qu'une volonté de modification structurelle de l'organisation de l'exécution des peines. En effet, l'analyse des critères objectifs et subjectifs des instruments démontre l'instrumentalisation du droit pénal à des fins politiques. Une répression fondée sur des présomptions justifie le traitement inhumain des récidivistes. Le régime pénal qui leur est dédié porte atteinte aux droits fondamentaux du procès équitable²⁰, de la présomption d'innocence²¹ et de la légalité criminelle. Un régime pénal

puni de trois ans d'emprisonnement, deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement, trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement et quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement» ; Art 132-19-1 du CPP abrogé par la loi du 15 août 2014.

¹⁵ Le rapport de la conférence de consensus du 20 fév. 2013 rappelle que les peines minimales ont favorisé l'emprisonnement. En 2011, 63% des condamnés sortant de prison sans aménagement de peine rechutent dans les cinq ans après leur libération. Alors que 55 % des libérées dans le cadre d'un aménagement de peine sous écrou (placement à l'extérieur, semi-liberté ou surveillance électronique) et de 39 % sous libération conditionnelle récidivent. Il est de 45 % pour les personnes condamnées à une peine alternative (sursis avec mise à l'épreuve, travail d'intérêt général), V. aussi à ce sujet : A. Kensey, *Qui ne récidive pas?* in M. Mohammed dir « Les sorties de délinquance », La Découverte 2012, p 213-228.

¹⁶ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁷ Art. 131-4-1 du CP, issue de la loi n° n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁸ V. Tournier, « La contrainte pénale communautaire », *AJ pénal* 2013 p 127 ; J-C Bouvier, « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal* 2013, p 132 et s.

¹⁹ B. Schnapper, *La récidive, une obsession créatrice au XIXe siècle*, Paris, PUF, 198, p 25-64.

²⁰ Art6§1 de la CESDH

²¹ Art. Préli. du CPP.

dérogatoire au droit commun est instauré faisant peser sur le récidiviste, une présomption d'incorrigibilité et de dangerosité.

2. A l'origine, le récidiviste est un ostensible misérable, vagabond et ancien bagnard marqué au fer rouge. Sa déchéance le pousse à commettre le mal pour se nourrir, se défendre ou s'abriter. Souvent en proie aux addictions, il est incapable de se sociabiliser et de vivre en conformité avec les règles sociétales. Il présente des pathologies psychiatriques et des troubles de la personnalité en lien avec son passage à l'acte et aussi causés par des séjours successifs au bagne ou en prison. Il présente des caractéristiques morphologiques particulières qui le présument dangereux et font de lui un criminel-né²². Ponctuellement, le récidiviste est un bouc émissaire. A chaque époque correspond un nouveau profil de récidiviste. Les communistes, qui menaçaient la stabilité du pouvoir, ont été relégués en 1885 sous le régime d'une grande loi pénale. Puis, les peines planchers, en 2007, ont neutralisé les jeunes multirécidivistes des banlieues. Ces enfants d'immigrés, souvent mineurs, sont victimes du décrochage scolaire, du trafic de drogue et aujourd'hui en proie à l'endoctrinement religieux. Le délinquant sexuel, quant à lui est mis en lumière suite à la libéralisation de la parole dénonciatrice et l'évolution des mœurs²³. Une rétention de sûreté est instaurée en 2008 pour les plus dangereux. Elle se substitue à la peine de mort, par la possibilité d'un enfermement illimité après une peine principale de prison. Ces professionnels de la délinquance qui troublent l'ordre public, sont les cibles privilégiées d'une répression qui serait en réalité l'organisation du procès de la misère²⁴.

Le terme récidiver, est emprunté à la matière médicale pour qualifier une rechute ou la réapparition d'une maladie. Un traitement par le soin est inévitable pour l'éradiquer. Au XVème siècle apparaît l'expression récidiver pour désigner une rechute dans le crime. Au XIXème siècle le concept de récidivité est consacré par la circonstance aggravante de récidive. Ce criminel particulier appartient à une catégorie pénale de récidivistes. Le droit positif définit la récidive dite légale, comme une pluralité d'infractions commises dans un certain délai, dont la nature est définie par la loi et séparée par une condamnation devenue définitive²⁵. Elle est une cause d'aggravation automatique de la peine. La récidive, au sens commun du terme, relève d'un domaine plus large qui inclut les notions de pluralité d'infractions, de réitération²⁶ et de concours réel d'infractions²⁷. Si la majorité des

²² Lombroso, *L'homme criminel*, 1876, in J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2009, p448, n°245.

²³ A. Auret, P. Bessoles, *Interface cliniques et juridiques*, Presse Universitaire de Grenoble, 2008, p202

²⁴ Discours : La misère 9 juillet 1849 in V. Hugo, *Actes et Paroles, Œuvres complètes XII, 1841-1851*, Paris, J.Girard et Cie éditeurs, p 91.

²⁵ La récidive légale se distingue de la réitération de l'infraction et du concours réel d'infraction. Art 132-8 à 132-16-6 et 132-18-1 à 132-20 du CP.

²⁶ « 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. 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», Art.132-16-7 du CP, issue de la loi n°2005-1549 du 12 déc.2005.

²⁷ Le concours réel d'infractions est la « situation dans laquelle un délinquant à, par ses agissements, commis plusieurs infractions distinctes, sans qu'elles soient séparées entre elles par une condamnation définitive. Il est autant de responsabilité qu'il est infractions réalisées, mais le principe du non-cumul des peines interdit que soit prononcée ou exécutées des peines de même nature au-delà du maximum légal le plus élevé. Le concours réel se distingue d'une part de la récidive, qui consiste à commettre un nouveau crime ou délit, voire une contravention, après une condamnation définitive pour une première infraction, d'autre part de la réitération infraction, qui correspond à des infractions également séparées par une condamnation définitive, mais sans pour autant rejoindre la récidive, faute de répondre à ces conditions légales» ; Lexique des termes juridiques, S. Guinchard (Dir), Dalloz, 20ème éd. 2013 ; Art132-2 du CP.

statistiques relèvent le taux de récidive légale, il est plus pertinent dans l'analyse des instruments de se rattacher au sens large de la récidive. Les instruments, s'ils punissent une infraction ont pour finalité d'empêcher toute violation de la loi quel que soit sa nature et de sortir le condamné de la délinquance.

L'infraction incrimine des faits commis matériellement et moralement par l'auteur. Une sanction pénale est déterminée selon sa personnalité. La peine du récidiviste est soit complétée par une mesure soit depuis 1971 son quantum est doublé, voire, ne peut être inférieur au minimum légal prévue par des peines planchers. La détermination de la peine est ainsi légalement préétablie en raison de la personnalité incorrigible et dangereuse du récidiviste déduite des antécédents judiciaires et de la gravité de ses actes. L'appréciation souveraine du juge est limitée par l'automatisme de la peine. Le principe d'individualisation de la peine ne s'applique pas au récidiviste. Toutefois, le juge eut l'occasion, lorsque cela était possible, de ne pas relever l'état de récidive pour éviter de prononcer la relégation. Ainsi, il contourne l'application de la peine spéciale contre le récidiviste. Pour limiter son pouvoir, les peines planchers ne feront l'objet que d'exceptionnelles dérogations motivées par le juge. L'incorrigibilité et la dangerosité conditionnent la culpabilité du récidiviste, jugé pour un fait nouveau. Si la peine est une composante de l'infraction, l'état de récidive légale en est une aussi. Pour les défenseurs de la rétribution, le récidiviste a intentionnellement récidivé. Il est présumé, qu'il ait eu connaissance de ses antécédents judiciaires. Il a donc agi avec une intention particulièrement délibérée. Ainsi, les conditions d'application des instruments s'élargissent dès lors, qu'il y a déjà eu une condamnation pénale. Ainsi, l'aggravation de la peine sanctionne plus l'ancrage dans la délinquance d'habitude que la nouvelle infraction. L'*animus operandi* est inhérent au délinquant d'habitude ce qui le présume dangereux.

La dangerosité criminelle, se distingue de la dangerosité psychiatrique. Elle n'a pas de définition juridique. Pourtant, elle s'est imposée comme un critère incontournable de l'application des instruments. Les Positivistes italiens ont développé la notion de dangerosité dans un objectif de défense sociale. Garofalo, en 1878, définit la dangerosité comme « *la perversité constante et agissante du délinquant et la quantité de mal qu'on peut redouter de sa part en sa capacité criminelle, d'où les termes parallèles, périculosité, redoutabilité, état dangereux* »²⁸. Pour caractériser la dangerosité, une expertise psychiatrique du prévenu ou de l'accusé est réalisée. Une personnalité dangereuse se déduit du comportement de l'auteur en raison de la gravité de ses actes et de son passé d'incorrigible. L'objectivisation du passé criminel est subjectivée dans le présent et le futur grâce à la notion de dangerosité. L'amalgame entre l'objectivité des critères des instruments et la subjectivisation du risque de récidive, justifie l'automatisation et l'aggravation de la peine. Elle justifie aussi, le recours aux procédures dérogatoires de comparution immédiate, de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, ou d'expertise. L'humain étant une composante de la récidive²⁹, l'étude des instruments impose de s'intéresser à la personnalité du récidiviste, au cœur de la sanction pénale.

²⁸ Garoffalo, 1878 in, M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexion sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal Vol V*, oct. 2008 p 46.

²⁹ V. J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes, représentation et traitement de la récidive XIXe et XXIe siècles*, Presse Universitaire de Rennes, 2010.

3. La lutte contre la récidive est d'abord un choix de Société fondé sur les théories doctrinales et religieuses du pardon³⁰. Elle met aussi au défi la Société de choisir l'orientation pénale qui rétribue et prévient la délinquance. Le taux de récidive constitue alors, le marqueur du bon ou du mauvais fonctionnement de la justice, selon le positionnement de la recherche. Il est un chiffre qui indique le niveau de pardon accordé par la Société à l'auteur des méfaits. Si la doctrine s'émancipe des préceptes religieux, il n'en reste pas moins une volonté humaniste des sociétés modernes à pardonner, mais jusqu'à quel point ?

L'enjeu juridique de la lutte contre la récidive ne peut occulter une vision politique du sujet, pour comprendre les causes de l'inefficacité des instruments. Les crises sociales, politiques et sécuritaires ont créé les conditions favorables aux guerres idéologiques. Le caractère rétributif découle de la majorité des instruments. En l'absence de moyen de réinsertion, la peine rétributive signifie de rendre le mal en retour de celui qui a été donné par l'auteur³¹. La peine de mort et l'emprisonnement éliminent et neutralisent le condamné. La mesure de sûreté, quant à elle, surveille et tente de soigner le récidiviste. Elle est utilitaire et surtout préventive car même la courte peine de prison ou la mesure de sûreté finissent naturellement par être dominées par la répression. La peine de mort, quant à elle, empêche définitivement de constater l'échec ou l'efficacité de cet instrument. Sauf à considérer que, l'élimination physique et définitive du condamné soit incontestablement l'instrument le plus efficace. La guillotine et la pendaison enregistrent alors une efficacité absolue qui ne remet pas en cause leur efficacité mais plutôt leur absence d'humanité. Or, depuis son abolition en 1981, aucune sanction ne s'est substituée au caractère définitivement éliminatoire. Elle fut un temps remplacée par la relégation puis la tutelle pénale. Aujourd'hui, il s'agit de l'incarcération et de la rétention de sûreté. Pourtant, les prisons françaises, ne respectent pas davantage les droits fondamentaux des détenus ce qui a conduit la France à être condamnée par la CEDH. Les mauvais traitements, le manque d'accès aux soins³² et le prosélytisme religieux fabriquent les révoltés de demain. Le facteur criminogène de la prison supplante l'objectif de la peine dont l'objectif est de regrouper « *les moyens par lesquels un groupe organisé sanctionne des hommes qui ne respectent pas les règles communes* »³³. Pour autant, le dysfonctionnement des institutions peut-il être à l'origine de la récidive, en dehors de la faute commise par l'auteur ? L'augmentation de la récidive est-elle la conséquence d'un dysfonctionnement des instruments qui n'ont pas vocation à réinsérer ni à relever le condamné ? La société est-elle « *capable de savoir réellement ce que veut dire punir ?* »³⁴. Est-elle capable de mettre en application une peine juste et intelligente ?

Le droit pénal est instrumentalisé à travers des choix sécuritaires dans le but de rétribuer le crime, par simple esprit de vengeance, au-delà de la punition. Si punir signifie toujours rétribuer³⁵, la sanction ne doit pas être l'instrument de la loi du Talion³⁶. Puisque la justice est rendue au nom du peuple français, ce dernier devient complice de la

³⁰ « Le pardon est inséparable de ses origines religieuses », C. Gatto, *Le pardon en droit pénal*, th., Nice, 2012, p 25.

³¹ M. Cusson, « Le sens de la peine et la rétribution », *RICPTS* 1985 n°3 p.277.

³² Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 16 juin 2015 relatif à la prise en charge des personnes détenues au sein des établissements de santé.

³³ G. Casadomont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, p 9.

³⁴ M. Foucault, Conférence à l'Université de Montréal, 15 mars 1976, in Actes, 1990, n° 73 p7, in G. Casadomont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, p 8.

³⁵ P. Poncela, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Archives de philosophie du droit*, 1981, n°26, p59s.

³⁶ La Bible, le Lévitique, 24,20, éd Segond 21, société biblique de Genève, 2010, p 89.

propagation du phénomène de la récidive en instaurant des instruments qui l'alimentent. Tout au long de la chaîne pénale, les droits du récidiviste sont limités. La Société est complice de la fabrication de récidivistes en maintenant un système carcéral désuet et criminogène³⁷. La Constitution garantit à tous les citoyens, l'égalité devant la loi ce qui inclus le droit à la défense durant tout le procès pénal. Par extension, tout homme a droit à la réhabilitation judiciaire³⁸ en prouvant son relèvement effectif. Ce droit à la réhabilitation est pourtant limité pour les récidivistes³⁹, en raison d'une surveillance qui s'étend dans le temps. D'autres principes comme la légalité criminelle, la non-rétroactivité et la proportionnalité des peines⁴⁰ ont une portée limitée dans le cadre de la lutte contre la récidive.

4. Le principe de personnification de la peine, reconnu par le Conseil constitutionnel⁴¹, est aussi atténué. Il « *ne saurait toutefois faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions. Il n'implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction* »⁴². Ainsi, les peines planchers imposent un quantum minimal empêchant toute individualisation. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), dans le cadre du procès équitable⁴³, insiste sur le contrôle de légalité et de proportionnalité de la répression⁴⁴. Néanmoins, elle ne se prononce pas sur le sens et les fonctions de la peine. Elle définit l'individualisation de la peine comme « *un contrôle par les autorités judiciaires internes de la proportionnalité de la restriction légale litigieuse à la lumière des particularités de chaque espèce* »⁴⁵. Elle valide donc la répression, dès lors qu'elle est en accord avec l'individualisation de la peine. En effet, « *la prison reste indispensable pour la paix sociale* »⁴⁶. Elle fait partie de notre humanité. L'individualisation n'est pas pour autant une forme de déjudiciarisation puisqu'elle se substitue aux peines et mesures de sûreté⁴⁷. Lorsqu'elle s'externalise, elle présente seulement les formes d'une dérégulation, qui pose néanmoins des difficultés de mise en œuvre. L'augmentation du taux de récidive indique l'échec de la politique pénale, des peines automatiques, et des autres instruments d'aménagement. En effet, l'aménagement de la peine est un instrument relativement efficace contre la récidive. Pourtant, ce droit est réduit pour le récidiviste, ce qui diminue ses chances de réinsertion et donc de réhabilitation.

L'individualisation de la peine, prononcée par l'autorité de jugement, est un principe consacré dans le code pénal de 1791. Il est le fruit d'une longue construction de valeurs Républicaines d'égalité devant la loi. Il s'accompagne du principe de proportionnalité de la peine qui rompt avec l'arbitraire du juge sous l'Ancien Régime. L'adoucissement des

³⁷ G. Bessière, *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, Th., Paris, 1898. p 63 et s.

³⁸ Art. 786 du CPP.

³⁹ Crim. 15 sept. 2010, n°10-81.053, « La réhabilitation légale n'exclut pas la récidive », *AJ pénal* 2011, p 261, obs. M.Herzog-Evans.

⁴⁰ Articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁴¹ Décision 2005-520 DC, 22 juillet 2005, JO du 27 juillet 2005, p. 12241, texte n°16, cons. 3, Rec. p. 118.

⁴² Décision 2007-554 DC, 9 août 2007, JO du 11 août 2007, p. 13478, texte n°8, cons. 13, Rec. p303.

⁴³ Art 6 § 1 de la CESDH.

⁴⁴ Articles 5 et 7 de la CESDH.

⁴⁵ CEDH, *Ždanoka c./ Lettonie*, 16 mars 2006, considérant 114.

⁴⁶ J. Pradel « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D.2013*, p725.

⁴⁷ M. Van de Kerchove, *Le droit sans peine, aspect de la dépenalisation en Belgique et aux Etats Unis*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p 301.

peines débute par l'intégration des circonstances atténuantes en 1832⁴⁸, la création d'une justice des mineurs en 1912⁴⁹, puis l'adoption de peines alternatives en 1975⁵⁰. L'aménagement des peines, réalisé par le juge d'application des peines (JAP) et la suppression des peines minimales s'opèrent habituellement dans un contexte où le taux carcéral est exceptionnellement haut à partir de 1975. Le droit positif garantit un régime « adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières »⁵¹. Des peines alternatives⁵² développent le travail d'intérêt général, des peines de jour-amende⁵³, la sanction-réparation⁵⁴ et le stage de citoyenneté⁵⁵. Puis, le code pénal de 1994, qui supprime les peines minimales en matière délictuelle, consacre le principe de la subsidiarité de la peine d'emprisonnement. C'est le point de départ de la création d'instruments alternatifs régulièrement renforcés⁵⁶ qui devront être privilégiés par rapport à l'incarcération. De ce fait, la peine privative de liberté peut prendre la forme d'un sursis simple ou un Sursis avec Mise à l'Épreuve (SME). Pour limiter la durée d'incarcération, la peine est aménagée sous la forme d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur⁵⁷ ou d'un Placement Sous Surveillance Electronique (PSE)⁵⁸. La peine peut être fractionnée ou ajournée dans le cas d'une dispense de peine. Ces aménagements concernent les peines prononcées allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement. Pour les récidivistes, le seuil de ces peines aménageables est fixé à un an⁵⁹. Leur droit à l'aménagement est réduit alors qu'ils nécessitent particulièrement d'être réinsérés. Pour prononcer une peine d'emprisonnement ferme, les juges du fond doivent spécialement motiver l'impossibilité d'assortir la peine à un sursis ou de procéder à un aménagement⁶⁰. La peine privative de

⁴⁸ Loi du 28 avril 1832 contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle.

⁴⁹ Création de tribunaux pour enfants et adolescents (loi du 22 juillet 1912) ; ordonnance du 2 fév. 1945 sur l'enfance délinquante.

⁵⁰ Les lois n°75-624 du 11 juillet 1975 et n°83-466 du 10 juin 1983.

⁵¹ Art 707 II al 2 du CPP.

⁵² Loi n°75-624 du 11 juillet 1975 : « lorsque l'auteur d'un délit encourt, soit de plein droit, soit par l'effet d'une condamnation obligatoire ou facultative, une sanction pénale autre que l'emprisonnement ou l'amende, cette sanction peut être prononcée à titre de peine principale », Art. 43-1 de l'ancien CP.

⁵³ Loi n°83-466 du 10 juin 1983.

⁵⁴ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

⁵⁵ La loi n°2004-204 du 9 mars 2004.

⁵⁶ Art. 132-24 du CP : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction. ». La loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 lui adjoint un deuxième alinéa aux termes duquel « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés 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 ». La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 introduit un troisième alinéa précisant qu'« en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ».

⁵⁷ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels du citoyen.

⁵⁸ Loi n°97-1159 du 19 décembre 1997 consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté.

⁵⁹ Érigé en principe par la loi pénitentiaire du 24 nov. 2009.

⁶⁰ Art. 132-19 du code pénal, CP de 1194 ; Crim 10 nov. 2010, interprétation extensive de l'art 132-24 du CP ; Crim., 3 nov. 2011 ; Bull. crim. N°226

liberté n'est prononcée qu'en dernier recours, sauf à démontrer qu'aucune autre sanction ne pourrait garantir la protection de la société et la réinsertion du condamné. Toutefois, le retour des peines planchers remet en cause cette idéologie⁶¹. En matière correctionnelle, la loi limite l'appréciation du juge dans la détermination du quantum de la peine. Il ne peut pas prononcer une peine inférieure au minimum légal. Dans de rares cas, le récidiviste peut prouver sa corrigibilité et son absence de dangerosité en apportant des garanties exceptionnelles de réinsertion. Il pèse sur lui l'obligation de prouver qu'il peut se réinsérer alors que justement c'est cette situation qui lui fait défaut. Le caractère général des peines planchers pour l'ensemble des récidivistes porte donc atteinte à l'individualisation de la peine. Le régime juridique dérogatoire des récidivistes présume sa culpabilité, dont il doit renverser la charge de la preuve.

5. La réforme du 15 août 2014 sur l'individualisation des peines rappelle à l'article 707 du code de procédure pénale (CPP) que, d'une part, les peines prononcées doivent être effectives dans le meilleur délai. D'autre part, leur régime d'exécution « *vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions* »⁶². Certes, la peine punit, mais elle a aussi une autre fonction, souvent oubliée, de réinsérer en responsabilisant le condamné. La responsabilisation suppose une obligation renforcée de la société dans sa mission de réinsertion, qui doit fournir les outils indispensables d'aide et d'assistance. Loin de l'empathie généralement attribuée aux utopistes d'une justice sans prison, ou d'une prison ouverte sans barreaux, cette prise de conscience collective souhaite limiter les effets criminogènes de l'incarcération. La réforme replace le condamné au cœur de la sanction et de la prévention, face au rôle grandissant de la victime dans le procès pénal qui peut freiner la réinsertion de son auteur.

La lutte contre la récidive déployée sous le prisme d'une responsabilisation et d'une réinsertion efficiente donne une autre dimension à la portée de la peine. La lutte renvoie au sens linguistique du combat alors que les textes consacrent un vocabulaire préventif. Dans les textes, la prévention de la récidive, est évoquée sous le terme d'insertion et de réinsertion. Pourtant, la lutte sous-entend un affrontement entre deux clans pour faire triompher la domination d'un seul. Pour cela, il faut mobiliser tous les moyens, outils et énergies participatives. A contrario, la prévention requiert une réflexion sage afin de trouver la mesure qui empêchera toute rechute. Si les lois rétributives peuvent être rapidement instaurées pour gérer une criminalité soudaine et de masse, les peines utilitaires exigent l'établissement de réformes structurelles. Pourtant, les lois contre la récidive sont-elles élaborées dans le calme et pour longtemps?⁶³ La prévention suppose, dans la limite des moyens mis à disposition, une tentative de réduction de la récidive. L'opposition terminologique des paradigmes rétributifs et préventifs, traduit l'état d'esprit qui gouverne les instruments. Elle dévoile les prémices d'un changement de cap politique dans la répression, ainsi que des pratiques judiciaires. Dans le langage des discours politiques, la lutte prédomine par la volonté de réprimer alors que la loi prévient la

⁶¹ La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 revient sur le principe d'individualisation des peines en réinstaurant des peines d'emprisonnement minimales encourues en cas de récidive. La loi n°2011-627 du 14 mars 2011 les étend aux délits de violences volontaires et d'embuscade.

⁶² Art 707 II du CPP.

⁶³ J. Pradel, « La loi du 2 février 1981 dite « sécurité et liberté » et ses dispositions de procédure pénale », D.1981, chron. 101, p 116.

récidive par la réinsertion d'une libération conditionnelle par exemple⁶⁴. Cette différence de positionnement reflète une peine tournée vers le passé. La sévérité de la peine se rattache naturellement à une notion dynamique de lutte, pouvant être considérée aujourd'hui comme dépassée. Ainsi, tout oppose ces deux paradigmes traditionnels qui rendent schizophrène l'exécution des peines. De plus, le constat d'échec provient principalement de l'incohérence des idéologies et des moyens inconciliables sur le fond et la forme. In fine, la Société ne sait toujours pas si elle veut pardonner le récidiviste. Pour cela, le taux de réinsertion ou de désistance⁶⁵ est un indicateur complémentaire voire inverse à celui du taux de récidive. La désistance autrement dit l'abandon de la délinquance est un processus essentiel à la compréhension des sorties de délinquance⁶⁶. Il est le résultat d'un processus de renforcement positif par l'absorption de modèles de bonne vie et de bonnes conduites, réalisable avec l'intervention active des partenaires extérieurs (agent de probation, associations, etc...). Elle est le résultat d'une responsabilisation du récidiviste qui se réhabilite. L'objectif de la loi de 2015 est d'intégrer cette philosophie dans le système probatoire ce qui permettrait d'identifier les risques, les besoins et la réceptivité du délinquant au changement. Elle pourrait aussi bouleverser les paradigmes existants en faisant de la réinsertion et des modèles de désistance qui responsabilisent, des intérêts supérieurs à celui de la privation de liberté.

6. La récidive légale est un sujet précis qui entre dans la problématique plus large de la criminalité. Le caractère humain du droit criminel explique sa spécificité et la méfiance qu'il procure. Il détermine les actes punissables et les sanctions des auteurs au nom de la société. Son objectif est d'assurer l'organisation et le fonctionnement normal de la société. « *Le droit criminel se réfère donc au respect et à la sanction de la violation des normes sociales, nécessaires à l'existence de la société parfois et souvent à son développement* »⁶⁷. La criminologie⁶⁸ influence la matière pénale, à travers les statistiques, ce qui permet d'identifier et de comprendre le phénomène criminel. Cependant, son influence n'est que « *ponctuelle, partielle, réactive, viscérale et instinctive* »⁶⁹. En France, la criminologie n'est pas reconnue comme une science autonome⁷⁰. Le rapport Lamanda de 2008⁷¹ émettait le souhait de valoriser la recherche criminologique par l'emploi d'outils d'analyses multifactoriels et de grilles d'analyses actuarielles⁷² qui servent à évaluer la dangerosité criminelle. Les sciences criminelles sont pluridisciplinaires. La technicité de la procédure pénale ne suffit plus. C'est pourquoi, la criminologie assouplit le jugement pénal par l'introduction des éléments de personnalité. Toutefois, les autres disciplines : psychiatrie, sociologie et les neurosciences n'expliquent toujours pas scientifiquement le passage à l'acte. En revanche, la recherche en

⁶⁴ « *La libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnées et à la prévention de la récidive* » Art 729 du CPP.

⁶⁵ V. supra Une probation fondée sur la désistance

⁶⁶ B. Vanghan, Subjectivité, récit et abandon de la délinquance, in *Les sorties de délinquance*, dir. M. Mohammed La Découverte 2012, p 89 et s.

⁶⁷ R. Bernardini, *Droit criminel*, op. cit., p 55.

⁶⁸ La criminologie est ici utilisée dans un sens large : « *Etude scientifique du phénomène criminel dans ses trois composantes : la norme pénale, le crime, la réaction sociale* », *Lexique des termes juridiques*, dir. S. Guinchard., Dalloz, 20^{ème} éd. 2013, p275.

⁶⁹ R. Bernardini, *Droit criminel*, op.cit., p 66.

⁷⁰ Suppression de la section criminologie du Conseil National des Universités (CNU).

⁷¹ *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, La Documentation française, 30 mai 2008, p15.

⁷² Entretien d'évaluation du processus de passage à l'acte (E.E.P.P.A), entretien exploratoire de la cinétique des crimes violents (E.E.C.C.V), *Historical clinical risk (HCR-20)* et les grilles d'évaluation actuarielles : Violence Risk Appraisal Guide (V.R.A.G).

neurosciences avance à grand pas, même si l'état actuel de la science ne permet pas avec certitude de prédire la récidive.

Le droit criminel regroupe le régime juridique et administratif de l'exécution des peines. Le droit de l'exécution des peines renferme le droit pénitentiaire, l'application et la mise à exécution des sentences pénales ainsi que le droit du service public pénitentiaire. L'administration pénitentiaire met en œuvre sa double mission de surveiller et de réinsérer le condamné. Longtemps délaissée par la doctrine, le droit pénitentiaire suscite un regain d'intérêt récent⁷³ à travers des politiques criminelles qui ont renforcé le droit de l'application des peines⁷⁴. La politique criminelle constitue « *l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise des réponses aux phénomènes criminels* »⁷⁵. Dans un sens plus large une politique publique se définit comme « *un ensemble de normes, d'actions et de moyens financiers et humains au service d'objectifs définis par une autorité* »⁷⁶. Ces moyens manquent cruellement à l'administration pénitentiaire, ce qui explique les conditions de détention dégradantes en France. A cela s'ajoute la crise des vocations du personnel pénitentiaire et un manque de coordination notamment entre les services judiciaires et de probation. En attendant une réformation structurelle, le système carcéral tente de s'améliorer continuellement. L'administration pénitentiaire, sur recommandations européennes, postule à la certification de ses établissements (maisons d'arrêt, centres de détention). La violation des droits du détenu est un risque qu'il faut gérer et manager. Cela consiste à identifier les exigences et les problèmes, à planifier une mise en œuvre de la réponse, à contrôler le bon déroulement du processus dans le but d'obtenir un retour d'expérience positif. Ce bilan constitue le nouveau point de départ du processus dynamique de l'amélioration continue d'un outil ou d'une procédure pour le rendre performant. En l'espèce, il s'agit particulièrement de réduire les effets criminogènes du choc carcéral dès l'entrée en détention⁷⁷. La remise en état de la prison semble longue et incertaine.

L'apparition de la récidive, bouscule donc les disciplines et les définitions par l'application d'outils législatifs divers et variés. Rebaptisée, politique d'action publique⁷⁸, la politique pénale regroupe depuis les années 80 l'élaboration de la norme pénale concernant la prévention, la police judiciaire, les poursuites, le jugement pénal, l'exécution des peines et la politique pénitentiaire⁷⁹. La politique répressive se concrétise par le biais d'instructions générales, adressées au Ministère public⁸⁰. Elles concernent le classement sans suite, la mise en mouvement de l'action publique, les priorités de poursuites, ou encore le choix des alternatives aux poursuites. La cohésion de la politique pénale conduite par le Ministre de la Justice sur délégation du gouvernement, s'applique sur tout le territoire français. Elles sont déclinées en politiques locales par le procureur de la République. Son pouvoir s'agrandit au détriment des juges des juridictions de jugement. Les antécédents judiciaires qui préjugent l'incorrigibilité du prévenu favorisent

⁷³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, éd. 2008, p 14.

⁷⁴ Evolution législative et jurisprudentielle : Décret du 2 avril 1996 ; loi sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000 ; Loi Perben II du 9 mars 2004 ; Arrêt Marie du Conseil d'Etat du 16 fev. 1995.

⁷⁵ M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992 in X. PIN, « Politique criminelle et frontière du droit pénal : enjeux et perspectives », *Rev.pén.* n°1 janv-mars 2011, p 83.

⁷⁶ J-C. Thoenig, Y. Meny, *Les politiques publiques*, Paris PUF, 1989, in Ibid.

⁷⁷ La roue de Deming de l'amélioration continue ; *Guide du management, santé, sécurité au travail*, AFNOR, 2007, p181.

⁷⁸ Nouvelle appellation de la politique pénale, Art 30 du CPP issue de la loi du 9 mars 2004.

⁷⁹ D. Mondon, « Pour une analyse systématique de la politique pénal ? », *AJ pénal*, sep 2012, p 442.

⁸⁰ Art 30 du CPP.

des propositions du Parquet de procéder à une alternative aux poursuites par le biais d'une comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)⁸¹ ou d'un renvoi en comparution immédiate⁸². Les phases de poursuite et de jugement sont considérablement modifiées pour les récidivistes. Bénéficiant d'une défense réduite, le récidiviste est systématiquement condamné à de la prison ferme avec un mandat de dépôt ce qui empêche l'aménagement de sa peine. De l'arrestation à sa détention, la rapidité et la brutalité de ce procès lui laisse peu de temps et de moyens pour préparer sa défense. Ainsi, le choix électoral de la politique pénale s'applique directement à travers les pouvoirs du Parquet, contrevenant au principe de la séparation des pouvoirs⁸³ entre l'autorité judiciaire et exécutive. Le procureur de la République ne serait pas un juge indépendant⁸⁴ en plus de ses pouvoirs exorbitants qui font de lui le bras armé du gouvernement. La récidive, en tant que risque pénal et social, justifie l'application directe d'instructions générales pour une réponse rapide et sévère. Ainsi, étudier la lutte contre la récidive c'est faire le constat de l'originalité des instruments pénaux et procéduraux qui consacrent un régime juridique *bis*. La récidive est donc au cœur d'un double basculement de paradigmes.

7. La récidive légale, requiert pour sa mise en œuvre, une connaissance précise de la technique juridique en raison d'enjeux antagonistes qu'elle soulève et de la remise en question des droits fondamentaux qui limitent la portée du droit pénal. Le juge passe d'un rôle d'exécutant à celui d'interprète de la loi selon l'état du droit positif qui dicte les règles. Il est soumis aux aléas politiques, sociétaux et économiques. Le JAP donne un avis, souvent marginalisé, alors qu'il devrait être un allier, dans le choix des peines, dès lors qu'il est convaincu de l'efficacité des instruments mis à sa disposition⁸⁵. En effet, le juge, gardien des libertés individuelles, garantit le respect à l'ordre public. Alors qu'il juge un accusé ou un prévenu pour des nouveaux actes commis en état de récidive, il lui garantit comme à tout Homme, le droit au procès équitable⁸⁶. Il dispose d'un droit au recours effectif, à l'accès au juge indépendant et impartial qui rend obligatoirement une décision dans un délai raisonnable. Plus précisément, il dispose de l'égalité des armes. Le juge est garant de la légalité criminelle, de la présomption d'innocence⁸⁷, de la non-rétroactivité des lois et de la proportionnalité des peines⁸⁸. Tout au long de la chaîne pénale, il garantit au suspect, prévenu ou accusé, le droit à l'intégrité physique, psychologique⁸⁹ et à la dignité humaine⁹⁰. Dans les faits, l'égalité de traitement et de moyen dans la préparation de la défense n'est pas équitable pour le récidiviste qui emprunte le parcours d'une procédure dérogatoire. L'intérêt d'étudier les instruments permet de contrôler l'effectivité de ces droits durant le procès pénal, l'exécution des peines et la réhabilitation. Sous le prisme du récidiviste, la violation des droits fondamentaux s'enracine dans l'application de critères subjectifs et objectifs des instruments. Par essence, ces instruments fondés sur des préjugés ascientifiques

⁸¹ Art. 495-7 à 495-16 du CPP.

⁸² Art 395 du CPP issue de la loi n°83-466 du 10 juin 1983.

⁸³ Art 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

⁸⁴ J-F Renucci, « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *D.* 2009, p 600.

⁸⁵ M. Herzog- Evans, « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.*2013, p 720.

⁸⁶ Art 6 §1 de la CESDH

⁸⁷ Art. Préliminaire du CPP.

⁸⁸ Art 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁸⁹ Art 2 de la CESDH.

⁹⁰ Art 3 de la CESDH.

fragilisent les frontières entre les disciplines : droit pénal, sciences criminelles, politique, médecine et sciences sociales. C'est pourquoi, la sociologie juridique éclaire particulièrement ici le sens législatif des lois et la portée des instruments. « *Le droit ne domine pas la société, il l'exprime* »⁹¹. En effet, le droit est « *fondamentalement adapté à un certain état actuel des choses, des problèmes, des rapports de force et des idées* »⁹². La sociologie juridique éclaire davantage le sujet au même titre que le droit comparé et l'histoire du droit.

8. Il ressort de l'histoire de la lutte contre la récidive, un modèle pénal français issu d'un équilibre fragile entre rétribution et utilité de la peine. La sortie du régime totalitaire⁹³, fait basculer ce modèle dans un système de tutelle et de surveillance qui n'en reste pas moins répressif et attentatoire aux libertés. L'incorrigibilité et la dangerosité du malfaiteur sont prises en considération dès l'apparition du droit Romain. Le profil du récidiviste diffère selon les époques et la dimension de la peine⁹⁴. De l'Antiquité au Moyen Age, la finalité de la peine est guidée par la notion de faute qui se traduit en droit canonique par l'amendement et la pénitence⁹⁵. Le courant humaniste apporte un caractère plus complexe à la peine. Elle a une triple fonction sanctionnatrice, dissuasive et d'amendement. En pratique, l'accent est toujours mis sur la rétribution. La peine se développe suite à l'intervention de l'Etat dans les institutions au détriment des seigneuries. Il assoit ainsi son pouvoir politique qu'il centralise par l'organisation d'une justice. Le travail législatif du XVIème siècle, s'intéresse particulièrement à l'efficacité de la peine. Puis, le prolifique siècle des Lumières, s'interroge sur le sens de la peine, ses critères et ses caractères. La société peut-elle pardonner ? Quel est le sens à donner à la peine et comment définir le pouvoir de sanction ?

Il appartient au peuple de choisir démocratiquement le choix de la répression et indirectement sa forme. « *Les lois qui devraient être des conventions faites librement entre les hommes libres, n'ont été le plus souvent que l'instrument des passions du petit nombre* »⁹⁶. La justice apaise cet élan passionnel qui rend intransigeant suivant un modèle expiatoire⁹⁷. Le juriste invente « *quelques solutions plutôt pacificatrices que justes, plutôt moins injustes que juste, afin de rendre tolérable la vie en société* »⁹⁸. La peine est calculée en fonction de la douleur et du bonheur⁹⁹. Pourtant, depuis deux siècles, seule la peine visible et exemplaire est considérée comme l'instrument le plus efficace¹⁰⁰. Elle justifie d'infliger le même degré de douleur qui répare à égalité la souffrance subie par la victime. Dans les discours politiques, cette conception purement rétributive est dépassée par la « *métapeine* »¹⁰¹. Elle élargie la fonction de la peine comme un outil de changement, au-delà de l'expiation, pour y inclure d'autres formes d'amendement comme

⁹¹ G. Martin, « Sociologie du droit », Interview du Pr F. Terre, *Le petit juriste*, mars 2013, n°21, p 12.

⁹² D. Bechillon, « La valeur anthropologique du droit, Elément pour comprendre un problème à l'envers », *RTDciv*, 1995, p835.

⁹³ A. Blanc et J. Danet, « Loi du 17 juin 1998, l'obligation de soins, 10 ans après », *AJ pénal* février 2009.

⁹⁴ V. Y. Jeanclos, « La dimension historique de la peine, 1810-2010 », *Economica*, 2013.

⁹⁵ *Ibid*, p 572.

⁹⁶ C. Beccaria, *des délits et des peines* 1764, trad française Collin De Plancy 1822, in Casamayor, Flammarion, 1979, p 46.

⁹⁷ P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, 2^{ème} éd. 2001, p 53 à 74.

⁹⁸ J. Carbonnier, « Pour une sociologie du droit sans rigueur, 1969 », *LGDJ*, 10^{ème} édition, 2001, p 490.

⁹⁹ Le panoptique de Bentham qui consacre le bonheur comme un élément du principe d'utilité de la peine en milieu carcéral.

¹⁰⁰ C. Beccaria, *Des délits et des peines...op.cit.* p46.

¹⁰¹ G. Casadomont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004, p 14.

l'insertion ou l'éducation du condamné. En effet, l'absence d'investissement humain et financier dans la formation peut empêcher le développement économique de certaines catégories sociales voir de les « déclasser »¹⁰². La concentration de richesse entre les mains d'un petit nombre a pour conséquence de confisquer les moyens de connaissance au plus grand nombre, menaçant ainsi la justice sociale. La peine, lorsqu'elle a vocation à réinsérer, doit rééquilibrer les besoins du condamné pour qu'il s'adapte aux nouvelles exigences économiques de la société du XXIème siècle.

L'infraction est un fait social et la peine une contrainte sociale extérieure¹⁰³. Le quantum de la peine varie en fonction de la gravité de l'infraction. L'incarcération est une contrainte modulable disciplinaire réalisée par le corps¹⁰⁴. Depuis le XVIIème siècle, la découverte du corps comme objet de contrôle transforme le récidiviste en cible de pouvoir. Sous la Monarchie la peine est un rituel, une cérémonie de la souveraineté. Après la Révolution française, l'homme est un sujet de droit civil, pénal et fiscal qui ne peut plus être marqué ou subir des châtiments corporels. Puis, l'incarcération devient une technique coercitive de dressage du corps qui modifie les habitudes comportementales de l'homme sociabilisé. Elle se double d'une manipulation de l'esprit. La peine de prison constitue une mesure particulière en raison de ses rapports de soumission sur le corps de la même manière que le bracelet électronique¹⁰⁵. Le PSE est un instrument moderne qui transpose cette contrainte corporelle par le port d'un bracelet à la cheville. Le détenu est hors les murs de la prison, nonobstant son placement sous écrou. L'homme est dépossédé de l'usage normal de son corps. Le boulet du bagnard se modernise par une « e-peine »¹⁰⁶ qui adapte le comportement physique et social du condamné pour servir le « *microphysique du pouvoir* »¹⁰⁷. Le PSE limite la liberté d'aller et de venir et le droit naturel à disposer de son intégrité physique. La surveillance s'étend sur le corps parce qu'elle a perdu en proximité physique avec le détenu¹⁰⁸. D'une société souveraine qui condamne à mort et qui incarcère, jailli une société disciplinaire du contrôle électronique dont la portée utilitaire interroge. La prévention de la récidive sort des chemins de la rétribution pour surveiller dans un but préventif sans pour autant répondre aux besoins à l'origine du passage à l'acte.

9. La consécration de la récidive légale est tardive dans l'histoire du droit. La récidive existait sous le droit Romain dans des textes épars, sans lui accorder d'une réelle autonomie conceptuelle. Ce sujet attisait la curiosité des philosophes puis plus tard des écoles doctrinales des Utilitaristes, des Positivistes italiens et de la Défense sociale nouvelle¹⁰⁹. De l'antiquité au Moyen Age, la répression se focalise particulièrement contre les « *attentats à l'omnipotence de la cité, à son organisation religieuse et politique* »¹¹⁰. La répression ne s'adresse pas qu'aux délinquants d'habitude. Les hommes de loi, les avocats de mauvaise foi et le citoyen corrompu sont violemment réprimandés. Concernant l'incorrigible, il est rendu inoffensif. La peine de mort est requise à partir de la deuxième récidive. Le droit antique ignore l'existence juridique du criminel de profession. A cette période il est un pirate, un mercenaire auxquels il est fait la guerre.

¹⁰² T. Piketty, *Le capital au XIXème siècle*, Seuil, 2013, p 50.

¹⁰³ E. Durkheim, *Règle de la méthode sociologique*, 1855, PUF, 20^{ème} éd. 1981, p11 et s.

¹⁰⁴ M.Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1997.

¹⁰⁵ G. Casadomont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste ...op.cit.* p 33.

¹⁰⁶ Ibid., p 34.

¹⁰⁷ Ibid.,p 34.

¹⁰⁸ G. Deleuze, *Pourparlers 1972-1990*, Paris minuit, 1990, p236, in *Ibid.*, p 35.

¹⁰⁹ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd. Paris, 1981.

¹¹⁰ G. Bessiere, *La loi pénale et les délinquants ...op.cit.* p55.

Quelques textes Justinien prévoient la récidive de vol¹¹¹. « *Ce n'est pas à la grandeur du vol qu'on ait égard en punissant un délinquant plus qu'un autre ; mais à ce que l'un est peut être susceptible de guérison, tandis qu'il faut désespérer de l'autre* »¹¹². Le récidiviste est exclu par l'exil et privé de liens sociaux et familiaux, sans eau ni feu¹¹³. Il est abandonné à lui-même, sans moyen de subsistance. Pour ces condamnés, le retour à la civilisation est compromis car leur guérison est impossible. La frontière entre corrigibilité et incorrigibilité est fine.

Au Moyen-Age, des bandes inoccupées après des mois d'expédition pillent et incendient les villages. Des ordonnances Royales répriment ponctuellement ces agissements. La Caroline, prévoit pour la première fois une échelle de peines mutilantes jusqu'à la pendaison pour la récidive de vol. L'incorrigibilité devient le critère d'application des peines en matière de récidive dès la connaissance d'anciennes condamnations, visibles par le marquage physique. Pour la première fois, la loi du 27 mai 1885 crée une peine complémentaire de relégation pour le récidiviste¹¹⁴. Contrevenant au principe *non bis in idem*, le récidiviste subit deux peines. Après avoir purgé sa peine en métropole, il est relégué par déportation dans les colonies françaises pour y effectuer des travaux forcés à temps ou à perpétuité. Les relégués sont observés et classifiés selon des caractères physiques et psychiques. L'objectif de la recherche concerne l'identification des facteurs endogènes et exogènes du passage à l'acte. Néanmoins, la classification préjuge à partir de caractères physiques, plus qu'elle ne détermine les raisons du passage à l'acte. Elle catalogue une population de miséreux, classifiés selon leur degré d'aliénation. Pourtant, ce fichage trouve des explications au phénomène et justifie une répression accrue et inhumaine dans un premier temps. Elle constitue la première base d'une discrimination qui scelle le destin du délinquant dans la catégorie pénale du récidiviste.

10. Les présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité, sont consacrées à travers les critères d'application des ILCR. La présomption est un « *mode de raisonnement juridique en vertu duquel de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé. La présomption est dite de l'homme ou du juge lorsque le magistrat tient lui-même et en toute liberté ce raisonnement par induction, pour un cas particulier ; elle n'est admise que lorsque la preuve par témoin est autorisée* »¹¹⁵. La présomption d'incorrigibilité du récidiviste est une présomption de culpabilité qui viole le droit au procès équitable. Il existe une double présomption, subjective qui anime l'esprit du juge qui relève l'état de récidive pour punir fermement et une présomption objective qui aggrave automatiquement la peine normalement prévue pour l'infraction jugée. Il n'entre plus dans la catégorie pénale de droit commun car il porte sur lui le fardeau de son passé qui ressurgit dans les causes de son nouvel acte. De même que la présomption d'incorrigibilité se double d'un caractère dangereux. Les études sur les criminels, récidivistes, anomaux et aliénés, dévoilent le critère supposé infaillible de dangerosité. Ces êtres sont présumés dangereux en raison de leur passé criminel, de leur apparence physique ou de la gravité de leurs méfaits. Partant du postulat de présomptions de dangerosité et d'incorrigibilité, les instruments ne peuvent être qu'attentatoires aux droits de la défense, au procès équitable et à la présomption d'innocence. Ces présomptions cristallisent les politiques pénales successives dans une lutte acharnée contre le récidiviste

¹¹¹ Ibid., p 54.

¹¹² Platon, *Les lois*, Livres 12, traduction Saisset, Tome 9, p 294.

¹¹³ Fustel De Coulanges, *La cité antique*, 13 éd. p 234.

¹¹⁴ La relégation instaurée par la loi du 27 mai 1881 jusqu'en 1970.

¹¹⁵ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2012.

à travers des instruments qui détruisent des principes directeurs du droit pénal. Le poids des présomptions qui pèsent sur le récidiviste ont-elles un caractère irréfragable, l'empêchant de renverser la charge de cette preuve ?

11. L'avocat est l'interlocuteur direct du récidiviste, qu'il conseille et défend tout au long du procès pénal. Il dispose d'armes juridiques (nullité, recours) pour défendre le récidiviste. Il est la seule aide extérieure lorsque le prévenu ou l'accusé est arrêté, en détention provisoire, et tout au long du procès. Il peut recourir à l'aide de tiers pour constituer un dossier de défense. Sensibilisé à la lutte contre la récidive, l'avocat peut impulser comme dans tous les domaines, une réforme de la loi et des instruments. Ce créateur du droit positif¹¹⁶ transfère la défense d'un intérêt particulier vers celui de l'intérêt général. Son rôle pourrait être majeur dans le processus d'élaboration de la jurisprudence¹¹⁷ concernant la lutte contre la récidive comme il a été un des moteurs dans la réforme de la garde à vue¹¹⁸. En effet, il a la capacité de déclencher une stratégie judiciaire novatrice en rompant avec l'usage traditionnel du droit positif¹¹⁹. L'avocat donne une vision dynamique de la justice. Pour cela, il conçoit, dès le début de la procédure les arguments de droit qui lui permettront, le cas échéant, de soutenir ces recours, jusque devant la Cour européenne des droits de l'Homme (exception de nullité, contestation de qualification, atteinte aux droits fondamentaux dont celui du procès équitable et de la présomption d'innocence)¹²⁰. C'est à lui que revient le droit de soulever des nullités de procédure¹²¹ et de poser les questions de droit au juge. La Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) introduite en 2010 est aussi une avancée importante pour les droits de la défense et le principe de légalité. Elle symbolise l'espoir pour les avocats de réformer le droit de l'intérieur. Le juge sursoit à statuer pendant que le Conseil Constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de la loi en question. Une réponse qui reste cependant conditionnée aux pouvoirs prétoriens du juge constitutionnel.

L'intervention de l'avocat est efficace dès lors qu'elle intervient au plus tôt dans la chaîne pénale. Sa présence tend à se réduire pendant la garde à vue et durant le procès, alors qu'elle est essentielle dès le début, surtout pour les récidivistes. Dès l'arrestation par l'Officier de Police Judiciaire (OPJ), le récidiviste est préjugé incorrigible ce qui détermine l'orientation de la procédure dérogatoire. La réforme de la garde à vue a fait

¹¹⁶ « *Good lawyers follow the law, great ones make it* », les bons avocats appliquent la loi, les grands la créent, F. Saint-Pierre, « Le rôle de l'avocat dans le processus d'élaboration de la jurisprudence », *AJ pénal*, mai 2013 p264.

¹¹⁷ Ibid, p262.

¹¹⁸ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. Cette réforme est en partie le résultat du travail acharné des avocats qui à l'appui de l'article 570 du CPP ont soulevé sans succès, l'inconstitutionnalité de cette procédure devant le filtre le président de la chambre criminelle de la Cour de Cassation. Puis ils ont été confrontés à la résistance de la Cour de cassation par 3 arrêts (n° 10-82.902, n° 10-82.306, n° 10-85.051) qui déclare la conventionalité de la garde à vue telle qu'elle existe dans le code de procédure pénale ; E. ALLAIN « La position de la Chambre criminelle », *AJ pénal* 2010, p479 ; puis une non-conformité décidée par le Conseil Constitutionnel (cons.const.30 juillet 2010, n°2010-14/22, J-B. Perrier, *AJ pénal* 2010, p470), puis par la CEDH (Brusco c/France, n°1466/07 du 14 octobre 2010) ; « Garde à vue : les nouvelles pratiques », *AJ pénal* 2012, 511.

¹¹⁹ Ibid, p 263.

¹²⁰ F. Saint-Pierre, « Le rôle de l'avocat ... », *chron. préc.*, p 263.

¹²¹ La chambre de l'instruction a le pouvoir d'initiative pour soulever une nullité de procédure, art. 206 du CPP, voir à ce sujet : l'interdiction des tribunaux de soulever la nullité de la procédure, Crim 6 juin 2012, n° 11-87.180 bull Crim n°146 et l'exception en cas d'incompréhension juridictionnelle, Crim 20 juillet 2011 n°10-83.763, bull Crim n° 160.

baisser leur nombre en faveur des auditions libres¹²². Les avocats sont ainsi sollicités pour des faits plus graves. Dès lors qu'il y a un risque de privation de liberté l'accès à l'avocat doit être immédiat. Une directive européenne¹²³ précise l'importance de cette participation effective à l'interrogatoire, aux confrontations, lors des identifications et reconstitutions de scène de crime¹²⁴. Le dossier, souvent inconsistant à ce stade, est accessible par l'avocat de façon limitée¹²⁵. L'essentiel des pièces réalisées pendant la garde à vue : procès-verbaux d'audition, de perquisition, de confrontations ; ne sont pas accessibles à l'avocat ce qui limite l'effectivité de son assistance¹²⁶. L'avocat mène aussi un combat pour obtenir la motivation des décisions criminelles. L'absence de justification, d'explication de la sentence est perçue comme l'exercice de l'arbitraire du juge¹²⁷. La Cour de Cassation et le Conseil Constitutionnel ont longtemps été réticents à l'exigence de motivation des décisions de la Cour d'assises¹²⁸.

12. Souvent relayée aux questions de preuve et de procédure, la présence de l'avocat ne se limite plus au prononcé de la condamnation. Il s'implique dans l'exécution et l'aménagement des peines. Il est souvent mal perçu quand il sollicite d'être présent, à côté de son client, dans la phase d'exécution des peines. Certains barreaux¹²⁹ facilitent leur contribution dans leur mise à exécution. Son rôle est accru par sa présence lors des audiences : d'aménagement de peine avec le JAP et le Juge des Libertés et de la Détention (JLD) mais aussi en garde à vue. L'avocat dispose de nombreux moyens pour défendre les intérêts de son client. Il est le défenseur privilégié et indispensable du récidiviste aux côtés d'autres acteurs d'insertion et de réinsertion. Parmi ces partenaires le Service de Probation d'Insertion Pénitentiaire (SPIP) et le Service de la Protection Judiciaire de la Jeunesse (PJJ), l'application des peines, les services médicaux et sociaux, les associations, les collectivités locales et autrefois le Patronage réservé aux mineurs¹³⁰, sans oublier le soutien de la famille. Ils tentent tous de s'accorder et de coordonner leurs actions de suivi du sortant de prison. Disposant de faibles moyens et de cultures professionnelles divergentes, le chevauchement des autorités administratives et judiciaires constitue une des principales lacunes organisationnelles dans la mise en œuvre du suivi et de la réinsertion. Certes, la lutte contre la récidive s'externalise, mais le manque de coordination compromet la dernière étape du processus de réinsertion pour accorder toutes les chances d'entériner une réhabilitation indispensable pour lutter la prévention de la récidive. Inévitablement, les instruments sortent du champ pénal pour créer des instruments extra-pénaux comme la justice restaurative. L'élargissement des anciens et des nouveaux instruments scinde la justice entre des justiciables normaux et des justiciables anormaux. La récidive est le sujet explosif qui repousse les limites de la

¹²² 51 en 2009 pour 67 en 2012, rapport de 2013 sur l'année 2012, les avocats interviennent dans 38% des GAV, n'assiste aux auditions que dans 25% des cas ; Statistiques relatives à l'année 2012, Rép min n°27325, JOAN 1^{er} oct 2013, p 10360, in D.2013 p 2342.

¹²³ Directive européenne du 7 octobre 2007.

¹²⁴ E. Allan, « L'accès à un avocat dans les procédures pénales », *AJ pénal* 2013, p 506.

¹²⁵ Cass. Crim, 18 déc.2012, n°12-85735.

¹²⁶ La présence de l'avocat ne signifie pas qu'il doit faire une demande expresse. Les enquêteurs n'ont pas l'obligation de lui remettre, « à sa demande, l'avocat peut consulter... », V : L'accès au dossier par l'avocat de la personne gardée à vue : un accès limité conditionné à une demande expresse, *AJ pénal* 2013 p 283, Obs C. Porteron.

¹²⁷ Condamnation de la France par la CEDH pour incompréhension du verdict en raison de l'imprécision de l'accusation ; *Agnelet c/ France*, n°61198/0810 du 10 janv. 2013, J-F. Renucci, *D.* 2013 p 615.

¹²⁸ Crim 15 juin 2011, n°10-80.508, bull crim n°128 et Cons Cont, 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115.

¹²⁹ Le barreau de Chalon en champagne avec le SPIP de la Marne a passé un accord pour accompagner les personnes dans l'exécution de leur peine.

¹³⁰ J. Reinach, *Les récidivistes*, Paris, 1882, p 321.

fonction du droit. Les instruments, en ce qu'ils détournent le droit pénal et accentuent les violations des droits fondamentaux, discréditent l'action politique de la défense sociale et remettent en cause le choix d'une Nation qui revendique son humanisme moderne.

Dans ces conditions, le récidiviste peut-il invoquer la responsabilité de l'administration pénitentiaire qui ne met pas tout en œuvre pour lui permettre de se responsabiliser et de se réinsérer ? Le condamné peut-il obtenir réparation du préjudice subi suite aux dysfonctionnements de l'administration pénitentiaire dans son rôle de surveillance et de réinsertion ? La Société serait complice de l'inefficacité des instruments ainsi qu'en ne fournissant pas au récidiviste les moyens de se réinsérer. La récidive est le résultat d'un parcours personnel confronté à l'échec des institutions sociabilisantes. L'école n'éduque plus, la famille ne protège plus et l'entreprise ne subvient plus aux besoins essentiels. La société de demain, accroît les inégalités de richesse en raison d'un capital financier et mobilier provenant de l'héritage et de moins en moins du travail¹³¹, en raison de l'inégalité salariale¹³². La fragilité du noyau familial accentue cette précarité favorisant le passage à l'acte. Les piliers de la Société occidentale s'effondrent au gré des crises économiques, du chômage, des divorces et d'une école inégalitaire qui ne veut pas se réformer. S'ajoute à cela, des peines qui s'aggravent, une procédure dérogatoire et une prison criminogène qui brise les personnalités plus qu'elle ne les reconstruit. L'évolution conceptuelle de la peine rétributive se déplace vers la responsabilisation par la réinsertion du condamné. Elle reste bénéfique pour la Société gardant l'aspect nécessairement punitif de la peine. Dans ces conditions, comment garantir au détenu l'autre fonction utilitaire de la peine ?

De la même manière qu'il existe des droits-libertés opposables à l'Etat, il existe aussi des droits-créances exigibles. L'Etat est obligé d'agir positivement¹³³ en mettant en œuvre tous les moyens à sa disposition. Ainsi, il pèserait une obligation de moyens renforcés pour garantir au condamné toutes les chances pour se responsabiliser. En effet, tout homme a droit à la réhabilitation. Si le condamné paye le prix de son crime à la société, cette dernière doit aller jusqu'au bout de sa logique idéologique. En échange, elle doit lui accorder un droit naturel qui consiste à garder, intégré tous les membres dans sa communauté au nom du principe d'humanité. A défaut, elle confère au système pénal le caractère hypocrite d'une législation qui crée en la personne du récidiviste un bouc émissaire. La Société est, de ce fait, complice de la défektivité et de l'inégalité des instruments qui rétribuent plus qu'ils n'amendent. Pour se défendre contre ce régime de préjugés qui punit deux fois, le condamné pourrait invoquer à l'issue de sa peine, un droit effectif à la réinsertion. Les droits de l'homme et le droit pénal, peuvent-ils garantir au condamné un droit-créance à la réhabilitation, obligeant l'Etat à mettre en œuvre des instruments efficaces qui insèrent et réinsèrent ? Pour cela, il faut préalablement s'interroger sur les moyens juridiques qui permettent au récidiviste de renverser les présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité qui pèsent sur lui. Ce droit caractérise juridiquement l'échec des paradigmes qui gouvernent la lutte contre la récidive. Le droit-créance à une réinsertion effective devrait se hisser au rang d'un droit fondamental, comme étant universel de chaque citoyen condamné vivant dans une Société démocratique, moderne et humaniste.

¹³¹ T. Piketty, *Le capital ...op. cit.*, p 49.

¹³² *Ibid.*, p 413.

¹³³ R. Pelloux, « Vrais et faux droits de l'homme, problèmes de définition et de classification », *RD publ.*, 1981, p. 54.

13. La fragilité des fondements juridiques des instruments explique la difficulté d'appliquer le régime aux récidivistes. Il s'impose une réflexion sur le changement de paradigme et l'adoption de nouveaux instruments, aux vues de leur inefficacité et des atteintes aux droits de la défense. Pour comprendre la fragilité des instruments, il faut revenir sur l'échec des paradigmes rétributifs et utilitaires qui ont concouru à créer pour les récidivistes un régime pénal autonome dérogatoire et attentatoire aux droits fondamentaux.

Les doctrines dominantes se concurrencent aux grés des aléas politiques. Les fonctions et les critères juridiques de la peine se modulent. L'apparition de la récidive, en tant que phénomène, est concomitante aux vagues d'humanisation des peines. L'adoption de mesures de sûreté, conception hybride de la peine, tente de concilier la fonction rétributive et utilitaire de la peine. La mise en concurrence ces paradigmes fait ressurgir l'existence d'une spécificité de criminels récidivistes. En effet, l'exigence structurelle indispensable au succès des instruments utilitaires, impose un temps plus long pour leur mise en place. Le retour d'expérience indispensable à toute amélioration d'un processus est ici impossible pour ces instruments utilitaires. Leur application est coupée dans leur élan par des mesures d'urgence répressives. Des crises sécuritaires déclenchent l'Etat d'urgence, obligeant la création rapide d'instruments rétributifs. Pour se débarrasser de la population gênante, les critères d'incorrigibilité et de dangerosité justifient la création d'un régime pénal autonome et dérogatoire. La relégation caractérise les dérives rétributives de la lutte contre la récidive. Le gouvernement français tire son avantage de cet instrument pénal pour repeupler ses colonies réputées très hostiles pour les métropolitains¹³⁴. Déportée, cette population de criminels relégués, est livrée à elle-même à l'issue de sa peine. Il est impossible de revenir en métropole. A leur libération ils seront les premiers ouvriers agricoles des nouvelles terres françaises. Les instruments servent les desseins d'une stratégie politique et colonialiste. L'incorrigible récidive est le bouc émissaire d'une Société qui bannit avec fermeté les insurrections et les mouvements populaires ainsi que les disparités humaines. Quand à prévenir la récidive consistera en l'étude des récidivistes par leur classification, leur fichage et leur surveillance. La dangerosité, reste une notion controversée au sein même de la psychiatrie. Elle est le critère de la relégation puis des mesures de sûreté. Ces présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité sont consacrent le paradigme rétributif du régime pénal des récidivistes. Le retour des peines répressives au XXIème siècle (peines planchers, rétention de sûreté) s'explique par l'élargissement continu du champ d'application des instruments. L'état de récidive est relevé par anticipation. Le récidiviste est surveillé pour une durée indéterminée. Ses peines sont alourdies et leurs aménagements très limités. Echappée à cette sévérité, nécessite le déploiement d'une défense efficace qui renverse la présomption d'incorrigibilité et de dangerosité. Il s'agit d'un réel défi face à une réponse pénale qui se déjudiciarise et se dérègle. Les pouvoirs du Parquet sont renforcés. Le procureur négocie les aveux contre des peines moins sévères, alors que certaines fixe le premier ou le nouveau terme d'une récidive légale. Cette autorité judiciaire dépendante des instructions générales du Ministère de la Justice est le bras armé d'une répression centralisée. Les alternatives aux poursuites ne consistent pas à adoucir la peine des récidivistes mais plutôt à éviter un jugement équitable dans un souci de célérité et de désengorgement des tribunaux. Les préjugés sont consacrés en droit par un régime dérogatoire de présomptions de culpabilité. Que ce soit les fondements idéologiques ou les conditions d'application élargies du régime, les instruments reposent sur des critères

¹³⁴ J. Reinach, *Les récidivistes*, Paris, 1882, p 112.

objectifs et subjectifs qui expliquent leur échec et les atteintes aux droits de la défense (**PARTIE 1**).

Le régime pénal des récidivistes, fondé sur des présomptions, élargit son champ d'application ce qui induit une insécurité juridique dans un domaine où les libertés individuelles sont fondamentales. En conséquence, la mise en œuvre des instruments est défailante. De nouveaux instruments se développent pour combler les lacunes du droit pénal. En effet, ils sont inefficaces parce que le récidiviste n'est pas jugé mais préjugé par une justice qui emprisonne simplement sans faire l'effort de réinsérer. Ainsi les instruments servent à condamner la personnalité de l'homme et non seulement son acte. Son comportement antérieur est imputé au récidiviste au même titre que son méfait présent. Deux phases de préjugement sont mises en lumière. Concernant les multirécidivistes, les fichiers de police¹³⁵ informent l'OPJ sur l'historique judiciaire de l'interpellé. Dès lors, le compte rendu fait au procureur de la République dans les plus brefs délais, préjuge déjà de la suite procédurale de l'affaire. Rapidement déféré au Parquet, il est proposé, pour certains délits, une alternative aux poursuites. Pour les délits les plus graves, une comparution immédiate dans les heures qui suivent juge l'affaire. La standardisation et la rapidité de ce procès, déshumanisent la justice au détriment des droits de la défense. Concernant les criminels les plus dangereux, une expertise psychiatrique de la dangerosité criminelle déclare l'altération des facultés mentales durant le passage à l'acte. Elle conduit au jugement de l'irresponsabilité pénale qui sanctionne non par une peine mais par une hospitalisation d'office. Dans les autres cas si l'expertise ne préjuge du caractère incorrigible, elle prédit le risque de récidive en concluant par la dangerosité non pas psychiatrique mais criminelle, avant tout jugement. Ainsi, à tous les stades de la procédure dans le cadre d'une mesure de sûreté, le rapport de l'expert psychiatre donne un avis technique qui, normalement, ne lie pas le juge. Dans les faits, l'expertise est devenue un mode de preuve qui s'ajoute aux présomptions existantes. Il préjuge du caractère irrécupérable du délinquant ou récidiviste. La fiabilité des méthodes de diagnostic est aussi au cœur du débat. Les méthodes d'évaluation et la place de l'expert caractérisent une mise en œuvre complexe en raison du critère flou de la dangerosité, critère d'application du régime. Mal jugé et mal défendu, le récidiviste qui ne comprend pas sa sanction, poursuit un parcours prédéterminé d'infracteur dès sa sortie de l'enfer carcéral. Le système pénitentiaire n'est plus adapté à lutter contre la récidive. Il est un instrument de punition certes nécessaire, mais qui n'assume plus ses fonctions de surveillance et de réinsertion. Les réformes pénitentiaires, conjoncturelles, sont insuffisantes pour réformer l'anarchie hiérarchique et disciplinaire qui règne dans le monde pénitentiaire. Les conditions de détentions inhumaines remettent en cause le bienfondé de la prison. C'est pourquoi, l'Europe recommande aux prisons françaises d'appliquer un contrôle permanent du règlement intérieur et du droit des détenus. Alors, la labélisation des prisons symbolise l'engagement de l'Etat dans l'amélioration continue du service public de l'administration pénitentiaire, pour réduire les mauvais traitements et l'effet criminogène de la détention.

Le régime pénal des récidivistes étire au maximum les limites du droit pénal et de l'exécution des peines. Son empiètement sur les droits fondamentaux remet en cause les critères d'application des instruments. La lutte contre la récidive ouvre son horizon à d'autres méthodes. La peine de probation, récemment adoptée en France, regroupe l'ensemble des aménagements déjà existants pour l'élever au rang de peine. Toutefois,

¹³⁵ A.Bauer et C.Soullez, *Les fichiers de police et de gendarmerie*, Que sais-je ? Puf 2011, p 111 à 125.

elle a le mérite de vouloir se hisser à la même place que la peine d'emprisonnement et de s'appliquer aux récidivistes. Pourtant, sa mise en œuvre montrera qu'elle n'est qu'une pâle copie de la Probation anglo-saxonne qui met au cœur du processus de la réinsertion, la désistance¹³⁶. Si l'intention est bien celle de modifier l'angle de la lutte, sa portée risque d'être fortement compromise par le blocage des cultures professionnelles qui s'opposent et se chevauchent. La coopération des différents partenaires et l'évaluation individuelle constitue la clef de voûte d'une réinsertion réussie. Dans certains tribunaux, le JAP et le procureur organisent un suivi renforcé des anciens condamnés. Cette collaboration positive, ne repose que sur la volonté ponctuelle de certains acteurs sensibilisés aux moyens modernes de lutte contre la récidive. D'une manière plus restreinte et pour certaines infractions, la victime s'implique dans une justice restaurative. L'instauration d'un dialogue et d'une confiance entre les parties victimes et auteurs, réparent et répondent à leurs besoins. La justice restaurative répond à la crise de la pénalité. La victime ne se venge plus, elle se reconstruit. L'auteur répare et s'amende. La récidive diminue, dès lors qu'en dehors du prétoire, le temps est laissé au dialogue et à l'individualisation d'une réponse sociétale et non uniquement pénale. En se tournant vers l'avenir, la fonction rétributive de la peine est écartée en faveur d'une mise en œuvre de la responsabilisation du condamné (**PARTIE II**).

¹³⁶ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...* op.cit., n°003.41, n° 003.46, p19.

PREMIERE PARTIE :

DES FONDEMENTS FRAGILES

14. A l'origine, le récidiviste est une catégorie, non officielle, de criminels qui se détache de la criminalité ordinaire¹³⁷. D'anciens condamnés ont exécuté leur peine et sont de nouveaux condamnés par la justice pour des faits de nature différente ou similaire, ce qui constitue dans le Code Pénal en 1810, la récidive légale¹³⁸. L'image reflétée par la statistique du Compte général de l'administration de la justice criminelle est utilisée pour la première fois en 1882. Elle fait ressortir parmi la criminalité une augmentation brutale et insoupçonnée de la récidive. Ce fléau, incontrôlable, menace la sécurité nationale et la stabilité politique. Les parlementaires entament une réflexion à partir de 1880 pour contenir légalement cette population qui gangrène la société. Comme à son habitude, les lois de sécurité intérieure soulèvent les passions. A l'issue de débats houleux, la relégation des récidivistes¹³⁹ est votée. Il s'agit du premier instrument créé pour lutter contre la récidive. En 1885, la relégation vise spécifiquement l'homme récidiviste à travers une sanction pénale complémentaire qui s'ajoute à celle initialement prononcée par le juge¹⁴⁰. Il est déporté dans les colonies françaises. Victor Hugo et quelques autres députés, s'insurgent en vain contre ce traitement injuste et inhumain. Pour lutter contre la récidive, il faut s'attaquer à sa principale cause : la misère¹⁴¹. Aux grands maux, les grands moyens, il faut, dans l'urgence, arrêter l'écoulement de ce poison. En faisant cesser les effets sans en connaître les causes, le législateur pose les premières pierres de l'édification du régime pénal des récidivistes.

La genèse des discussions parlementaires, révèle un positionnement idéologique chargé de préjugés ne reposant sur aucun fondement scientifique. C'est pourquoi, l'incorrigibilité et la dangerosité du récidiviste sont légalement consacrées comme les principaux critères juridiques. Ils sont les réponses émanant de la science de la fin du XIX^{ème} siècle dont les instruments actuels gardent en eux ces fondements. La condamnation pour de nouveaux faits similaires signifie que le récidiviste n'a pas compris sa première peine. Cet état est énigmatique pour le législateur qui a pris l'habitude d'appréhender la récidive comme une maladie. Le terme récidive est emprunté au vocabulaire médical à partir de 1560¹⁴². Issu du latin *recidivus*, il signifie la rechute, la répétition et l'échec du traitement. Il exprime la réapparition d'une maladie pour des causes inconnues. Nonobstant les avancées de la recherche médicale, fondée sur l'objectivité du fait scientifique, il est délicat, dans le respect des droits de l'homme, d'opérer un transfert de conception entre la science médicale et les sciences juridiques. Les paradigmes du droit pénal, nécessitent une part d'objectivité dans le jugement et de subjectivité dans l'individualisation de la peine.

15. Le récidiviste, serait donc atteint d'une pathologie intrinsèque, déduite de son parcours judiciaire, le rendant dangereux. Il est ankylosé dans la spirale stigmatisante de la récidive. Si les contours du phénomène de la récidive sont flous et subjectifs, les

¹³⁷ J.P. Allinne, M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.* p15, note n°12.

¹³⁸ Annexe 1 : Article 56 à 58 du Code pénal de 1810, Chapitre IV : Des peines de la récidive pour crimes et délits.

¹³⁹ Loi sur la relégation des récidivistes du 27 mai 1885.

¹⁴⁰ J.P. Allinne, M. Soula, *Les récidivistes...*op.cit.,p. 13s.

¹⁴¹ V. HUGO, *Œuvres complètes...*op.cit..

¹⁴² A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p.54.

conditions d'application de la récidive légale, sont clairement objectivisés par une classification et des quantum de peine. Les préjugés ont forgé l'existence juridique d'un régime sévère et dérogatoire. C'est pourquoi, le législateur consacre des critères juridiques pour autonomiser le régime pénal des récidivistes. Le champ d'application de la peine des récidivistes ne cessera de s'élargir de 1885 à aujourd'hui. L'humanisation des peines et le recours à l'aménagement de peines touchera progressivement la condition des récidivistes. L'appréciation souveraine du juge tient un rôle de plus en plus important dans le choix des poursuites et l'application des peines. Quels sont les fondements et le cheminement des présomptions qui perdurent encore dans les instruments actuels ? Quelles sont les raisons idéologiques de leurs échecs ? Comment les présomptions de dangerosité et d'incorrigibilité ont conditionné la création d'un régime autonome qui ne cesse de s'étendre ?

16. Depuis quelques décennies, la France prend du retard dans la lutte contre la récidive par rapport aux autres pays européens. Ces derniers mettent en place des méthodes de réinsertion alors que la France se bat encore avec ces idéologies. Les instruments de lutte contre la récidive sont érigés au sommet d'une pyramide construite sur le sol mouvant des préjugés devenant des présomptions. Cette perception sociale du condamné est inscrite dans les fondements religieux, culturels puis juridiques. A l'origine, seule la rétribution sanctionne et dissuade. Les peines humanistes, n'abandonnent pas pour autant la fermeté de la sanction. Elle tente d'y ajouter une dimension utilitaire. Le mouvement de la défense sociale crée des formes hybrides de mesures de sûreté, après la peine, dans le but de prévenir la récidive. L'instabilité politique empêche toute application structurelle des instruments. Le régime particulier des récidivistes sert dans un premier temps un double objectif qui s'écarte de l'amendement par la peine. En éloignant la menace du sol métropolitain, le législateur déplace aussi une population dans le but d'assurer une présence coloniale et de protéger la société contre les incorrigibles et les dangereux. La création récente d'un régime pénal autonome pour les récidivistes, se fonde sur des présomptions de dangerosité et d'incorrigibilité qui mettent en échec les paradigmes rétributifs et préventifs. Les deux principaux axes de la réponse pénale se concurrencent. Au cœur de la tourmente, la définition de la dangerosité posent une réelle difficulté. D'un critère d'application, elle est devenue un critère de prédiction qui justifie l'élargissement des peines et des mesures de sûreté aux primo-délinquants. Les principaux paradigmes s'effondrent en raison de leur incapacité à coexister au sein d'un régime récent fondé sur des critères qui n'ont pas de définition juridique (**Chapitre I**).

Les instruments mis à la disposition de la justice, que ce soit la procédure pénale, les peines, les alternatives, les mesures de sûreté et les aménagements constituent un arsenal équivoque. L'enjeu est de protéger la société tout en défendant les droits du récidiviste. Ce qui est difficile lorsqu'il dépend d'un régime dérogatoire, légalement adopté par la représentation nationale. Ce régime est-il pour autant légitime en raison de la remise en cause de ces fondements ? Il laisse peu de marge de manœuvre au magistrat pour adapter une peine utile qui préviendrait la récidive. En autonomisant le régime des récidivistes, il gagne en indépendance et légitimise ses propres règles dérogatoires qui font, certes écho aux préjugés sociaux, mais fragilisent les principes directeurs du droit pénal. En revenant sur le principe de légalité criminelle et de séparation des pouvoirs, le Parquet devient surpuissant dans la lutte contre la récidive. Il empêche toute personnification de la peine. L'élargissement du régime des récidivistes et la limitation des aménagements de peines créent une insécurité juridique pour tous les justiciables (**Chapitre II**).

CHAPITRE I :

L'ECHEC DES PARADIGMES

17. L'obsession créatrice qui entoure les instruments pénaux fragilise les fondements du droit pénal édifié pour garantir les droits et les libertés des citoyens. Cette obsession s'explique par l'existence d'idéologies politiques, sociales et scientifiques antagonistes. Le processus de construction récent du régime pénal des récidivistes, soulève des interrogations quant aux caractéristiques de ses fondements doctrinaux.

Les instruments sont divers et variés. Ils sont issus de pensées et de préjugés culturels et religieux qui entourent l'existence du récidiviste et non de l'homme en tant que tel. La peine de mort est justifiée par la nécessité d'une vengeance punitive, exemplaire et dissuasive. Les sociétés modernes ont rompu avec cette image inhumaine de la sanction pénale. Elles adoptent des peines utiles et préventives pour encourager l'amendement du condamné. Le juge apprécie les circonstances et individualise la peine. En ce qui concerne le récidiviste quelle que soit la doctrine dominante, ses peines sont aggravées car la réitération est considérée comme un fait grave. Pourtant, les paradigmes qui fondent le régime pénal des récidivistes, opposent leurs méthodes sur la portée de la peine qui rétribue l'acte passé ou utilitaire. Le traitement de la récidive diffère donc, selon qu'il émane d'une idéologie répressive ou préventive. Ces deux paradigmes s'opposent quant à leurs caractéristiques et leurs objectifs. Après une tentative de conciliation par la création de mesures de sûreté, la rétribution s'impose toujours comme le dernier rempart à la récidive. La bataille des doctrines poussent encore les limites des droits de la défense pour justifier une lutte effrénée contre la récidive (**Section I**).

Les crises sécuritaires et les aléas politiques ont favorisé une mouvance et une incohérence dans l'application des instruments. L'humanisation des peines est freinée par une réponse urgente et sévère contre les mouvements populaires. Les pouvoirs individualisation du juge sont réduits, créant une insécurité juridique. L'application du régime nécessite au préalable l'exigence de définition et de critère juridique en accord avec le principe de légalité criminelle. Pour cela, il faut identifier, définir et classer, non pas la récidive mais le récidiviste. En effet, il est un bouc émissaire dont l'existence doit d'abord être officialisée pour ensuite définir juridiquement des critères d'application des peines. La compréhension du phénomène de la récidive commence par la catégorisation du récidiviste puis l'autonomisation d'un régime dérogatoire. La dangerosité présumée, et son officialisation juridique par le traitement informationnel, légitiment l'obsession créatrice d'instruments. En effet, la société pardonne difficilement à celui qui a fauté au

risque de décrédibiliser la norme pénale¹⁴³. L'échec des paradigmes s'explique d'une part dans l'identification récente et opportune d'une catégorie pénale de récidivistes, et d'autre part dans l'incertitude du critère juridique de la dangerosité (**Section II**).

Section1. Des paradigmes concurrencés

18. Plusieurs écoles de pensées, (utilitariste, positiviste, défense sociale), ont apporté leurs fondements théoriques au sens de la peine. A défaut de lister chacun de leurs arguments, il est dégagé deux axes de lecture pouvant les classer selon qu'elles défendent une peine rétributive ou préventive contre le récidiviste. L'intérêt est de comprendre comment les doctrines construisent les fondements anciens et nouveaux du régime juridique des récidivistes. La rétribution et l'utilitarisme à but préventif se dressent comme des ennemis idéologiques incarnés par des Ecoles doctrinales dont les politiques font encore écho aujourd'hui. Quelles sont les caractéristiques des paradigmes préventifs et rétributifs qui fondent l'idéologie contemporaine de la lutte contre la récidive ?
19. Pour comprendre les hésitations qui parcourent l'histoire de la lutte contre la récidive, il convient d'étudier les critères objectifs et subjectifs sur lesquels reposent les instruments. D'une part, la peine rétributive est pensée comme un rempart contre la récidive par l'élimination physique puis géographique du récidiviste (**I**). D'autre part, le développement des peines utilitaires et la tentative d'imbrication des principes préventifs conduit à l'incohérence des instruments. Le dogme de la prévention dépasse l'utilité par la création de mesure de sûreté. Cet instrument hybride qui n'est pas une peine, protège d'abord la société en surveillant le condamné dangereux après sa peine pour l'empêcher de récidiver. Dans ce cadre, la rétention de sûreté¹⁴⁴, qualifiée de « *peine de mort lente* »¹⁴⁵, est une mesure de défense sociale préventive dotée d'une forte connotation rétributive qui bouscule les limites du droit pénal et des idéologies. C'est pourquoi, à travers l'étude de la dangerosité est révélée l'impossibilité de définir juridiquement avec objectivité la prédiction de la récidive. En conséquence, la fragilité des fondements utilitaires et préventifs a ouvert une brèche dans le développement du phénomène de la récidive (**II**).

I. Des peines rétributives

20. L'après-seconde guerre mondiale est marquée par un courant pénal humaniste. La plus grande victoire de ce mouvement est l'abolition de la peine de mort en 1981. Il consacre un adoucissement des peines rétributives. Cependant, le législateur continue à prôner la fermeté par la neutralisation du récidiviste en renforçant l'effectivité des peines de prison. L'automatisation du quantum des peines planchers rend la peine plus sûre et effective. La peine rétributive n'est plus en adéquation avec les principes démocratiques et républicains

¹⁴³ C. Gatto, *Le pardon en droit pénal...op.cit.*

¹⁴⁴ La rétention de sûreté est soumise à un projet d'abrogation voir à ce sujet : Peines planchers et rétention de sûreté : C. Taubira confirme l'abrogation, *Le Parisien*, 19 mars 2013 et Les gouvernements précédents ont empilé les textes de loi, C. Taubira Garde des Sceaux, *Le Parisien*, le 22 juin 2012.

¹⁴⁵ R. Badinter dénonce le projet de loi sur la rétention de sûreté des pédophiles, *Le nouvel Observateur*, 13 juin 2008.

de la Vème République¹⁴⁶. Elle est relativisée tout en restant une forme moderne de sanction. Quels sont les critères de la peine rétributive qui s'adaptent encore aujourd'hui aux libertés et aux droits fondamentaux pour être appliqués? Les peines rétributives sont le résultat d'un choix politique de société. Pourtant, leur adaptation aux principes humanistes est un échec. Encore aujourd'hui, les peines planchers et la rétention de sûreté, instruments purement punitifs, freinent la réinsertion du récidiviste. L'ingérence donnée à la victime dans le procès pénal témoigne de l'absence de bonne foi dans la mise à exécution des peines. Les fondements sont abordés sous l'angle de l'élimination du primo-délinquant en raison d'une efficacité incontestable contre la récidive. L'étude des caractéristiques de la peine rétributive permet de repérer dans le droit positif celles qui perdurent. A l'origine, la rétribution est le symbole d'une justice impitoyable qui canalise la foule pour assurer la stabilité du pouvoir. La politique instrumentalise ainsi le rôle de la victime pour contrôler le juge et diviser la société. Le postulat de départ est celui de l'éradication du récidive par l'élimination du primo délinquant (**A**). Aujourd'hui, les vestiges de la rétribution persistent à travers la place accrue de la victime dans le procès pénal. Son rôle caractérise la portée vengeresse de la peine. La victime usurpe légitimement le pouvoir du juge grâce à un statut de partie civile qui influence jusque dans l'exécution des peines (**B**).

A. Un primo-délinquant éliminé

21. La peine de mort et le châtement corporel réduisent par nature la récidive. Le blasphémateur, à la langue coupée, ne peut plus nuire à autrui par sa parole malveillante. Il est puni par là où il a péché. Le sens de la peine est ici purement et simplement punitif. La rétribution s'accompagne du champ sémantique de la souffrance. Elle rompt avec les notions contemporaines d'utilité, de prévention par le contrôle et la contrainte¹⁴⁷. L'intérêt d'étudier les fondements qui caractérisent cette peine permet de comprendre ce qui motive une société qui n'est pas encline à pardonner. Une réflexion sur la peine de mort permet de comprendre le mécanisme d'exclusion du primo-délinquant qui sert de fondements aux nouveaux instruments de lutte contre la récidive telle que la rétention de sûreté s'apparentant à une peine de mort lente. Le condamné paye le prix fort de son méfait (**a**), par un mécanisme primitif de vengeance légitime réalisé par la collectivité au nom de la victime (**b**). En effet, l'expiation du condamné (**c**) ne peut s'obtenir qu'à travers un châtement suffisamment atroce et exemplaire pour dissuader et prévenir la récidive (**d**).

a. Un paradigme rétributif

22. Sous le régime de l'Empire, le droit Romain punit sévèrement le délinquant et le criminel. Il est éliminé physiquement et socialement par le bannissement pour exclure tout risque de récidive dans la société. Chaque condamné porte en lui le risque de récidive. Ayant déjà franchi la limite du bien et du mal, il est susceptible menacer l'ordre public en réitérant son acte. La sévérité du châtement s'explique par le droit de punir qui varie selon les époques et les sociétés. A l'origine, l'idée de rétribution définit la peine comme une

¹⁴⁶ Constitution française du 5 octobre 1958.

¹⁴⁷ J. Johannes, entretien avec A. Garapon, La lumineuse leçon d'Antoine Garapon, Le monde, 18 juin 2014.

sanction répressive. Elle est donnée en échange d'une infraction. « *Punir c'est toujours rétribuer* »¹⁴⁸. La rétribution est une des caractéristiques inhérente à la peine. A certaines époques elle fut la seule. La peine est l'instrument le plus caractéristique de la rétribution en ce qu'elle traduit parfaitement la réprobation publique. La rétribution signifie littéralement attribuer en retour. Elle sera donnée en échange d'un crime¹⁴⁹. Tournée vers le passé, elle est purement répressive. Un blâme ou une censure est donnée en échange de ce qui est reçu. Cela s'adresse à l'auteur responsable, à la victime du méfait ainsi qu'à l'acte du délinquant à travers la reconnaissance du méfait¹⁵⁰. Cette peine se manifeste par un traitement pénible et rigoureux comme la peine de mort et les châtiments corporels. La théorie classique de la rétribution, ou rétributivisme exige un haut niveau de sévérité des peines employées dans l'unique but de punir le délinquant et de canaliser le reste de la société en montrant l'exemple par la terreur.

23. Le rétributivisme se compose de deux conceptions, l'une légaliste et l'autre moraliste. Le rétributivisme légaliste consiste à punir la violation d'une règle quelle que soit la responsabilité morale du condamné. L'acte illégal du malfaiteur qui est réprimé. Quant au rétributivisme moraliste, il se caractérise par une plus grande sévérité à l'égard de l'auteur puisqu'il suffit de constater l'immoralité objective ou subjective de l'acte. La violation d'une règle morale justifie la peine. Ceci explique donc l'emprunt de la terminologie du champ lexical de la morale tel que les bienfaits, les méfaits, le mérite ou le démérite. La peine est la dette que paye le délinquant pour obtenir le pardon de la communauté. L'infraction pénale est appréhendée selon les théories de Kant uniquement sous l'angle d'une action consciente par une « *transgression délibérée* »¹⁵¹. Si le mérite est la récompense d'un acte moralement préférable alors la peine est le pendant de l'acte immoral. Elle est l'effet juridique du crime, une transgression délibérée de l'ordre moral qui s'oppose à une simple faute inconsciente. Kant illustre le rétributivisme moral par « *l'apologie de l'île abandonnée* »¹⁵². La peine du condamné doit nécessairement se poursuivre, même dans l'hypothèse d'une disparition de la société. Elle est effectuée au nom de la morale supérieure qui perdure bien au-delà de l'existence de la société civile. Il n'existe pas dans la peine une quelconque autre utilité puisqu'il s'agit uniquement de l'effet juridique du délit. La peine est obligatoire « *même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de ses membres [...] Le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes* »¹⁵³. La condamnation à une peine rétributive signifie « punir pur »¹⁵⁴ et non punir pour. La rétribution est le synonyme de la peine, elle-même est un effet juridique de l'infraction qui exige le même niveau de sévérité que le degré du méfait. Il n'y a donc pas lieu d'évoquer l'utilité de la peine. En conséquence, les notions de peine et d'utilité sont antinomiques. Au-delà de la justification morale, cette intransigeance des peines trouve aussi son explication dans le droit de vengeance privée ou publique. Ce droit est légitimement détenu par les victimes et leurs familles que la société exerce en leurs noms et pour leur compte.

¹⁴⁸ P.Poncela, *Par la peine...op.cit.*, p.59.

¹⁴⁹ M.Cusson, « Le sens de la peine ... » *chron. préc.*

¹⁵⁰ A.Von Hirsch, *Censure And Sanctions*, Oxford, Clarendon press,1993,p 9-10 cité par M. Van De Kerchove, *Sens et non-sens de la peine entre mythe et mystification*, publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009, p 163.

¹⁵¹ E. Kant, *Métaphysique des mœurs*. Doctrine du droit, trad. A. Philonenko, 2^{ème} éd, Paris, 1979 p.98.

¹⁵² Ibid., p 216.

¹⁵³ Ibid., p 216.

¹⁵⁴ P.Poncela, *Par la peine...op.cit.*, p59.

b. Une sanction vengeresse

24. La vengeance est une réaction primaire. Elle est institutionnalisée dans un statut juridique qui lui octroie des droits. La vengeance est une conception philosophique du droit de punir par la mort ou par des châtements cruels. Ce choix de société ne s'accorde plus avec les valeurs humanistes du XXIème siècle. Pourtant, le rôle grandissant de la victime dans le procès pénal garde un lien avec la conception rétributive. Elle se substitue au rôle du bourreau et l'arsenal juridique remplace la lame aiguisée de la guillotine. Le droit de punir par la vengeance légitime et légale est inhérent à la rétribution. L'Europe souhaite, alors, égaliser les droits des victimes et des parties civiles pour renforcer leur statut. Ce droit est transféré de la peine répressive à la reconnaissance d'un statut général de victime soulevant des inquiétudes quant au poids de celle-ci face aux droits de la défense. Le droit de punir est à l'origine un devoir de vengeance. Il fait payer l'auteur en rendant le mal par le mal. La vengeance est le résultat de la relation étroite entre l'offense et la riposte, c'est à dire entre le délit et la peine. L'injure est rendue par une « *contre-offense* »¹⁵⁵. La vengeance est à l'origine une prérogative de la victime ou de sa famille. Elle est devenue celle de l'Etat grâce au bras armé du procès pénal. La première manifestation du droit criminel se caractérise par l'archaïsme de la vengeance privée¹⁵⁶, première forme de réaction sociale. Qualifiée de primaire, cette réaction reste néanmoins une spécificité de l'homme. Elle transcende les générations et les sociétés. « *Tout être humain qui perd l'un des siens par le fait criminel d'un autre sent monter en lui, même s'il ne le formule pas, le désir que cet autre périsse à son tour* »¹⁵⁷. Ce réflexe instinctif a pour objectif de compenser le mal subi par la victime en infligeant en retour ce mal au coupable. Cette compensation est perçue par la partie lésée comme une forme de satisfaction immédiate. La vengeance s'organise en une justice privée, la plus connue étant la loi du Talion¹⁵⁸. Sous le droit romain elle s'organise par les familles et est dirigée par le *pater familias*. Le maître du clan, titulaire de la puissance, met à exécution la peine au sein de la famille de l'auteur. Le droit romain intègre cette coutume pour la première fois dans la loi des Douze Tables. Chaque infraction est sanctionnée par une peine. Les infractions n'étaient pas encore classées selon des critères de nature précise mais néanmoins distinguées selon leur gravité. Les faibles infractions se réparent par une composition pécuniaire appelée *poena*. Dans le cas d'un crime atroce, l'auteur est banni c'est « *l'abandon noxal* »¹⁵⁹. L'exclusion du criminel protège la société et la réputation de la famille puisque l'honneur constituait le lien social de la société romaine. En droit positif, l'honneur se rapproche de la dignité humaine reconnue par l'article 3 de la CESDH¹⁶⁰.
25. La conception la plus aboutie de la rétribution consiste dans la vengeance de mort. La peine capitale est l'exemple douteux d'une justice boiteuse qui doutera toujours si elle a bien châtié, sans erreur, les coupables, les irréductibles et les incorrigibles. La justice qui tue est aussi celle qui court après la peine de mort comme une folle obsession. Les Etats-Unis ont montré un triste exemple, en substituant des produits non homologués en raison

¹⁵⁵ R. Verdier, *Contribution de l'ethnologie ou problème de la rétribution*, Paris, PUF, 1983, p 19.

¹⁵⁶ R. Bernardini, *Droit criminel...op.cit.*, p 70 et s.

¹⁵⁷ R. Badinter, *Contre la peine de mort*, Fayard, 2008 p35.

¹⁵⁸ La Bible, le Lévitique, 24,20, éd second 21, société biblique de Genève, 2010, p 89.

¹⁵⁹ L'*abandon noxal* trouvent son origine dans le mot noxa qui signifie faute et dans celui de *nex* qui signifie meurtre ainsi que *nocere* signifiant nuire, V. aussi R. Bernardini, *Droit criminel...op.cit.* p 71.

¹⁶⁰ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 nov 1950, article 3 : interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Ratifiée par la France le 3 mai 1974. V. J-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 2012.

de la rupture de stock d'injections létales, quitte à occasionner la mort dans d'atroces souffrances¹⁶¹.

La peine de mort est la conséquence juridique de la rupture du contrat social. Elle concerne toute la société et ne serait pas une vengeance mais doit être érigée en peine exemplaire. Beccaria¹⁶² (Utilitariste Classique) considérait que « *s'il est important de montrer souvent au peuple d'épreuve du pouvoir, dès lors les supplices doivent être fréquents ; mais il faudra que les crimes le soient aussi, ce qui prouvera que la peine de mort ne fait pas toute l'impression qu'elle devrait, d'où il résulte qu'elle est en même temps inutile et nécessaire* »¹⁶³. Pour les défenseurs de la peine de mort, la vie n'est pas inaliénable, la vie du citoyen est un « *don conditionnel de l'État* »¹⁶⁴. Pour Montesquieu, la peine de mort est « *tirée de la nature des choses* »¹⁶⁵. Le siècle des lumières met ainsi en exergue le libre arbitre, la liberté et la nature au sommet de la pensée philosophique. Les pensées s'appuient sur des socles ou critères invisibles de différenciation, de similitudes ou de transformation qui évoluent selon les époques¹⁶⁶. La réflexion s'engage à partir de l'homme. Le déterminisme n'est pas reconnu dans la société du libre arbitre, de sorte que l'Homme accepte la contrepartie la peine de mort. Ce choix de société est issu du contrat social « *parce que la vie est le plus grand des biens que chacun a consenti à ce que la société ait le droit de l'ôter à celui qui l'ôterait aux autres* »¹⁶⁷. Cependant, il est intéressant de s'interroger sur la portée qui doit être donnée à une peine de mort « *inutile et nécessaire sinon l'attacher sans l'abolir* »¹⁶⁸. La peine de mort est une « *étrange loi, en vérité, qui connaît le meurtre qu'elle entraîne et ignorera toujours celui qu'elle empêche* »¹⁶⁹. Elle est une vengeance qui sanctionne sans prévenir. La justice orchestre le choix d'une société passive qui ne régénère pas les êtres perdus mais les expie publiquement par des peines inhumaines et atroces¹⁷⁰. La société est responsable et complice de la construction du « *criminel qu'elle mérite* »¹⁷¹. Cette complicité provient de la compassion envers les potentielles victimes. Elle aide à trouver une satisfaction dans l'exécution d'une peine à la hauteur de leurs attentes. La société condamne les plus fragiles qui n'ont pas pu ou su s'adapter aux codes et aux valeurs de la société. Cette population en lutte avec la précarité, cumule souvent des maladies psychiatriques et autres formes d'addictions. Une responsabilité sociétale se dessine lorsqu'une nation punit fermement et de manière disproportionnée ceux qu'elle exclut à travers des institutions fragilisées (éducation, travail, soin). Le fléau de l'alcoolisme, par exemple, était entretenu dans certaines régions, pour des raisons économiques. Il peut être révoltant de constater que « *le droit de les punir soit donné à ceux-là mêmes qui subventionnent la*

¹⁶¹ Ruptures de stock des produits homologués pour réaliser l'injection létale aux Etats-Unis. Test sur les condamnés à mort des produits sans garantie d'efficacité provoquant leur lente et douloureuse agonie, V. Condamnation à mort de J.Wood ; I.Bouchareb, Etats-Unis : Quand la peine devient torture, nouvelobs.com, 24.07.2014.

¹⁶² V. à ce sujet C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Droz, 1965.

¹⁶³ A. Koestler et A. Camus, *Réflexion sur la peine capitale*, Gallimard, 2002, réédition de 1957, p161.

¹⁶⁴ Rousseau *in* Ibid., p 202.

¹⁶⁵ V. Montesquieu (C.-L de Secondat, Baron), *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, *in* Œuvres complètes, Gallimard, Vol2, 1951.

¹⁶⁶ V., M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, 1990.

¹⁶⁷ Diderot *in* A. Koestler et A. Camus, *Réflexion sur ...op.cit.*, p 202.

¹⁶⁸ Ibid., p162

¹⁶⁹ Ibid., p162.

¹⁷⁰ Ibid., p172.

¹⁷¹ Ibid., p 173.

betterave plutôt que la construction »¹⁷². Dans le même esprit d'incohérence, les travaux forcés seront comparés au « *conservatoire du crime* »¹⁷³.

26. Une justice fondée sur des représailles place naturellement la victime au centre de la procédure pénale ce qui alimente les châtements disproportionnés. Ainsi, la sévérité de la justice est tributaire de la place importante donnée à la victime. Pourtant, une justice aveuglée par la souffrance des victimes perd en crédibilité. Les chefs de famille transfèrent progressivement leurs prérogatives à l'Etat, passant ainsi d'une justice privée à une justice publique qui juge au nom de la République Française. La vengeance se traduit aussi par la place des droits octroyés aux victimes dans le procès pénal¹⁷⁴ (droit à l'information, constitution de partie civile, action publique, recours). La victime a gagné son combat pour la reconnaissance d'un statut. Les associations¹⁷⁵ énumérées par les textes¹⁷⁶ sont autorisées à se constituer partie civile. Une centaine de structures juridiques indépendantes accueillent gratuitement toutes les victimes. Elles assistent et aident la victime avec leur accord dans les procédures pour obtenir réparation quel que soit la nature de l'infraction qu'elles ont subies (violence physique, viol, pédophilie, atteintes aux biens, vol, escroquerie). Elles sont regroupées en réseau et coordonnées par l'institut national d'aide aux victimes et de médiation (INAVEM)¹⁷⁷ qui homogénéise la mise en œuvre de leurs actions, tel l'exemple d'un code de déontologie et un guide de bonne pratique pour la mise en œuvre de médiation afin de gérer efficacement les conflits entre victimes et auteurs présumés¹⁷⁸. La victime bénéficie du soutien financier de fonds de garanties prévus ainsi qu'une harmonisation européenne de leur protection¹⁷⁹.
27. Les revendications et l'émotion des victimes s'entendent dans les médias. Les faits divers, mettant en cause des récidivistes, modifient les préjugés d'une société qui prend l'habitude d'exprimer sa colère dans les urnes. Le poids des victimes implique le retour d'une justice qui punit plus qu'elle ne réinsère. L'ingérence de la victime dans la procédure pénale et l'érosion des droits de la défense depuis le retour des peines planchers et la création de la rétention de sûreté sont des signes avant-coureurs d'une résurgence de la vindicte populaire qui punit plus qu'elle ne prévient la récidive. La sévérité des peines reflète le caractère d'une société qui ne sait ni éduquer ni punir. La réclusion criminelle à perpétuité s'est substituée à la peine de mort. Elle se limite à une période de sûreté de trente ans. Il n'existe plus dans l'arsenal pénal de moyen d'exclure définitivement un criminel de la société, à l'exception de la rétention de sûreté pouvant être perpétuelle. La victime transfère ses exigences à travers de nouveaux droits pour que le maximum de la peine soit prononcée.

¹⁷² Albert Camus rappelle que la France est le premier consommateur d'alcool. « 60 % des crimes trouvent leur genèse dans l'alcool. 30 % des prisons regroupent des alcooliques. Une responsabilité poussée à l'extrême dans les causes mêmes de la criminalité. » « Quand l'État sème l'alcool, il ne peut s'étonner de récolter le crime », Ibid., p 173 et 174.

¹⁷³ A. Camus *in* une enquête du Figaro, 1952, *in Ibid.*, p173.

¹⁷⁴ V. supra.

¹⁷⁵ Notamment Art 2-1 (discrimination sur l'origine nationale, ethnique, raciale, ou religieuse) art 2-2 (associations luttant contre les violences sexuelles et violence exercées sur un membre de la famille) art.2-3 (enfant en danger et victime de toute forme de maltraitance) du CPP.

¹⁷⁶ Art 2-1 à 2-21 du CPP.

¹⁷⁷ Code de déontologie de la médiation pénale de l'INAVEM, www.inavem.org.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ V. supra.

Les politiques sécuritaires et la tolérance zéro¹⁸⁰ ont orienté le droit pénal vers une répression accrue des récidivistes (peines planchers) et des personnes présentant une certaine dangerosité (rétention de sûreté). Il s'agit pour la société du début du XXIème siècle de montrer l'exemple par des peines expiatoire dont l'enfermement redevient au centre de la punition. La peine rétributive n'a de signification que si elle est exemplaire et expiatoire pour assouvir le droit de punir et d'obtenir une réparation coûte que coûte.

c. Une peine expiatrice

28. La peine rétributive a pour première finalité l'expiation du coupable. Elle est la conséquence de la vengeance. Expiation consiste à subir un châtement dont la souffrance ressentie découle de l'acte coupable. L'étymologique du mot peine issue du grec *poine* et du latin *poena* désigne le prix du meurtre, le prix du sang. La vengeance se traduit par l'expiation telle une « *rançon destinée à racheter le meurtre* »¹⁸¹, obtenue par un châtement afflictif et humiliant. L'expiation est la souffrance ressentie par le condamné tout au long de sa peine en échange du mal qu'il a procuré à sa victime. « *La peine s'inscrit dans une relation de souillure à purification qui appartient à l'ordre du sacré* »¹⁸². La société blâme la mauvaise conduite du condamné et double le caractère expiatoire de la peine par une stigmatisation morale. La peine est si forte qu'elle en devient inhumaine, voire injuste, comme la peine de mort. « *L'angoisse de la torture, la solitude et la captivité, les approches et le spectre de la mort violente ont été des expériences communes aux Européens de notre génération* »¹⁸³. Dans la France de l'après-guerre naît une résistance efficace contre la peine de mort qui reste « *la plus grave injustice et la plus odieuse atteinte qui puisse être portée aux hommes* »¹⁸⁴. « *Loin de réparer l'offense faite au corps social elle ajoute une nouvelle souillure à la première* »¹⁸⁵. Pour Camus, l'injustice de la peine de mort horrifie et éloigne plus la société de la paix que de l'ordre de l'honnête homme.
29. La peine expiatoire est, durant la majeure partie de son histoire, contraire aux droits de l'homme ainsi qu'aux croyances religieuses. Ces dernières nuancent la finalité expiatrice de la peine. Le Catholicisme veut obtenir à travers la peine l'amendement, le pardon et la miséricorde du condamné. Ainsi, une portée humaniste est donnée à la peine rétributive. L'amendement suppose la prise en compte de critères subjectifs dans le prononcé de la peine. Il implique d'entrer dans l'histoire du condamné, dans sa conscience voire son subconscient. La formulation de ses regrets, la compréhension du jugement et son désir d'abandonner le chemin de la disgrâce sont les signes de la miséricorde accordée par l'Eglise. L'amendement est le chemin vers la sortie de la délinquance. Aujourd'hui le terme laïc de désistance signifie le renoncement effectif à la récidive¹⁸⁶. Les aumôniers dans les prisons pour hommes et les surveillantes religieuses dans les prisons pour femmes avaient pour mission d'obtenir l'expiation et le repentir du condamné. Le

¹⁸⁰ M. Haravon, « Tolérance zéro: où est le tout carcéral en Angleterre et aux Etats-Unis ? », D.2013, p 2235.

¹⁸¹ V. Magnier et M. Lacroix, *Dictionnaire grec-français*, Paris, Belin, S. D., p 1478., in M. Van De Kerchove, Sens et non-sens ...*op.cit.*, p 17.

¹⁸² P. Poncela, *Droit de la peine...op.cit.*, p61.

¹⁸³ A. Koestler et A. Camus, *Réflexion ...op.cit.*, p 30.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p 30.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p 144.

¹⁸⁶ V. M. Mohammed, dir. *Les sorties de délinquance...op.cit.*,

condamné se lavait de ses péchés pour espérer franchir les portes du paradis lors du jugement dernier. La religion catholique exerçait à ce titre une forte influence dans l'exécution des peines jusqu'au XIX^{ème} siècle. L'expiation du crime ou du délit est donc une notion floue, dépendante de la foi de l'homme et conditionnée à sa volonté d'entamer un voyage introspectif. Concrètement, l'expiation s'apparente plus ici au symbole de l'effacement du mal qu'à une réparation matérielle. Il devra prouver ultérieurement qu'il s'est réinséré. La dimension rédemptrice de l'expiation conçue par le droit canonique sera réinvestie dans les réflexions utilitaires et préventives des peines de l'Ecole utilitariste. L'Eglise aura une influence dans l'évolution des mentalités concernant la capacité de relèvement du condamné, preuve que « *l'adoucissement de la pénalité est un grand et sérieux progrès* »¹⁸⁷. Faire un pas de plus dans la civilisation consacre « *l'inviolabilité de la vie humaine* »¹⁸⁸. « *Partout où la peine de mort est prodiguée, la barbarie domine ; partout où la peine de mort est rare, la civilisation règne* »¹⁸⁹. Au XVII^{ème} siècle les tortures sont supprimées et en 1981 la peine de mort est abolie.

Le double sens apporté à l'expiation du criminel soulève la difficulté de concilier les critères objectifs et subjectifs de la peine. Si l'amendement suggère l'adaptation d'une peine utile basée sur la subjectivité d'un jugement individualisé, l'expiation, au sens strict du terme, se contente d'une application objective de la loi. Cette discorde n'est pas ancienne et ressurgie à chaque nouvelle réforme pénale comme récemment avec la loi du 15 août 2014¹⁹⁰ qui abroge les peines planchers¹⁹¹, aménage une liberté sous contrainte (LSC) et créer une nouvelle peine de contrainte pénale¹⁹².

d. Une peine exemplaire

30. L'exemplarité de la peine ressort du mode d'exécution spectaculaire qui s'adresse directement aux peurs des citoyens. La question est de savoir quelle peine peut être suffisamment exemplaire pour dissuader le crime tout en respectant les valeurs supérieures des droits de l'homme ?
31. L'enfermement a remplacé la peine de mort comme sanction ultime. Le droit à la vie reste une valeur absolue et inviolable. Cependant, la prison ne semble pas être une peine exemplaire au regard des chiffres de la récidive suite à une incarcération. A l'ère du lien social virtuel, les valeurs supérieures de la société sont-elles en train de changer, supplantant ainsi les instruments traditionnels de lutte contre la récidive? Les caractéristiques des peines exemplaires traditionnelles sont dépassées. Pourtant, elles resurgissent dans de nouveaux instruments de lutte contre la récidive impliquant la défense des droits de l'homme. L'étude des peines rétributives passées et actuelles remet en cause leur portée exemplaire telles que la peine de mort, la prison, le PSE et la rétention de sûreté.

¹⁸⁷ V.Hugo, *Œuvres complètes ...op.cit.*, p 79.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p79.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p 79.

¹⁹⁰ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales: contrainte pénale.

¹⁹¹ Art. 131-3 et 131-4-1 du CP et 713-42 à 48 du CPP, issu des art.19 à 23 de la loi du 15 août 2014.

¹⁹² Art.7 de la loi du 15 août abroge les art.132-18-1, 132-19-1 et 132-19-2 du CPP.

32. L'intimidation est systématiquement recherchée dans la peine à travers l'atrocité de la sentence, quelle que soit la forme qu'elle prend : par le spectaculaire (déportation, guillotine en publique), la mutilation (marquage des récidivistes), l'aggravation des peines et les conditions indignes de détention (relégation, peines planchers, surpopulation carcérale) ou dans le caractère perpétuel de l'enferment (rétention de sûreté). L'atrocité des supplices et des châtements corporels n'ont de limite que l'imagination de l'homme, notamment en ce qui concerne les modes de torture (la question). Cette intimidation est adressée à la société toute entière à travers le châtement exercé contre le criminel et pour empêcher la récidive. Il ne s'agit plus uniquement de punir le condamné mais de faire peur à la société entière avec l'image du couperet de la justice. Le délinquant est mis hors d'état de nuire et le reste de la société tremble face à l'idée d'une rébellion. L'exemplarité de la peine par son intimidation a pour mission de préserver l'ordre public et de lutter contre la criminalité en général. Une justice impitoyable était considérée comme le seul moyen de préserver l'ordre public et donc la stabilité du pouvoir politique en place. Alors que sous le régime Romain de la République la peine de mort était réservée aux crimes les plus graves, sous l'Empire la liste des incriminations s'allonge. Le degré d'exemplarité des peines est proportionnel à la sévérité des peines, qui elles-mêmes, évoluent au gré des valeurs supérieures de la société. Les droits de l'Homme et du citoyen consacrent les droits naturels, reconnus par la Constitution française du 4 octobre 1958. Il s'agit du droit à la vie, du respect de l'intégrité physique, de la dignité et des libertés d'aller et de venir. Les droits créances comme le droit au travail (syndical) et les droits économiques (création de société, liberté de commerce) se rajoutent pour garantir aux citoyens l'engagement de l'Etat à ne pas exclure les membres de la société ni à le punir au-delà d'un seuil de gravité. Ainsi le catalogue des droits de l'homme s'étoffe d'après les exigences sociétales jusqu'à consacrer le droit de vivre dans un environnement sain¹⁹³. L'exemplarité de la peine se déduit aussi du caractère expiatoire de la peine. La mort rapide des coupables même si elle est douce n'est qu'une volonté imputable aux « *phrases cérémonieuses inculquées à l'opinion publique insouciant et ignorant* »¹⁹⁴. En effet, assister à une décapitation ou à une pendaison ne laisse plus indifférent le spectateur. Camus écrivait que « *quand l'imagination dort, les mots se vident de leur sens: un peuple sourd enregistre distraitemment la condamnation d'un homme. Mais qu'on montre la machine, qu'on fasse toucher le bois et le fer, entendre le bruit de la tête qui tombe, et l'imagination publique, soudain réveillée répudiera en même temps le vocabulaire et le supplice.* »¹⁹⁵. En conséquence, la peine de mort ne peut pas être exemplaire puisqu'aucune publicité n'en est faite. Pour cela il faudrait forcer le public à regarder¹⁹⁶. La nécessité de faire un exemple pour garantir le lien social et la sécurité ne suffit plus à convaincre le citoyen. Ses autres sens primaires sont sollicités comme le dégoût plutôt que la peur. En s'approchant du lieu d'exécution une autre réalité de la peine de mort se dévoile. D'un exemple effrayant brandit en place publique, elle devient une peine obscure et cachée du public. C'est ainsi que perdure son acceptation. Elle est suffisamment connue de tous pour être acceptée dans son principe par vengeance, mais pas suffisamment connue de tous dans ses détails pour être rejetée. Il s'oppose deux réalités à cette peine maquillée. Elle n'est plus exemplaire car elle est rapide, douce et n'intimide plus son public. Le criminel ne pense pas risquer une peine capitale lors du passage à l'acte. Il assouvi un autre désir ou frustration. L'Angleterre du code sanglant de 1800, appelé le pays de la potence, condamnait facilement à la pendaison. Les voleurs,

¹⁹³ Charte de l'environnement de 2005 intégrée au bloc de constitutionnalité.

¹⁹⁴ A. Koestler et A. Camus, *Réflexion...op.cit.*, p 145.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p 145.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p 155.

loin d'être intimidés, en profitaient pour piller les spectateurs¹⁹⁷. Un siècle plus tard, l'Angleterre affirme ne pouvoir trouver de lien entre la baisse de la criminalité et la peine de mort¹⁹⁸. L'exemplarité trouve un effet étrange dans la soumission du condamné au moment de l'exécution. Il est remis libre à son bourreau qui signe la levée d'écrou¹⁹⁹. Le décret de l'exécuteur, fonde l'exercice du pouvoir du bourreau. Est-ce la honte qui le soumet à cette humiliation et le prive de tout courage pour s'enfuir comme un homme libre ? Peut-être capitule-t-il par désespoir ? La peine de mort serait donc la libération du désespoir et de la destruction lente de l'isolement et du couloir de la mort. Le condamné qui marche vers l'échafaud est résigné, calme et philosophe. Stendhal décrit cet instant en dehors du temps par la décapitation de Julien Sorel dont l'esprit est submergé par la poésie²⁰⁰.

33. La France abolit la peine de mort le 9 octobre 1981 et manifeste ainsi son refus de tomber « dans le piège secret que lui tend le crime [...] » en faisant « [...] sienne la pratique de l'assassin en l'assassinant à son tour »²⁰¹. La peine de mort n'est pas un instrument efficace pour prévenir ni la criminalité ni la récidive. Le droit à la vie est le premier des droits de l'homme et « à cette limite infranchissable dans une démocratie, s'arrête le pouvoir de l'Etat »²⁰². La valeur donnée à la vie diverge tout comme le sens donné à la sanction. La peine de mort n'ayant pas d'effet réellement intimidant, elle n'est pas un obstacle à la récidive et à la criminalité. Les personnes dont le discernement est aboli ou altéré sont encore moins effrayées par l'éventualité de la peine capitale. Les facteurs déterminants du passage à l'acte ne résident donc pas uniquement dans l'intimidation. L'exemplarité a pour objectif de dissuader les potentiels délinquants. Son rôle préventif est donc limité. La prévention se distingue de la dissuasion qui est un concept pénal. La prévention qui se développe par la suite des évolutions politiques et sociétales, est de nature extra-pénale²⁰³ c'est-à-dire qu'elle s'oriente vers les conditions de vie de l'homme par des politiques sociales, notamment en France. La prévention extra-pénale, s'oriente soit vers la victime, soit vers la compréhension du passage à l'acte. Elle met en place des politiques structurelles et sociales ou d'autres mesures préventives de contrôle social²⁰⁴. La dissuasion n'est qu'un moyen indirect de prévenir la délinquance car elle a pour priorité de montrer l'exemple du châtement et de faire peur. L'exemplarité de la peine, surtout lorsqu'elle offre une seconde chance aux condamnés, a un caractère dissuasif. La peine de mort devait remplir ce rôle particulièrement envers les spectateurs. Le caractère dissuasif de la peine de mort n'est pas prouvé. La guillotine est inutile pour prévenir la récidive du guillotiné. Elle dissuade moins qu'elle n'impressionne le public. Comme il l'a été dit, aucune étude ne prouve la corrélation entre la peine de mort et la baisse de la criminalité ou de la récidive. En revanche, la peine de prison, qui poursuit un objectif d'amendement, est encline à développer une caractéristique dissuasive. Depuis la Révolution française et 1981 l'entrave à la liberté d'aller et venir est la sanction la plus

¹⁹⁷ *Ibid.*, p157.

¹⁹⁸ Rapport de 1930, du *Select Committee* anglais *Ibid.*, p159 note 2.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p157 et 163.

²⁰⁰ Jeune homme arriviste condamné à mort pour avoir tenté de tuer Mme De Rénal dont il était amoureux, « Jamais cette tête n'avait été aussi poétique qu'au moment où elle allait tomber. », Stendhal, *Le rouge et le noir*, Frimi-Didot, Paris, 1967, p 476.

²⁰¹ R. Badinter, *Contre la peine ...op.cit.*, p 11.

²⁰² *Ibid.*, p 15.

²⁰³ La prévention n'est pas une notion scientifiquement définie. Elle trouve une définition différente en fonction des pays et des circonstances socio-politiques. V. supra.

²⁰⁴ P. Hebberech, F. Sack, *La prévention de la délinquance en Europe, Nouvelles stratégies*, L'Harmattan, 1997, p10.

élevée dans l'arsenal pénal²⁰⁵. La perpétuité carcérale, qui remplace la peine de mort, est-elle une peine effrayante intimidant le délinquant et le récidiviste? Si pour certains multirécidivistes « *la prison c'est la belle vie, c'est dehors que c'est dur* »²⁰⁶, les conditions de détention dans les prisons française restent suffisamment indignes pour être condamné pour violation de l'article 3 de la CESDH. La détention s'accompagne de souffrances physiques, psychologiques et psychiques démontrées²⁰⁷ et évaluées suivant un indice de souffrance en vue d'une réparation pour le détenu innocent²⁰⁸. Les traitements inhumains et dégradants durant la garde à vue²⁰⁹, la détention et les fouilles intégrales répétées qui ne sont ni nécessaires ni proportionnées par rapport à l'impératif de sécurité en milieu carcéral²¹⁰. Les peines de prison même courtes n'ont pas d'effet dissuasif au regard des chiffres de la récidive. Dans ce contexte, en 2007 la politique pénale renoue avec les peines planchers, abrogées en 2015. Les critères objectifs de cette rétribution consistent à calculer le quantum de la peine en fonction du nombre de condamnations antérieures. Ainsi la peine s'aggrave automatiquement et spécialement pour les récidivistes Le récidiviste doit justifier une garantie de réinsertion pour espérer déroger à la sévérité de la peine. L'intégration des peines planchers en dessous desquelles le juge ne peut aller devrait effrayer les récidivistes, premier visés par cette mesure. Au-delà de la problématique soulevée par cette méthode d'enfermement automatique, la prison soulève la question de ses effets sur la récidive. La perpétuité est accompagnée d'une période de sûreté de 30 ans pendant laquelle le condamné ne peut prétendre à un aménagement de peine (permission de sortie, libération conditionnelle). Un paradoxe s'opère d'une part entre les primo-délinquants incarcérés dont l'effet criminogène de la prison sur eux est important et d'autre part les condamnés qui sortent en fin de peine et dont la dangerosité est difficilement mesurable. Dans les deux cas, la prison, en ce qu'elle enferme et libère, nourrit la récidive²¹¹.

- 34.** La privation de liberté prend d'autres formes que l'enfermement dont la portée exemplaire est relative. Le condamné au placement sous surveillance électronique (PSE mobile ou fixe) porte un bracelet qui peut être caché à la cheville à l'extérieur de la prison. Ce prisonnier libre est sous contrainte d'horaires fixes qui lui empêche d'avoir une vie sociale totale l'obligeant à le révéler aux tiers. Il souffre de la stigmatisation du reste de la société compromettant ses chances de réinsertion. Cette mesure préventive et utilitaire reste toutefois peu intimidante. Le PSE symbolise l'évolution technologique et préventive du droit pénal. Elle est aussi le résultat de l'échec de la prison qui ne remplit plus son rôle d'exemplarité. En effet la privation de liberté est-elle encore un bien absolu ?
- 35.** La rétention de sûreté instaurée en 2008 a pour ambition de mesurer la dangerosité pendant l'enfermement du condamné après l'exécution de sa peine. Cette durée peut être perpétuellement renouvelée chaque année par la commission pluridisciplinaire. Elle concerne le criminel, dont le récidiviste, condamné au minimum à 15 ans de prison. A la

²⁰⁵ V. supra.

²⁰⁶ J-P.Royer in, J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p 241.

²⁰⁷ V., V.Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la santé*, LGF, 2001.

²⁰⁸ Recherche sur l'évolution de la souffrance psychique liée à la détention, Mission de recherche et de justice, GRESP, dir. E.Archer, juin 2008, p 16.

²⁰⁹ Arrêt de la CEDH Selmouni c/France, 28 juillet 1999 (Grande Chambre), JCP, 1999, II, 10193 note F. Sudre, condamnation de la France pour acte de torture des policiers sur un gardé à vue, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, ouvrage collectif sous la direction de C. Labrusse-Riou et D. Truchet, PUF, 6^{ème} éd, 2011, p167 et s.

²¹⁰ *El Shennawy c/ France*, 20 janv. 2011, req. n° 51246/08, *AJ Pénal* 2011. 88, obs. M. Herzog-Evans.

²¹¹ G. Fenech, *Criminels récidivistes, peut-on les laisser sortir ?*, L'archipel, 2009, p 9 et s.

fin de sa peine, s'il est diagnostiqué dangereux par la commission pluridisciplinaire, il est placé dans un centre socio-médico-judiciaire sorte d'hôpital-prison, placé sous la tutelle des ministères de la justice et de la santé. Cette peine de mort lente est le rempart que s'est fabriqué la société contre la dangerosité des hommes et surtout des récidivistes. Cette mesure inquiétante et effrayante est-elle pour autant exemplaire pour éliminer la récidive notamment des plus dangereux ? La sanction purement et simplement rétributive à une portée politique. Elle convainc l'électorat sans prouver son efficacité dans la lutte contre la récidive. La rétention de sûreté n'aurait d'effets intimidants que dans les textes. Elle est le résultat d'une politique répressive voulue par les citoyens qui veulent neutraliser prioritairement les « *prédateurs sexuels* »²¹². Ces instruments manquent de fiabilité. La notion de dangerosité est lacunaire. Les discordances quant aux méthodes de diagnostic et de prédiction rendent perplexes les praticiens face à la rétention de sûreté.

36. Le châtement corporel, la peine de mort puis la prison, sont à tour de rôle des instruments ultime et traditionnels. Le citoyen est très attaché au symbole de la prison. Elle est conçue comme un outil d'excellence qui fait payer la dette du condamné à la société. Elle est expiatoire et exemplaire. Un double objectif est atteint, satisfaire la vindicte populaire et ramener la sûreté en excluant le récidiviste. En effet, La rétribution implique la réparation du préjudice causé à la victime. Il s'agit de la restitution conçue comme reconstruction du bien perdu par la victime. L'objectif est de comprendre le fondement de la peine rétributive en se plaçant en amont de celle-ci. Elle est donc en lien direct avec le fait déclencheur de celle-ci. L'auteur est puni pour ce qu'il a fait et non pour prévenir le risque de récidive. La punition rétributive se détache de tout objectif futur de prévention de la récidive. La peine annule le méfait causé à la victime qui se replace dans une position de domination face à l'auteur. Hampton affirmait que « *la peine est une technique particulièrement appropriée pour atteindre l'objectif d'annuler le message selon lequel la valeur de la victime est moindre que celle du malfaiteur, dans la mesure où elle montre que la victime peut réussir directement ou indirectement à dominer à nouveau le dominateur* »²¹³. La victime tient de ce fait, une place importante lorsque la justice rétributive est vindicative. Dans la procédure pénale Elle se place en égalité voire en situation de supériorité avec l'auteur du méfait. C'est ainsi qu'elle retrouve la valeur de ce qu'elle a perdu dans le crime, au point quelque fois, de devenir le bourreau de son bourreau.

B. Le rôle accru de la victime dans le procès pénal

37. Le rôle de la victime dans le procès pénal complexifie la bonne exécution de la justice. La victime dispose de la faculté de se constituer partie civile ce qui lui permet d'exercer des droits tout au long du procès pénal. Au nom de l'égalité des armes cet arsenal juridique peut empêcher la réinsertion du condamné. Quels sont les outils juridiques mis à disposition de la victime pour devenir un acteur puissant du procès pénal ? Est-il de l'essence d'une justice rétributive d'opposer automatiquement les intérêts de la victime avec ceux du condamné qui doit se réinsérer ? Les victimes, sont devenues parties prenantes au procès pénal qu'elles privatisent. Elles concurrencent le juge par leurs droits procéduraux qui ont transformé la perception du jugement pénal. La victime, au sens

²¹² L'opinion largement favorable à la rétention de sûreté, le Figaro, 26 fév. 2008.

²¹³ J.Hampton, *An Expressive Theory Of Retribution*, In *Retributivism And Its Critics*, éd. W.Cragg, ARSP, Beiheft 47,1992 p16, in M. Van De Kerchove, *Sens et non-sens ...op.cit.*, p 163.

large, englobe ou non la partie civile. Elle a conquis une place privilégiée tout au long de la chaîne pénale principalement dans la phase de jugement et d'exécution des peines (a). Cette évolution ne traduit plus uniquement une société vengeresse mais une société de victimisation où la victime devient le bourreau de son bourreau en le condamnant une seconde fois ce qui réduit ses chances de réinsertion (b).

a. Une ingérence légitime

38. La victime veut une reconnaissance de son préjudice physique ou psychique. Elle veut, pour son auteur, une condamnation précise qui dépend de la nature de son préjudice. Elle ne s'oppose pas à la sévérité d'une peine de prison mais elle veut aussi une sanction tournée vers leur réparation. Le statut de la victime n'est pas éternel, et sauf les cas exceptionnels où le préjudice est non consolidé, il est transitoire, le temps du procès pénal (de l'infraction à l'extinction de la peine). Être victime est la conséquence d'un acte précis, ponctuel (infractions instantanées) ou continu (infraction continue qui s'arrête à sa découverte). Nonobstant l'intérêt légitime d'une victime de voir son bourreau condamné à une peine rétributive, elle n'en éprouve pas moins le besoin de s'intégrer au corps social pour prendre part à la mise sous tutelle de l'auteur. La volonté de la victime est prise en compte dans la demande de sanction pénale et dans la réalisation de celle-ci telle qu'elle existe dans la justice restaurative. Le rôle de la victime dans le procès pénal préfigure le sort du condamné. En effet, la condamnation à la contrainte physique est le monopole de l'Etat. Depuis la fin de la vengeance privée, « *juridiquement, la victime ignore la peine, et la peine n'a rien à voir avec la victime* »²¹⁴. L'état se substitue à la victime au nom de l'intérêt général faisant fi des intérêts particuliers. La politisation de la victime est un moyen d'ingérence dans le pouvoir judiciaire.
39. La place de la victime dans le procès pénal²¹⁵ est en mutation concernant le droit de se constituer partie civile et celui d'obtenir réparation ainsi que dans l'exécution des peines. La partie civile est une notion plus étroite que la notion de victime mais la première a le mérite de lui faire reconnaître des droits spécifiques en lui permettant de devenir une partie au procès pénal. L'action s'exerce devant la juridiction pénale contre l'auteur présumé des faits. La lettre de l'article préliminaire du code de procédure pénale place en priorité les droits des victimes et non de la partie civile, puis la présomption d'innocence, ce qui équivaudrait au statut supérieur à la parole de la victime sur celle de l'auteur présumé. Une consécration des droits de la victime et non de la partie civile soulève des questionnements dans une matière pénale qui juge un homme pour l'illégalité de son acte. « *Si le code lui-même mentionne la victime dès la phase préparatoire du procès, la présomption d'innocence est morte. Victime n'est pas l'antonyme de mis en cause mais de celui de coupable* »²¹⁶. Nonobstant la reconnaissance grandissante de la victime au détriment de la notion de partie civile, cette dernière dispose encore des armes juridiques pour renverser la présomption d'innocence. Elle fait ainsi une distinction avec la constitution de partie civile qui donne le droit à la victime ayant subi un préjudice actuel et certain, direct et personnel, d'obtenir « *une réparation du dommage causé par un*

²¹⁴ J.Y. Chevalier, la victime et la peine : le point de vue du juriste, *Rep. de Dr. pén.*, 2004, 815, in C.Michaud et M. TINEL, « L'emprise de la victime sur l'application de la peine privative de liberté », *Rev.de dr. pén.*, n°1, 2011, p 9.

²¹⁵ R. Cario, « Victimes d'infraction », *Rép.pén.Dalloz*, sept.2007.

²¹⁶ A.Coche, « Le comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? » *D* 2009, p2769.

crime, un délit ou une contravention »²¹⁷. La victime obtient une réparation civile (dommages et intérêt, restitution, remise en état) soit en se joignant au procès pénal²¹⁸ soit en se joignant directement devant le juge civil qui sursoit à statuer tant que le jugement pénal n'est pas rendu, le criminel tenant le civil en l'état²¹⁹. La victime est la personne physique ou morale qui a personnellement souffert²²⁰ d'avoir subi le préjudice²²¹. Les membres de la famille de la victime décédée sont aussi concernés²²². La constitution de partie civile²²³ diffère en ce qu'elle constitue une action civile en réparation du dommage directement causé par l'infraction (crime, délit ou contravention). La partie civile est forcément une victime mais la victime n'est pas forcément une partie civile qui réclame justice²²⁴. L'arsenal juridique des victimes est régulièrement renforcé²²⁵ et s'harmonise dans l'Union Européenne²²⁶ pour garantir des normes minimales de protection, d'information, d'accès aux services publics d'aide et de soutien sans oublier leur participation dans la procédure pénale. Dans le procès pénal le principe d'égalité des armes entre les parties était le plus préjudiciable pour la victime. La constitution de partie civile ne leur conférait pas suffisamment de droits ou du moins ils étaient épars jusqu'à la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes. L'article préliminaire du code de procédure pénale consacre le principe du procès équitable et met en avant le droit des victimes²²⁷. « *L'autorité judiciaire veille à l'information et la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale* »²²⁸. Le droit au procès équitable devient le fil conducteur des nouveaux droits des victimes. L'autorité judiciaire a l'obligation d'informer les victimes et de leur garantir les droits attribués aux parties civiles, durant toute la phase du procès pénal, dès le début de l'enquête (dépôt de plainte), pendant l'instruction, le procès pénal et jusqu'à l'exécution de la peine. L'information porte sur les associations d'aide et de défense des victimes, l'aide juridictionnelle²²⁹, les conditions de la constitution de partie civile, les droits de recours. L'obligation d'information s'effectue dès le dépôt de plainte qui ne peut être refusée, soit devant le procureur soit dans un service de police judiciaire qui met à leur disposition des brochures explicatives. Ce droit à l'information s'inscrit dans l'objectif de facilitation des démarches des victimes à travers le « *guichet unique* »²³⁰. Ces principes sont renforcés par la loi du 15 août 2014 qui garantit ces droits aux victimes. Depuis la loi du 5 mars

²¹⁷ Art 2 du CPP.

²¹⁸ Art 3 du CPP : Constitution de partie civile lors du dépôt de plainte, soit du procureur de la république ou devant le juge d'instruction à condition qu'il existe une plainte préalable (art. 85 du CP)

²¹⁹ Art 4 du CPP.

²²⁰ C.Michaud et M. TINEL, « L'emprise de la victime sur l'application de la peine privative de liberté », *Rev.de dr. pén.*, n°1, 2011, p 11.

²²¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.

²²² Art2 du CPP. Les proches de la victime sont « recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont directement souffert et qui découle directement des faits objet de la poursuite » Crim 3 nov 2009, bull. crim. n°182.

²²³ Art 2 du CPP.

²²⁴ Voir infra.

²²⁵ Loi n°2008-644 du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines.

²²⁶ Directive n°2012/29/UE du 25 oct.2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité. C.Fleuriot « Droits relatifs à l'information, accès aux services d'aide et participation à la procédure », *D.2012*, p2665 ; T.Cassuto, « le nouveau dispositif législatif de l'Union européenne en faveur des victimes de la criminalité », *AJ pénal* 2013, 534.

²²⁷ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et droits des victimes, et consacré aussi à l'Art 6 § 1 de la CESDH, article préliminaire al. 2 CPP.

²²⁸ Art. Préliminaire du CPP.

²²⁹ Loi n°91-647 du 10 juil. 1991 relative à l'aide juridique.

²³⁰ Art 15-3 CPP, circulaire du 4 déc. 2000.

2007 la constitution de partie civile doit être précédée d'une plainte qu'elle soit par voie d'action²³¹ devant la police, le procureur ou le juge d'instruction ou par voie d'intervention dans un procès déjà en cours déclenché par d'autres victimes ou par le ministère public. Cette loi encadre la procédure pénale avec la création d'une consignation²³² mais aussi avec une plainte préalable devant le procureur de la République²³³ afin de contourner les plaintes avec constitutions de partie civile abusives ou qui auraient pour but de ralentir le déroulement du procès commercial ou prudhommal tenu par le pénal. Dès la mise en mouvement de l'action publique la partie civile peut passer outre l'inertie du parquet en exerçant un recours devant le procureur général²³⁴ ou se constituer directement partie civile devant le juge d'instruction²³⁵. Elle a la faculté de citer directement l'auteur présumé devant la juridiction de jugement en cas de non-lieu pour une contravention ou un délit²³⁶ même nommément désignée dans le réquisitoire du procureur ou dans une plainte avec constitution de partie civile²³⁷. Cette action n'est pas envisageable en cas de crime puisque l'instruction est obligatoire²³⁸ ou si la personne soupçonnée a été mise en examen²³⁹. Elle peut demander au juge d'instruction l'ouverture d'une information judiciaire par le parquet en vue d'une instruction préparatoire (crime et délit). Pendant la phase d'instruction, la partie civile est informée de la prise d'ordonnance par le juge d'instruction²⁴⁰, et qu'elle a le droit de faire des requêtes telles qu'une demande d'expertise médicale²⁴¹, une demande d'interrogatoire ou de confrontation²⁴². Elle peut faire appel de certaines ordonnances²⁴³. Pour aller encore plus loin dans les droits des victimes, une nouvelle forme de participation de la victime avait été envisagée sans succès devant la Cour d'assises par le comité de réflexion sur la justice pénale²⁴⁴. Il s'agissait de donner aux victimes le même droit que l'accusé de récuser les jurés d'assises ? Cependant, cette mesure n'a pas été adoptée²⁴⁵.

40. Le champ de la protection des victimes s'élargit avec la création de fonds de garanties qui se substituent à l'absence de réparation du préjudice²⁴⁶. La difficulté première de la partie civile est d'obtenir au civil la réparation des infractions condamnées au pénal. Elles ont fait pression sur le législateur pour obtenir des garanties de réparation à travers la mise en place de fonds d'indemnisation. En 1977, elles obtiennent le droit à une réparation pécuniaire devant la Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions (CIVI)²⁴⁷. En 1990 tous les régimes d'indemnisation sont harmonisés et la réparation intégrale est

²³¹ Mise en mouvement de l'action publique par le dépôt d'une plainte de la victime.

²³² Création d'une possibilité de versement d'une consigne d'un montant maximal de 15 000€ par la victime sur décision du juge d'instruction (art 88 du CPP).

²³³ Art 85 du CPP.

²³⁴ Art 40-3 CPP.

²³⁵ Art 86 al 1^{er} CPP.

²³⁶ Art 182 CPP.

²³⁷ Crim. 12 nov. 2008, bull. Crim. n°227.

²³⁸ Art 79 CPP.

²³⁹ Cass. Ch. Réun. 24 avr. 1961, bull. Crim. n°222.

²⁴⁰ Ordonnance de règlement, art 183 al 1 ; ordonnance de clôture d'information, art 175 CPP.

²⁴¹ Art 81 al 9 CPP.

²⁴² Art 82-1 CPP.

²⁴³ Art 186-1 CPP.

²⁴⁴ A. Botton, « Examen de la proposition d'octroi à la victime d'un droit de récusation des jurés d'assises », *D.*2010, p517.

²⁴⁵ L'accusé peut récuser jusqu'à 4 jurés et le procureur 3.

²⁴⁶ V. supra.

²⁴⁷ Loi n°77-5 du 3 janv. 1977 relative à l'indemnisation de certaines infractions.

généralisée pour les infractions graves²⁴⁸. Le projet de la loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales du 15 août 2014²⁴⁹ souhait aller plus loin en majorant de 10% les amendes pour financer l'aide aux victimes. Le Conseil Constitutionnel a invalidé cette disposition sur le fondement qu'une peine doit être « *strictement et évidemment nécessaire* »²⁵⁰, et qu'en raison du principe d'individualisation des peines, cette majoration était contraire aux principes constitutionnels²⁵¹. La loi prévoit cependant un droit de substitution des fonds de garantis qui indemnisent les victimes en l'absence de condamnation pénale et de dommages et intérêts lesquels peuvent se substituer aux victimes qui ne se constituent pas partie civile ne bénéficiant pas ainsi de leur droit à obtenir une réparation²⁵². Les fonds de garantis disposent d'un droit de substitution pour recevoir l'indemnisation pécuniaire de l'auteur en attendant de retrouver les victimes qui ne se seraient pas manifestées²⁵³.

L'évolution du rôle des victimes est sûrement la plus grande évolution dans la procédure pénale, avec le droit d'exercer des recours, d'appliquer une médiation-réparation dans le cadre d'une justice restaurative consacrée par la loi du 15 août 2014²⁵⁴. Le droit des victimes est devenu une question européenne que le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, a substantiellement renforcée. Il s'agit de créer différents instruments qui bénéficieront à l'ensemble des citoyens européens qu'ils soient victimes de la criminalité dans leur état membre ou dans un autre à l'occasion lors d'un voyage touristiques ou d'affaire. L'uniformisation de l'indemnisation des victimes sur l'échelle européenne s'explique par l'inégalité dans leur prise en charge, l'aggravation de leur préjudice qui en découle ainsi qu'un coût pouvant être maîtrisé et qui reste à la charge de la société. La criminalité n'ayant pas de frontière, il est indispensable d'améliorer l'accompagnement et la coopération des services judiciaires²⁵⁵. La loi du 5 août 2013 reprend plusieurs directives²⁵⁶ qui créent le statut de la victime en droit européen, renforcent, harmonisent et protègent les victimes des Etats membres de l'UE. C'est « *une décision de protection européenne permettant à une autorité compétente d'un autre État membre d'assurer une protection ininterrompue de la personne sur le territoire de cet autre État membre à la suite d'agissements pénalement répréhensibles conformément au droit national de l'État d'émission* »²⁵⁷. Une reconnaissance mutuelle des décisions de protection en matière civile est aussi instituée par le Règlement européen du 12 juin 2013²⁵⁸.

41. Le désir insatiable de la victime pour une justice effective est légitime. Le statut de la victime dépasse le champ d'application de la constitution de partie civile. Elle

²⁴⁸ Loi n°90-586 du 6 juil. 1990 relative aux victimes d'infractions, art.706-3 CPP.

²⁴⁹ LoI n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

²⁵⁰ Art.8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

²⁵¹ Dec. Const. n° 2014-696 du 17 août 2014, considérants 25 à 28.

²⁵² Art L.422-1 du C. assur. en application de l'art.728-1 2°du CPP.

²⁵³ Art. 706-15-3 du CPP.

²⁵⁴ Art 10-1 du CPP

²⁵⁵ Elle vise particulièrement les victimes de terrorisme et les mineurs. Information et soutien sur la procédure pénale : dépôt de plainte, accès à l'aide juridique, droit à l'indemnisation, droit à la traduction, droit à un interprète (oral ou document).

²⁵⁶ Directive 2011/99/UE du Parlement européen du 13 décembre 2011, directive 2012/29/UE du Parlement européen du 25 octobre 2012.

²⁵⁷ T.Cassuto, « Les nouveaux dispositifs législatifs de l'Union Européenne en faveur des victimes de la criminalité », *D.*2013, p 534.

²⁵⁸ Règlement européen n°606/2013 du 12 juin 2013.

s'autonomise notamment par l'instauration d'un juge délégué aux victimes (JUDEV) qui la représente au sein des tribunaux²⁵⁹. Elle grignote le rôle des juges notamment celui de l'application des peines. « *L'emprise* »²⁶⁰ de la victime se manifeste d'une part dans la privatisation de l'action publique notamment par la constitution de partie civile à des fins vindicatives et d'autre part dans la phase d'exécution et d'aménagement des peines. Le droit des victimes a pris de l'emprise dans l'exécution des peines pouvant limiter la réinsertion du condamné et nuire indirectement à la lutte contre la récidive. Depuis la loi du 9 mars 2004, les peines s'exécutent dans l'intérêt des victimes²⁶¹. Elles sont informées des demandes d'aménagement de peine, de la semi-liberté, du placement à l'extérieur, des permissions de sorties ou encore du placement sous surveillance électronique. La loi du 15 août 2014, qui a modifié l'article 707 al. 2 du CPP²⁶², ajoute aux victimes des droits au cours de l'exécution des peines et notamment le fait que « *L'autorité judiciaire est tenue de garantir l'intégralité de ces droits tout au long de l'exécution de la peine, quelles qu'en soient les modalités* »²⁶³. La victime, si elle le souhaite, doit être informée de la fin de l'exécution de la peine²⁶⁴. L'éventualité d'une libération anticipée de l'agresseur peut susciter une émotion ressentie par la victime constituant un motif suffisant et invocable pour s'opposer à cette mesure.

Les intérêts de la victime et la réinsertion du condamné sont-ils deux objectifs incompatibles dans une justice rétributive ? Ils s'entrechoquent, surtout si la vengeance reste le fondement majeur de la rétribution. L'article 712-16-1 du CPP traduit la puissance vindicative des victimes sur leur ancien bourreau. Le juge d'application des peines (JAP) peut refuser une demande de libération conditionnelle aux motifs de porter atteinte aux intérêts de la victime ou de la partie civile. « *La peine est prononcée en fonction de critères d'individualisation nouveaux comprenant les intérêts des victimes* »²⁶⁵. La loi sur l'efficacité des peines et la prévention de la récidive abroge l'ancien article 707 du CPP pour renforcer les droits des victimes en précisant qu'« *au cours de l'exécution de la peine, la victime a le droit, de saisir l'autorité judiciaire de toutes atteintes à ses intérêts ; d'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, en se voyant proposer une mesure de justice restaurative; d'être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté, dans les cas et conditions prévues au présent code ; à la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté* »²⁶⁶. De ce fait, les intérêts de la victime interfèrent avec les pouvoirs du JAP. Cette intrusion est vécue par le condamné comme une seconde sentence qui freine ses chances de réinsertion. Elle crée un lien durable, malsain, entre la victime et son agresseur qui ne peut plus évoquer son droit à l'oubli²⁶⁷.

²⁵⁹ Décret n°2007-1605 du 13 nov. 2007 relatif à la création du juge délégué aux victimes, et rapport d'évaluation du JUDEV, IGSJ, oct.2008 ; Dalloz.fr, 12dec.2008.

²⁶⁰ C.Michaud et M. Tinel, « L'emprise de la victime ... », *chron.préc.*

²⁶¹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, art.707 al 2.

²⁶² Art. 707 al 2 du CPP anciennement rédigé ainsi : « *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* ».

²⁶³ Art 707 IV 4° du CPP issu de l'art.24 de la loi du 15 août 2014.

²⁶⁴ Art 707 IV 3° du CPP.

²⁶⁵ Article 132-24 du CP issu de la loi du 12 décembre 2005, in C.Michaud et M. Tinel, « L'emprise de la victime ... », *chron.préc.* p 9.

²⁶⁶ Art 707 IV du cpp issu de l'art 24 de la loi du 15 août 2014.

²⁶⁷ V. Cario R., « Victimes d'infraction », *chron.préc.* p 38.

42. La justice s'est politisée voire popularisée. Le législateur a voulu rapprocher les citoyens de leur justice comme souhaité dans l'avant-projet de réforme du code de procédure pénale²⁶⁸ présenté le 1^{er} mars 2010, issue du rapport Léger²⁶⁹. Parmi ces réformes une partie citoyenne devait être créée²⁷⁰ pour « *garantir qu'aucune affaire ne puissent être étouffée* »²⁷¹. Cette idée jette ainsi le discrédit de la société sur toute la profession de la magistrature. Toute personne intéressée peut se substituer au classement sans suite du Parquet si elle remplit certaines conditions relatives à la nature de l'infraction (crime ou délit). Un préjudice à la collectivité publique doit être constaté ainsi qu'une autorisation de la chambre de l'enquête et des libertés créée par la réforme. La commission des lois a l'intention d'instaurer un droit d'appel pour les victimes en cas d'acquiescement par une cour d'assises²⁷². Une prérogative jusqu'à aujourd'hui détenue par l'avocat général. Une autre évolution, depuis la loi de février 2008²⁷³, est venue matérialiser la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental par la tenue d'un mini procès. Il reconnaît effectivement le statut de victime constitué ou non en partie civile. Il l'aide à la reconstruction en lui offrant la transparence de ce qui se faisait et se disait autre fois dans le bureau du juge d'instruction ou de la chambre de l'instruction. La partie civile n'est plus tributaire des décisions de la juridiction d'instruction et peut exercer ses droits lorsqu'est ordonnée « *par décision motivée, l'admission en soins psychiatriques de la personne, sous la forme d'une hospitalisation complète dans un établissement* »²⁷⁴.

L'ingérence de l'opinion publique dans la justice à travers le droit accrus des victimes et de la partie civile se heurte à la culture professionnelle de la magistrature qui conçoit difficilement de partager d'avantage avec le citoyen de son appréciation souveraine. Le projet de loi de l'ancien Garde des Sceaux²⁷⁵ relatif aux citoyens assesseurs est d'inspiration anglo-saxonne est un exemple de rejet de l'immixtion du citoyen dans la justice française. Il avait pour ambition de redonner aux citoyens le pouvoir de juger et de contrôler le pouvoir judiciaire en mettant en place des jurés populaires plus seulement dans les cours d'assises mais dans les audiences correctionnelles. Au 1^{er} janvier 2012, les citoyens assesseurs²⁷⁶ ont été expérimentés. Le résultat fut mitigé dans le ressort des cours d'appel de Toulouse et de Dijon. Deux citoyens assesseurs sont tirés au sort sur les listes électorales pour siéger aux côtés de trois magistrats professionnels, de la même manière que sont prévus les jurés d'assises. Le domaine concerne les délits les plus graves (atteintes aux personnes punies de cinq à dix ans de prison) et l'exécution des peines. Les jurés populaires sont associés aux jugements de libération conditionnelle pour les détenus condamnés à une peine de détention de cinq ans ou plus. Cette intervention citoyenne devait limiter la pratique de la correctionnalisation des crimes et améliorer la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale, rendue au nom du peuple français²⁷⁷. En prenant en compte l'avis d'un jury citoyen profane, le juge est, d'une certaine

²⁶⁸ Avant-projet de réforme du code de procédure pénale, 1^{er} mars 2010, site Internet du ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_cpp_20100304.pdf

²⁶⁹ Rapport Léger, Réflexion sur la justice pénale, 1^{er} sept 2009.

²⁷⁰ Prévu de l'insérer à l'article 122-47 CPP.

²⁷¹ M. Alliot-Marie, « Réforme de la procédure pénale : interview », *Dalloz actualité*, 15 mars 2010.

²⁷² Site internet de l'Assemblée Nationale.

²⁷³ Art.3 issu de la loi n°2008-174 du 25 février 2008.

²⁷⁴ Art 706-135 et s. du CPP.

²⁷⁵ M. Mercier.

²⁷⁶ Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et le jugement des mineurs.

²⁷⁷ « Rapprocher le peuple de la justice », *Le magazine de l'Union pour un mouvement populaire*, mai 2011, n°53, p15.

manière, défié dans ses fonctions d'appréciation souveraine. Suite à cette expérimentation, un rapport de 2013 conseille l'abandon de cette réforme²⁷⁸. Les organisations syndicales des magistratures ont émis de fortes réserves sur ce dispositif. L'exaspération des magistrats s'est renforcée face à la défiance que lui portent le pouvoir politique et les citoyens alors que la justice souffre déjà cruellement de moyens de la justice²⁷⁹. Les citoyens assesseurs sont supprimés avant le terme de l'expérimentation prévue le 1er juin 2014²⁸⁰. Le seul point positif aura été de transmettre aux citoyens une meilleure connaissance de la justice et de son fonctionnement. L'organisation fut néanmoins lourde et coûteuse. « *En dépit de certains aspects positifs, la réforme des citoyens-asseesseurs a augmenté le coût de la justice et allongé les délais d'audience sans que l'image de celle-ci ne s'en trouve améliorée* »²⁸¹. Le nombre de dossier traité par audience est passé de vingt à douze. Contrairement à ce qu'espéraient certains magistrats, ces citoyens n'ont pas été soulagés dans leur tâche²⁸². L'accueil des citoyens assesseurs a engendré une « *charge de travail supplémentaire qui complique le travail habituel et réduit la disponibilité* »²⁸³ des magistrats, chefs de juridictions et du personnel du greffe. Les citoyens assesseurs, n'ayant pas suffisamment de connaissances techniques dans le contentieux, s'en remettaient naturellement à l'appréciation du magistrat professionnel notamment dans le choix crucial du quantum de la peine²⁸⁴. Rendre la justice plus sévère en y intégrant des citoyens est un objectif difficile à atteindre. L'application de la justice reste un domaine de professionnels.

La culture judiciaire, parce qu'elle est professionnelle, est historiquement hostile à l'immixtion de la victime dans le procès pénal. Une justice civilisée est une justice impartiale qui punit au nom de la société un homme qui a la capacité de se défendre. La victime bénéficie de moyens d'actions suffisants pour se faire entendre. Elle n'est pas fondée à en demander d'avantage dans une justice rétributive aux vues de l'échec des réformes allant dans ce sens. Dans une justice rétributive qui s'humanise mais reste ferme (rétention de sûreté, peines planchers) l'ingérence de la victime est incompatible avec le droit de réinsertion du condamné. En réalité, la présence accrue de la victime hors le champ légal et légitime traduit une volonté politique de détourner les fondements du droit pour diviser la société à des fins électorales.

b. Le danger de la victimisation

43. Une société qui se victimise n'offre-t-elle pas, de mauvaise foi, une seconde chance au condamné? Le droit de la partie civile s'est élargi à la victime puis à toute la société qui se sent concernée par le procès pénal. L'opinion publique, commente les décisions de justice, sous l'œil profane mais aiguisé de la presse et des médias. Il en découle des considérations politiques souvent biaisées qui concourent à la propagation de rumeurs ou de contrevérités. L'articulation entre la liberté de l'information et le secret de l'instruction

²⁷⁸ Rapport de D. Boccon-Gibod et X. Salvat sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse, remis à la Garde des Sceaux le 28 Fév 2013.

²⁷⁹ C.Gayet, « Citoyen assesseurs : remise d'un rapport critique sur l'expérimentation », D.2013, p641.

²⁸⁰ P.Cassia, « Les citoyens assesseurs en apesanteur juridique », D.2013 p 2860.

²⁸¹ Mme Taubira, garde des sceaux, La Chancellerie renonce aux jurés populaires en correctionnelle, Le figaro, 18 mars 2013.

²⁸² Jurés en correctionnelle : la réforme en questions, Le figaro, 18 nov 2010.

²⁸³ C.Gayet, « Citoyen assesseurs... », op.cit., p 641.

²⁸⁴ « Les citoyens assesseurs : une expérimentation coûteuse », AJ Pénal, mars 2013, p122.

semble difficile. La présomption d'innocence est un principe protecteur des droits individuels. La protection des informations confidentielles garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire²⁸⁵ et la séparation des pouvoirs. Les règles entourant le secret de l'instruction n'ont cessé d'être assouplies²⁸⁶ dans l'intérêt de l'instruction par une conférence de presse du procureur de la République afin d'identifier des fugitifs, de faire des appels à témoins (portraits robots) ou de retrouver des objets volés²⁸⁷. La violation du secret de l'instruction et du secret professionnel est étroitement interprétée par la CEDH qui a condamné la France pour avoir condamné une avocate ayant divulgué les informations confidentielles d'une expertise alors qu'elle soulevait une question d'intérêt général de santé publique largement diffusées dans la presse²⁸⁸. Pour rétablir la vérité, les fenêtres de l'instruction²⁸⁹ sont conçues comme des soupapes qui canalisent la pression populaire concernant le dysfonctionnement de la justice si l'auteur présumé des faits est un récidiviste. Elles désamorcent les troubles à l'ordre public (émeutes). Le ministère public peut soit d'office soit à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, s'exprimer objectivement sur une affaire en cours, tout en respectant la présomption d'innocence et le secret de l'instruction. Cette fenêtre garantit la transparence de la justice. Elle est aussi un moyen de solliciter la bienveillance du citoyen dans la résolution accélérée de l'affaire. Elle sert d'appel à témoin ou d'une demande directement adressée aux présumés auteurs et/ou complices. Les fenêtres de l'instruction limitent l'onde de choc des faits divers les plus graves qui alimentent les préjugés surtout si les présumés auteurs sont récidivistes. Les médias et les associations de victimes agissent en groupe pour contrôler et juger la justice. Ce droit légitime s'accélère et peut contrevenir au bon déroulement de la justice et à la réhabilitation du condamné. Pourtant cette forme d'ouverture est nécessaire face à la rapidité des échanges d'informations sur internet nouvelle boîte de pandore. Calomnies et haines y sont déversées par des images et des mots sans fondement²⁹⁰ qui créent et alimentent des préjugés imprégnés dans l'esprit des êtres non éclairés²⁹¹. L'opinion publique distinguerait deux profils de récidivistes. D'un côté, les précaires sans emploi ni revenus naturellement exclus en raison de leur fainéantise chronique. Ils ne font pas d'effort dans le travail scolaire, dans leur insertion professionnelle. Ils cèdent aux addictions et aux comportements violents. Ils dépouillent les honnêtes citoyens (dégradation de biens publics, vols, agressions, aides sociales). D'un autre côté, évoluent en toute impunité les dangereux pervers sexuels qui s'en prennent violemment et sexuellement aux femmes et aux enfants. La justice serait fautive car trop laxiste avec eux. Les discours du Front National, troisième force politique française en 2012, militent en faveur du retour de la peine de mort²⁹². Auparavant les préjugés se fondaient sur des critères objectifs voire physiques. Les traces de mutilations portées par les récidivistes légitimaient les craintes. Dans la réalité des comparutions immédiates il est difficile de cacher cette vérité comme si les préjugés avaient eu gain de cause. Les

²⁸⁵ Crim. 19 juin 2001, D. 2001. 2538, note Beignier et de Lamy.

²⁸⁶ Art 11, art C. 24 et art 38, 3 bis et 39-1 de la loi modifiée du 29 juillet 1881.

²⁸⁷ Circulaire du 22 avril 1985 qui sollicite le Procureur de la République à organiser une conférence de presse pour arrêter la propagation des rumeurs qui nuisent au bon déroulement de la justice.

²⁸⁸ Arrêt MOR C/ France, CEDH 15 déc. 2011, req. n° 28198/09, D. 2012. 100, obs. Lavric.

²⁸⁹ Art 11 al. 3 du CPP.

²⁹⁰ Il est ici question des *Haters* ou du *Bashing* qui dénigrent individuellement ou en groupe des personnes qui font l'objet d'une couverture médiatique ponctuelle (auteur présumé d'un fait) ou récurrente (les récidivistes).

²⁹¹ Exemple du réseau social Facebook dont une page recueille plus d'1,5 millions de personnes soutenant la légitime défense pour un bijoutier de Nice qui aurait abattu un des braqueurs, Nice : le bijoutier mis en examen pour homicide volontaire, Le monde, 11 sept 2013.

²⁹² <http://www.frontnational.com/le-projet-de-marine-le-pen/autorite-de-letat/securite/>

récidivistes sont, en grande majorité, des délinquants toxicomanes, alcooliques ou personnes souffrants de troubles mentaux²⁹³. Les grands criminels pervers sexuels récidivistes représentent une minorité médiatisée. La tolérance zéro envers la récidive est le nouveau standard idéologique de la société post-moderne, issue du principe de précaution emprunté à l'écologie²⁹⁴ qui oriente les discours politiques et s'impose en droit comme un principe dictateur inquiétant²⁹⁵.

Aujourd'hui, les revendications des victimes sont instrumentalisées et servent de justification au dictat sécuritaire. La récidive est le domaine de «*prédilection de la démagogie et du populisme*»²⁹⁶ sécuritaire. Au-delà de la qualité de victime, les citoyens français sont favorables à une justice plus sévère et quels que soit les clivages politiques²⁹⁷. Les débats sont hermétiques aux discours et études scientifiques sur les maladies mentales et psychiques caractéristiques de la majorité des récidivistes. L'intrusion de la politique, de la société à travers l'instrumentalisation du droit des parties, ne peut se fonder que sur des éléments objectifs. Si la justice est rendue au nom du peuple, il n'en reste pas moins profane devant la technicité de la procédure pénale et de la défense des droits de l'homme. La preuve de cette lacune est le retour systématique des peines rétributives qui ne luttent pas contre la récidive. Pourtant, la culture tolérante du peuple sur la lutte contre la récidive est un enjeu qui dépasse la question judiciaire. Il en va de l'intérêt de la pacification d'une société que de donner une réelle seconde chance au condamné, dans une société démocratique qui a aboli la peine de mort. La question de la récidive est au cœur de la sauvegarde des droits de l'homme qui ne doit pas se résumer à sa simple déclaration de principes²⁹⁸. Le juge est le garde-fou des libertés et des droits fondamentaux aux cotés des avocats et de nombreux acteurs de réinsertion.

44. Au-delà des droits de la partie civile dans la chaîne pénale et de son ingérence légitime, il a été démontré la complexité d'allier l'idéologie rétributive et vindicative avec les exigences modernes voire post moderne du droit pénal²⁹⁹ et de la prévention de la récidive. D'un point de vue plus général, l'ingérence de la victime s'inscrit dans un mouvement de victimisation qui touche l'ensemble de la société. Le droit tente de maîtriser ce phénomène et de rééquilibrer la puissance de la victime en sanctionnant la constitution de partie civile abusive³⁰⁰. La personne poursuivie et relaxée peut se retourner contre la partie civile en lui réclamant des dommages et intérêts pour avoir abusivement eu l'intention de nuire, uniquement dans le cadre d'une constitution de partie civile par une citation directe devant la juridiction de jugement. La Cour de Cassation limite les conditions de cette action dans les cas où seule la victime est à l'origine

²⁹³ S.Portelli, *Récidivistes, chronique de l'humanité ordinaire*, Grasset, 2008, p12.

²⁹⁴ Agriculture, agroalimentaire (OGM), clonage scientifique.

²⁹⁵ V. G. Bronner, E. Gehin, *L'inquiétant principe de précaution*, PUF, 2014.

²⁹⁶ S.Portelli, *Récidivistes... op.cit.*, p11.

²⁹⁷ Les Français pour une justice plus sévère, selon un sondage, Jean-Marc Leclerc, Le figaro, 21 mars 2013.

²⁹⁸ R. Badinter, in Félix Rome, Edito, « Femme sans droits », *D.*2014 n°25.

²⁹⁹ Rupture des principes fondamentaux du droit pénal en raison de l'évolution mondiale et internationale des conflits et modes de résolution des conflits; pénalisation croissante des personnes atteintes de troubles mentaux ; retour du critère de dangerosité comme critère déterminant de la politique pénale et responsabilité pénale subjective (mesure de sureté), M.Masse, JP.Jean, A.Giudicelli, Un droit pénal post-moderne ?, Recherche droit et justice, nov.2007, p 6 à 14.

³⁰⁰ Art. 91 du CPP : constitution de partie civile au stade d'une ordonnance de non-lieu et 472 du CPP : constitution de partie civile notamment par citation directe.

exclusive de la mise en mouvement de l'action publique³⁰¹. Elle porte elle-même la responsabilité de l'abus si elle outrepassé le rôle de la justice et notamment celui du parquet habilité à poursuivre. La victimisation peut être considérée comme une spécificité de la société française que la presse étrangère aime souligner au-delà des questions judiciaires. La culture de la victimisation freinerait même le développement économique des entreprises françaises et pas seulement par le biais des grèves³⁰². Cette victimisation est comparable au populisme pénal que le Canada a connu ces dernières années avec l'exigence d'une tolérance zéro vis-à-vis de la délinquance et de la criminalité³⁰³. La société moderne réclame un droit de vivre en sécurité quel que soit les atteintes aux autres libertés dont la réinsertion des récidivistes.

Après l'abolition de la peine de mort en 1981, le mouvement humaniste s'est essoufflé. Il n'a pas su inventer des mesures alternatives qui neutralisent préventivement les dangereux et réinsèrent les condamnés³⁰⁴. La France n'arrive toujours pas à coordonner ses moyens financiers, ses actions pour rééduquer, former et réinsérer les sortants de prison. Le risque de récidive et l'apparition de victimes potentielles naissent là où auparavant le récidiviste était éliminé. Le risque de récidive pèse aussi sur le condamné, réhabilité ou non, comme si il était l'accessoire de la peine qui perdure au-delà de celle-ci. Les victimes se sentent ignorées par une justice qu'elles estiment laxiste. La stratégie victimaire consiste à peser sur la justice pour obtenir plus de réparation et une peine plus lourde du condamné. Dans une logique purement rétributive la victime veut faire payer son agresseur. Ainsi, le quantum traduit à proportion la reconnaissance de leur souffrance. La justice rendue au nom du peuple trouve ses limites par la représentation accrue de la victime, quel que soit son statut procédurale, la rendant incompatible avec la réinsertion du condamné. Dans une démocratie humaniste ces deux intérêts que sont la rétribution et la prévention semblent antagonistes dès lors qu'ils sont étudiés sous l'angle de la victime. La place de la victime dans la lutte contre la récidive et ses dérives victimaire s'analyse aussi sous l'angle du pouvoir politique. Les apports philosophiques de Foucault sur cette vague d'enfermements des anormaux³⁰⁵, démontrent la volonté du pouvoir politique de scinder la société entre un monde social intellectuel appelé normalité et un monde composé de fous, de mendiants, d'homosexuels et de prostituées appelé anormalité. La folie intégrée à la population était autrefois tolérée comme l'était le fou du roi. Aujourd'hui cette anormalité requalifiée de dangerosité est dérangeante. Elle est le critère de l'enfermement des récidivistes. A l'image du phénomène de victimisation qui sert à l'accomplissement de la peine rétributive, l'enfermement emprunte un chemin similaire. Il est utilisé comme un processus créatif de différenciation des communautés au sein d'une société dans le but de contrôler et d'asseoir le pouvoir politique. Sur ce schéma, la victime représenterait le monde normal, avec des droits et une reconnaissance sociale, quant au récidiviste, il est rejeté puisqu'il appartient au monde anormal. Comme aux pays de Machiavel où il est bon de diviser pour mieux régner³⁰⁶, la victime est instrumentalisée à des fins politiques pour servir le dessin d'une idéologie rétributive qui élimine sans critères objectifs des êtres déstabilisants.

³⁰¹ Cass.crim, 6 oct. 2010, n° 09-88. 002, S. Pradelle, « Constitution de partie civile abusive : les conditions de la condamnation », *AJ pénal*, 2011, p132.

³⁰² The Economist, *Reforming Gloomy France*, 20 av. 2011.

³⁰³ H.Dumont, « Chronique canadienne : une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada », *RSC*, mars 2011, p 239 et s.

³⁰⁴ D.Lemarchal, « Procès, exécution des peines la nouvelle place de la victime : la victime et son auteur », *AJ pénal* sept 2008, p 349.

³⁰⁵ M. Foucault, *Histoire de la folie*, Gallimard.

³⁰⁶ Machiavel, *Le prince*, trad. M.Gaille-Nikodimov, éd. Livre de poche 2012.

45. L'ingérence de la victime peut être écartée de la sphère judiciaire vers une justice extra-pénale voire socio-pénale appelée justice restaurative³⁰⁷. Les victimes d'atteintes et d'agressions sexuelles ont un besoin de reconstruction spécifique à leur souffrance qui trouve une solution plus apaisée au sein d'une justice restaurative. Cette nouvelle forme de justice amiable semble prometteuse en France. Elle rétribue l'acte, protège la société et resocialise l'auteur par la réparation du préjudice³⁰⁸. Ce processus a pour finalité de restaurer l'harmonie sociale par la rencontre des victimes et des infracteurs volontaires. Ils décident en commun des solutions à apporter aux répercussions des infractions³⁰⁹. La méthode de la médiation renforce son efficacité dans la lutte contre la récidive comme c'est le cas dans certains pays comme le Canada. En matière pénale, la médiation³¹⁰ est applicable qu'avant le déclenchement des poursuites. Elle comble les lacunes de la composition pénale³¹¹ sous l'autorité du procureur de la République. L'issue est une transaction homologuée par le juge qui conduit à l'abandon des poursuites mais uniquement pour les infractions encourant une peine inférieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement. Jusqu'à présent la pratique du droit français était peu familière avec l'externalisation de la justice par la voie de la médiation ou tout autre mode alternatif de règlement des conflits³¹². La loi du 15 août 2014 consacre à l'article 10-1 du CPP les dispositions relatives à la justice restaurative à laquelle la victime peut faire appel. Si elle désengorge les tribunaux, la justice restaurative canalise la vindicte populaire et apaise la victime. Ainsi, le droit pénal retrouve son champ de compétence. Les modes de règlement amiable est propice aux conflits familiaux. Son développement est fortement soutenu par le droit européen. Le Conseil de l'Europe souhaite une meilleure considération des victimes dans le procès pénal³¹³. L'Europe consacre la médiation comme une modalité de régulation des affaires pénales. Elle est définie comme « *la recherche, avant ou pendant la procédure pénale, d'une solution négociée entre la victime, l'auteur de l'infraction par la médiation d'une personne compétente* »³¹⁴. La justice restaurative semble difficilement prendre de l'envergure dans la résolution des conflits extra-pénaux contrairement à la matière civile. Cependant, son développement aurait l'avantage de contenir hors du champ judiciaire le pouvoir envahissant des victimes tout en leur donnant satisfaction et en travaillant sur la désistance de l'auteur³¹⁵. La sanction n'est peut-être pas aussi exemplaire que le souhaiterait la société attachée à la pénitence du condamné, mais elle s'adapte à la personnalité de l'auteur pour garantir toutes les chances de guérison, de réinsertion ou de réparation du préjudice.

46. La rétribution est par essence un obstacle efficace à la récidive puisqu'elle élimine le primo-délinquant. Il n'y a aucune chance qu'il récidive une fois mort ou atrocement mutilé. Croire en l'exemplarité d'une peine intimidante ne suffit pas à éradiquer la criminalité. Cette utopie pousse à la réflexion d'une peine utile tournée vers l'avenir. La neutralisation du primo-délinquant ou du récidiviste est un choix de société dont les croyances religieuses et doctrinales se fondent sur des présomptions de récidive et de dangerosité. Pourtant la théorie de la rétribution est relativisée. Les philosophes des

³⁰⁷ V. supra.

³⁰⁸ R. Cario, « Justice restaurative », *Rép. Dr. Pén. Dalloz*, mars 2010, p8.

³⁰⁹ T. Marshall, *Restorative Justice. An Overview*, 1999, *Home Office in ibid.*, p7.

³¹⁰ Art. 41-1 CPP issu de la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant création de la médiation pénale.

³¹¹ Art 41-2 et 41-3 CPP issu de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, modifiée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004.

³¹² V. N. Fricero (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, Guides Dalloz, 2015

³¹³ Art. R-85-11 CPP.

³¹⁴ Décision cadre de l'Union Européenne du 15 mars 2001, impérative depuis le 22 mars 2006, art 1er, 10.

³¹⁵ V. supra justice restaurative.

lumières placent les droits naturels de l'homme au cœur de leurs réflexions. L'utilité de la peine doit être conditionnée par sa modération. Dès lors, l'Ecole utilitariste conduite par Beccaria consacre le principe de la légalité criminelle et lutte contre l'arbitraire des juges. Leur pensée entérine la prédominance de l'utilité des peines sur la rétribution. La relativisation de la théorie de la rétribution conduit dans sa mise en œuvre à une forme plus modérée de l'élimination du récidiviste. Au Moyen-Age il était banni des villes, puis relégué dans les colonies françaises. Le condamné libre de vagabonder à sa sortie le condamne naturellement à récidiver pour survivre. La lutte contre la récidive est d'abord une lutte contre la pauvreté comme a essayé de le faire comprendre Victor Hugo dans son célèbre discours sur la misère devant l'Assemblée Nationale³¹⁶. Au XIXe siècle, l'existence de ces exclus alimente les raisons de l'insécurité galopante qui effraye la population. L'institution des Prévôts, ancêtre de la gendarmerie, est spécialement créée pour arrêter et juger les récidivistes³¹⁷. En effet, Victor Hugo n'a cessé de le répéter dans son discours devant l'Assemblée Nationale, la lutte contre la récidive est d'abord une lutte contre la misère³¹⁸. Le législateur du XXIe siècle hésite entre punir ou prévenir. Les réformes vont se superposer, se contredire créant une nébuleuse de textes souvent incohérents que le juge sera en charge d'appliquer. Les précurseurs de la prévention développeront des peines humanistes dans l'objectif de réhabiliter le récidiviste. L'excès de confiance en l'amendement de l'homme et la rigidité des textes fragilise la mise en œuvre de la pensée utilitariste.

II. Une peine utilitaire

47. Une peine utile a pour finalité de prévenir la récidive en resocialisant le condamné. La peine telle qu'elle est appliquée aujourd'hui se dote de la caractéristique utilitaire et répressive. Elles se superposent, voire, se concurrencent à travers deux courants idéologiques. La prévention de la récidive ne rejette pas totalement l'idée d'une peine ferme mais elle s'intéresse plus particulièrement à la personnalité du condamné et souhaite sa réinsertion et sa réhabilitation. La peine préventive est tournée vers l'avenir du condamné et la protection future de la société. L'utilitarisme individualise la peine du condamné et rompt avec la rigueur textuelle de la rétribution qui donnait au juge un rôle de simple exécutant. L'ensemble de la structure judiciaire qui est remise en question au-delà du quantum de la peine. Quelles sont les caractéristiques de l'idéologie préventive qui modifient la doctrine pénale de l'exécution des peines ?

Les mouvements humanistes et l'utilitarisme développent leurs principes en opposition avec la cruauté du système pénal absolutiste et pardonnent le condamné qui se rachète après avoir purgé un quantum de peine juste et utile (A). Dans son prolongement, la prévention de la récidive tentera de dominer la sphère pénale en conciliant les deux aspects de la peine rétributive et utile. La priorité est désormais mise sur la défense de la société par la création de mesure de sûreté qui neutralise l'homme dangereux et prévient la récidive par un traitement thérapeutique qui s'oppose à la peine (B).

³¹⁶ V.Hugo, *Œuvres ...op.cit.*, p 91.

³¹⁷ M. Cusson, *L'art de la sécurité, ce que l'histoire de la criminologie nous enseigne*, Presse polytechnique et universitaire romande, 2011, p 90.

³¹⁸ V.Hugo, *Œuvres complètes ...op.cit.*

A. Des peines humaines

48. L'idéologie utilitariste des peines repose sur divers fondements à commencer par le rejet de la justice absolutiste relevant de l'époque obscurantiste. Les caractéristiques de la peine utilitaire bouleversent l'Ancien Régime en humanisant les principes directeurs du droit pénal. Pour comprendre ses caractéristiques, il est intéressant d'étudier son contexte historique.

Le paradigme utilitaire est construit sur les notions de miséricorde et de pardon empreintés au catholicisme. Cette influence est théorisée par l'Ecole Utilitaire qui oriente sa réflexion dans la lutte contre la récidive à travers des peines utiles. Pour cela, le principe de légalité criminelle implique de connaître clairement les textes qui sanctionnent. Pour empêcher l'arbitraire du juge, une peine utile doit être certaine et prompte (a). Le quantum de la peine est adapté à la personnalité du condamné en fonction de la gravité des faits. Le juge individualise proportionnellement à la gravité des faits suivant une échelle de peine préétablie. Ce mode de calcul qui caractérise toute l'humanité recherchée par la théorie utilitaire, peut se retourner contre elle. En effet, le malfrat, calcule le bénéfice perçu par la commission de l'infraction avec le risque de subir la peine normalement encourue. Le caractère d'utilité de la peine est détourné L'utilité calculée de la peine présente donc un caractère dissuasif limité (b).

a. Une peine utile

49. La justice Absolue de la Renaissance du XV^{ème} au XVII^{ème} siècle est la période durant laquelle la politique pénale rétributive est à son apogée. Cette période est marquée par le règne de François 1^{er} qui ouvre différentes perspectives d'évolutions artistiques et scientifiques comme l'illustre la créativité de Léonard de Vinci. Le goût pour le raffinement et la beauté s'oppose avec la cruauté des châtiments de la justice Absolue. Joseph De Maistre³¹⁹ définit ce régime par la détention de la justice entre les mains du représentant de Dieu sur terre : le Roi. Ce dernier rend la justice au nom de Dieu et des Seigneurs dans les provinces. L'absence d'homogénéité des règles de droit sur le territoire favorise les jugements arbitraires. Le droit pénal est inégal, absolu et tyrannique. Le devoir d'obéissance au Roi n'a de limite que la volonté de Dieu qui demande des comptes au souverain mortel qui franchi la ligne du bien et du mal. Les condamnations arbitraires, les châtiments atroces et la peine de mort traduisent parfaitement les exigences intimidantes et expiatoires de la rétribution. Il est juste et nécessaire que le criminel souffre. Le droit de punir est le reflet de la justice morale et non la défense de la société à travers la prévention du crime. La répression pure et dure défendue par certains philosophes³²⁰ raisonne aujourd'hui comme des théories inexactes. Le droit pénal n'est pas l'outil de la justice divine mais de la justice des hommes dans le but de faire régner l'ordre public³²¹. Une première limite fragilise cette théorie. Elle confond la loi pénale et la loi morale (ou religieuse) qui porte atteinte à la liberté religieuse³²². Néanmoins, il ne faut pas négliger les apports de la religion et du droit canonique, qui contrairement aux idées reçues, sont plus humanistes qu'il est admis de penser. A partir du Moyen-Age et

³¹⁹ P. Glaudes, *Joseph de Maistre: Œuvres*, Robert Laffont, 2007.

³²⁰ Kant, Hegel, Rawls, Hampton et A. Von Hirsch.

³²¹ R. Bernardini, *Droit criminel...op.cit.*, p 71 et s.

³²² Ibid., p 71 et s.

surtout de la Renaissance, la religion était un prétexte pour asseoir l'autorité du Roi et de ses Seigneurs. Pour soumettre le peuple, rien n'est plus efficace que la menace de la colère de Dieu appuyée par une justice impitoyable qui étouffe les soulèvements. De ce fait, le droit canonique nuance la politique criminelle rétributive et développe les prémices de la politique criminelle moderne du XVIIe siècle. La sanction est expiatoire mais elle a aussi pour finalité la rédemption et la resocialisation du condamné. Le sens moral de la peine est évincé au profit de l'utilité de celle-ci. Moins sévère, plus humaine, elle favorise la recherche de l'amendement. La pénitence évolue au gré de la volonté religieuse catholique de réformer les âmes. En Amérique, l'influence humaniste du puritanisme protestant anglo-saxon est rapportée des voyages de Tocqueville et de Beaumont³²³. Le modèle philadelpheien³²⁴ est transporté en France et dans les congrès internationaux³²⁵. Il représente une grande avancée humaniste surtout par rapport au modèle carcéral français. Il prône un encellulement carcéral individuel³²⁶, une rigueur disciplinaire et une forte présence religieuse pour amender le condamné à travers la méditation. L'enfermement cellulaire est plus propice à la réflexion et à l'obtention du pardon. Cette évolution est à la lumière d'aujourd'hui un traitement encore très inhumain. Au siècle des lumières, le courant de pensée laïc oppose la loi religieuse à la loi naturelle de l'homme. Ainsi la fin de la Renaissance marque l'abandon de la justice absolue pour une ouverture vers une peine utilitaire.

50. L'Ecole utilitariste profite des mouvements révolutionnaires en France et à l'étranger pour développer sa doctrine dont le principe de légalité criminelle. Le droit pénal se modernise à travers toute l'Europe à l'image de la *Pétition of rights* de 1628 en Angleterre. Elle apporte des garanties de légalité des arrestations, des poursuites et des condamnations. *L'habeas corpus* de 1679 et la Déclaration des droits de 1679 inspirent en France la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dans son article 7, garantie une protection contre la détention arbitraire et dans son article 8 le principe de la légalité criminelle et des peines nécessaires. Ces textes consacrent la présomption d'innocence, les droits de la défense ainsi que la proportionnalité des peines en relation avec la gravité de l'infraction et l'interdiction des peines cruelles³²⁷. Ainsi se dessinent les contours d'une peine humaniste tournée vers l'avenir du condamné. Les philosophes du XVIIIe siècle dont Montesquieu, rejettent l'arbitraire des juges et les privilèges accordés aux aristocrates. La justice royale tyrannique et arbitraire n'a plus de légitimité. Au contraire elle doit être guidée par des lois placées au-dessus du Roi et des juges. Elles sont démocratiquement choisies par le peuple en exécution du Contrat Social décrit par Jean- Jacques Rousseau³²⁸ devenu le Pacte Républicain. La légalité criminelle, l'égalité des lois et l'humanité des peines utiles sont les principes de l'Ecole Utilitariste Classique. Beccaria, le fondateur de cette Ecole traduit juridiquement leurs réflexions par un *Traité des délits et des peines* en 1764. Le principe de la légalité des délits et des peines est présenté comme un rempart à l'arbitraire. Les incriminations et les sanctions sont prévues préalablement par des textes fixes et littéralement appliqués par le

³²³ V. M. Herzog-Evans, *Droit Pénitentiaire...op.cit.*, p16, note 2 et 6.

³²⁴ V. Duc de la Rochefoucault-Liancourt, *Les prisons de Philadelphie vue par les européens*, Philadelphie, 1796.

³²⁵ V. M. Tanguy, Le congrès international de Stockholm, jeunesse de la réforme pénitentiaire, Histoire pénitentiaire, Ministère de la justice, travaux et documentations, n° 73,2007, p47.

³²⁶ Plusieurs réformes pénitentiaires ont été tentées en France entre 1796 et 1875 pour instaurer des cellules individuelles, mais elles ont toutes échouées à cause du manque de moyen, M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire... op.cit.*, p17.

³²⁷ Y. Jeanclos, *La justice pénale en France, dimension historique et européenne*, Dalloz, 2011, p 9.

³²⁸ V. J.J Rousseau, *Du contrat social*, 1762.

juge. Il ne peut plus interpréter les sanctions évitant la tentation de l'arbitraire dans le prononcé de la culpabilité et le choix de la nature et du quantum de la peine. « *Dans les Etats despotiques, il n'y a point de loi, le juge est lui-même sa règle. Dans les Etats monarchiques, il y a une loi : là où elle est précise, le juge la suit : là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi* »³²⁹. Le juge recherche le juste équilibre entre la lettre et l'esprit de la loi lorsque celle-ci n'est pas suffisamment précise. Contrairement à Montesquieu, Beccaria précise que le principe de la légalité criminelle impose au juge d'interpréter strictement les règles légales. En contrepartie, la rédaction des lois doit être parfaitement claire, précise et complète pour empêcher le juge de rechercher l'esprit de la loi et de retomber dans l'arbitraire. Ce principe s'applique aussi à la clémence et au droit de grâce.

Le juge applique le principe de légalité criminelle suivant la méthode du syllogisme juridique comparable au sophisme. Cette réflexion en trois temps s'articule autour de la majeure qui énonce la loi générale, la mineure qui qualifie juridiquement les faits. La conclusion est la solution juridique de la majeure appliquée à la mineure qui se prononce sur l'illégalité des faits justifiant une condamnation, un non-lieu ou un acquittement dans le cas contraire³³⁰. La règle de droit appliquée aux faits relève des critères objectifs à partir de droits objectifs pour énoncer, en conclusion, des droits subjectifs adaptés à la personne du condamné au nom d'une peine utile. D'un point de vue pratique, l'incrimination est automatiquement punie par une peine préfixée par les textes. Pour le délinquant, l'opportunité de connaître *ante delictum* le coût de l'infraction lui permet de peser le pour et le contre avant d'entreprendre son méfait. En conséquence, le principe de la légalité criminelle est un gage de sécurité juridique contre l'arbitraire. Ce principe a un rôle dissuasif dans le choix de l'élaboration du dessein criminel si la peine est suffisamment élevée. Un quantum plus élevé de la peine encourue dissuaderait le passage à l'acte. Le principe de légalité criminelle est un moyen de prévention de la récidive par la dissuasion, sachant qu'une nouvelle infraction sera plus lourdement punie. L'Ecole Utilitariste classique démontre nettement une différence avec la rétribution appliquée par la justice Absolue. L'objectif n'est plus uniquement de punir mais de prévenir la récidive en adaptant les peines aux infractions. Par la suite elles s'adapteront à la personnalité. L'étude des principes fondamentaux du droit développés par les Utilitaristes est essentielle pour comprendre le chemin emprunté depuis plus de deux siècles dans la lutte contre la récidive. D'autres doctrines dépasseront l'Utilitarisme classique comme celle de Bentham³³¹ ou encore l'Ecole de la Défense sociale qui prône la mesure de sûreté. Le contrat social qui unit les hommes à la société n'inclut pas le consentement aux peines atroces ou à la torture arbitrairement décidé lors d'une condamnation. Les peines rétributives outrepassent le simple droit de punir. La torture et la peine de mort sont incohérentes avec la société moderne, seule la prison reste socialement acceptable. En 1791, le code pénal supprime les sanctions corporelles laissant ainsi la place aux utilitaristes pour combler les lacunes de la politique pénale en appliquant des principes qui favorise l'amendement et la réinsertion du condamné.

³²⁹ Montesquieu in J.M. Carbasse, *Histoire du droit...op.cit.*, p395.

³³⁰ Voir ce sujet : C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Droz, 1965, IV.

³³¹ V. J. Bentham, *Déontologie With An Article On Utilitarianism*, collected works, éd A. Goldworth, Oxford Clarendon Press 1983 rééd. 1992; E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'harmattan, 2011.

51. L'utilité sociale de la peine est le fil conducteur d'une politique criminelle moderne qui lutte efficacement contre la récidive. Elle se fonde sur la raison et non sur la moralité issue de la passion vengeresse comme l'illustre si bien la théorie kantienne de « *l'apologie de l'île abandonnée* »³³². Au nom de la morale, le criminel reste puni de mort en dépit de la disparition de la société qui l'a condamné. Cette peine ne traduit que la vengeance et en rien l'utilité. Pour que la peine soit socialement utile, elle doit être préalablement acceptée par les membres de la société et de ce fait connue de tous. Le principe de la légalité criminelle une arme de défense contre l'arbitraire du juge qui devient un exécutant en appliquant les lois claires et précises sans pouvoir d'interprétation. La nature et le quantum des peines ne sont plus aléatoires. Elles sont modérées et humaines, préalablement choisies par le législateur. Les peines sont les mêmes pour tous puisque tous les citoyens sont égaux devant la loi³³³. La peine ne brise plus l'homme, elle lui offre une seconde chance de s'amender et de se réinsérer.

Nonobstant, la sécurité juridique créée par l'absence d'individualisation elle n'en demeure pas moins une injustice pour celui qui aurait pu bénéficier d'une peine plus adaptée aux circonstances et utile à sa personnalité favorisant une meilleure réinsertion. La peine ne doit plus uniquement réprimer l'acte passé, elle doit aussi être utile pour que le condamné ne réitère pas son comportement à l'avenir. Le mal subi par le condamné ne doit pas être supérieur à celui subi par la victime. Une peine trop sévère peut bloquer le processus d'amendement qui aurait été plus facilement obtenu à l'aide d'une peine prompte et modérée.

52. Le principe de subsidiarité exclut les peines superflues sauf dans les cas où il est possible d'atteindre le même résultat par un moyen plus doux tel que des programmes d'instruction et autres remèdes pénaux préventifs. Le châtement doit être nécessaire c'est-à-dire avoir un effet positif sur le coupable. Il suffit que « *le mal qu'il cause dépasse le bien que le coupable a retiré du crime et que toute sévérité qui passe ses limites devient superflue et par conséquent tyrannique* »³³⁴. La peine est donc proportionnée à la gravité de l'infraction ce qui implique que le législateur doit employer des moyens plus forts en fonction de l'impact sur l'ordre public.
53. Hors les cas de réparation ou d'amende, la peine d'emprisonnement est l'instrument privilégié de la période révolutionnaire et s'imposera comme un modèle de référence³³⁵. Elle est l'instrument qui permet le mieux d'appliquer les principes de l'école utilitaire et de respecter les droits de l'homme. L'éventail des quantum facilite l'application du principe de proportionnalité et de promptitude de la peine. Elle laisse aussi le temps au condamné de réfléchir à ses actes et de demander pardon à la société avec l'aide d'aumônier. La privation de liberté réprime le « *bien civique le plus précieux* »³³⁶. À l'origine, la prison est une peine afflictive soumise à un droit pénitentiaire dérogatoire. Un sous-droit « *anormalif et infranormalif* »³³⁷ qui encadre disciplinairement les détenus.

³³² E. Kant, *Métaphysique des mœurs*...*op.cit.*, p216.

³³³ Art. 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et repris dans l'art 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies du 10 décembre 1948.

³³⁴ Beccaria C., *Des délits et des peines*, nouvelle édition par F. Hélie, Paris Guillaumin et compagnie, 1856, p 89 ; V., *Des délits et des peines*, 1764, rééd, Flammarion, 1992, p 72, 136 et 179.

³³⁵ J. Pinatel, « Philosophie carcérale, technologie politique et criminologie clinique », *RSC* 1975, p 753.

³³⁶ J. Leaute, *Les prisons*, PUF, Que sais-je ?, 1990, p5.

³³⁷ « *Nous entendons par anormalif, un domaine ou bien qu'existantes, les normes de juridique ne remplissent pas leur rôle habituel, qui est de régir soit en raison de leur faiblesse intrinsèque, soit en raison*

Après la Révolution, la prison est volontairement humanisée suite aux réclamations ressortant des cahiers de doléances. A l'origine, la prison était principalement une peine politique, familiale ou préventive³³⁸ qui touchait un public beaucoup plus large qu'aujourd'hui. Son évolution s'accompagne d'une mise en œuvre efficace de la répression quant à son exécution et son effet dissuasif³³⁹.

54. La peine utile est aussi une peine certaine et prompte. La certitude de la peine découle de la légalité criminelle qui impose au juge l'application automatique et objective de la loi. La promptitude émane d'une réaction pénale claire et précise que ce soit dans son jugement ou dans la durée de la peine dont l'utilité dépend du quantum. Ce temps est utile pour resocialiser le condamné et pour qu'il comprenne son erreur. La peine est utilisée pour s'amender de son crime et devenir une personne honnête et respectable. Elle efface le mal pour laisser place au bien pour toujours. Une peine utile s'oppose donc à la peine rétributive, elle est moins sévère et libère le condamné à la fin de sa peine pour lui laisser une seconde chance. Il porte sur ses épaules le poids du succès ou l'échec du système utilitaire. La récidive est la preuve de l'échec de sa réinsertion et de l'inefficacité d'une peine prompte ainsi que du système axé sur la prévention plutôt que sur la répression. La récidive est un indicateur d'inutilité de la peine. Le quantum n'étant pas assez élevé la première fois pour le dissuader de recommencer, le récidiviste sera doublement réprimé. Le sens de l'utilité de la peine peut s'entendre de façon inverse par le malfaiteur. La punition peut être bénéfique pour un condamné réceptif à l'amendement, mais elle peut s'avérer être le moteur d'une nouvelle criminalité non pas parce que la prison est criminogène mais parce que le risque d'une peine est moins fort que l'appât du gain.

b. Une utilité calculée

55. Contrairement à l'effet souhaité, la peine connue d'avance peut encourager la commission de l'infraction. Un calcul est réalisé pour obtenir un rapport favorable entre le risque d'une condamnation et le bénéfice tiré de la commission de l'infraction. L'utilité de la peine peut donc s'étudier suivant deux prismes, selon que l'infraction ait été commise ou non.
56. La première conception de l'utilité correspond à l'accessoire de la peine. Il y a une peine dont la nature et le quantum sont indissociables de l'objectif d'utilité poursuivi. Il ne sera effectivement atteint qu'à travers l'existence ou non d'une rechute dans la délinquance ou la criminalité. Sur l'échelle du temps elle s'exerce concomitamment et postérieurement à l'exécution de la peine puisque ces effets sont censés être bénéfiques à la réinsertion du délinquant. L'utilité est conçue comme une marque de confiance, une seconde chance accordée par la société au malfaiteur pour prévenir la récidive.

de leurs violations répétées. Nous entendons par infranormatif, un domaine où les normes juridiques dominantes, que ce soit quantitativement ou quant à la place effective dans la régulation d'un milieu ou d'un système juridique, qui leur est réservé, se situe en-deçà de ce qui est ordinairement tenu pour avoir une valeur normative. Il s'agira typiquement de circuler ou de notes », M.Herzog Evans, Droit pénitentiaire...op.cit.,p 15, note3.

³³⁸ La peine touchait autrefois le corps, la famille, la finance ou le droit de propriété ainsi que le statut du citoyen et la mendicité, voir à ce sujet : C. Carlier, Le dépôt de mendicité d'Amiens à la veille de la Révolution, Histoire pénitentiaire, vol7, ministère de la justice, travaux et documentation, n°74, 2008, p54.

³³⁹ M. Foucault, *Surveiller et punir...op.cit.*, p 5 et 9.

57. La deuxième conception de l'utilité s'exerce avant le commencement d'exécution de l'infraction. L'utilité de la peine est un facteur déterminant ancré dans l'intellect du potentiel malfaiteur. Il retrace le chemin du crime et les risques d'une condamnation. Le quantum prévu pour une peine déterminée est pris en compte dans l'équation. Un résultat positif l'encourage à basculer dans l'exécution. Dans ce cas de figure l'utilité n'est pas accessoire à la peine mais elle est un élément dissuasif ou persuasif situé très en amont dans le processus infractionnel, au stade de l'intention criminelle. La légalité des délits et des peines qui prévoit automatiquement et préalablement un quantum fixe en fonction de la gravité des faits est détourné de sa fonction pour devenir une aide précieuse dans le choix du passage à l'acte. Le calcul entre le bénéfice procuré par la transgression et le risque d'une condamnation est préalablement connu du délinquant qui jugera utile ou non d'enfreindre la loi. Cette méthode a peu d'effet intimidant sur les récidivistes atteints de troubles psychiatriques, psychologiques ou biologiques et qui sont inaptes à les résoudre. En revanche, cette méthode de calcul intéresse particulièrement les auteurs de la criminalité organisée, même internationale (trafic de drogue, d'arme, traite humaine) et une majorité de délinquants allant du primo-délinquant au multirécidiviste. En conséquence, connaître légalement les délits et les peines est un droit de l'homme qui le protège contre l'arbitraire mais qui peut être désavantageux dans la lutte contre la récidive, lorsque les peines sont peu élevées. Le risque d'une peine minimale encouragerait les actes répréhensibles surtout si l'individu est calculateur et astucieux, principale caractéristique du récidiviste. Instaurer un quantum élevé ou modéré pour prévenir la récidive est la question principalement soulevée par les peines utiles. Les peines planchers instaurées en 2007, puis récemment abrogées, répondaient aux malicieux récidivistes par un retour de la sévérité³⁴⁰. Les peines sont automatiquement élevées en exécution de critères objectifs dès la première puis la seconde récidive légale. Elles prévoyaient, en cas de vol simple, pour un premier délit, une peine encourue de 3 ans d'emprisonnement et de 45000€ d'amende³⁴¹. La peine sera obligatoirement et automatiquement au moins égale à un an d'emprisonnement si la récidive légale est relevée³⁴². Cette décision est prise quelle que soit la situation personnelle de l'individu, sauf s'il justifie de garanties d'insertion, devant être exceptionnelles dans certains cas³⁴³. L'individu ou le récidiviste peut calculer le bénéfice d'une infraction, mis en balance avec le quantum de peine encourue. Des malfaiteurs dépassent ce mode de calcul jusqu'à planifier leur capitularisation. L'affaire récente et très médiatisée d'un convoyeur de fonds qui vole le chargement, se rend à la justice puis est condamné sans rendre pour autant la totalité du butin volé est fortement soupçonné de vouloir profiter du reste à sa sortie³⁴⁴.

³⁴⁰ Loi du 10 août 2007 relative à la récidive des mineurs et des majeurs, instauration des peines planchers pour les récidivistes, art.132-18-1 (crimes) et art.132-19-1 (délits) du CP.

³⁴¹ Art. 311-3 du CP.

³⁴² Art. 132-19-1, 1^o du CP.

³⁴³ Art. 132-18-1 al 2 et 3 du CP., concernant les crimes et art. 132-19-1 al 3 et 4 du CP., concernant les délits.

³⁴⁴ Toni Musulin a été condamné à 3 ans de prison puis à 5 ans en appel en raison d'une nouvelle incrimination d'escroquerie à l'assurance, pour avoir volé 11,6 millions d'euros dans le fourgon de son employeur. Il s'est rendu à la police monégasque pour assumer les conséquences de son vol. Toutefois, il ne fournit aucune justification quant aux 2,5 millions d'euros manquant au butin retrouvé dans son garage. La police soupçonne une capitulation planifiée du convoyeur de fonds. Il n'encourait que 3 ans de prison pour un vol simple. Cette stratégie est perçue comme un moyen, pour le suspect de profiter ensuite au grand jour de sa prise. Ces soupçons sont corroborés par l'attitude de l'administration pénitentiaire qui l'a placé en isolement pour le protéger d'éventuelles pressions de codétenus. Primo délinquant ou récidiviste, il semble qu'il ait prémédité son acte au point de fasciner la population qui le compare à Mesrine, Spaggiari ou Arsène Lupin ; 20minutes.fr, Toni Musulin intrigue les enquêteurs et séduit le public, 9 nov.2009, Le

L'être humain recherche naturellement un intérêt et un plaisir qu'il calcule tout au long de sa vie pour assurer son bonheur. Il prend en compte les jouissances et les douleurs procurées par ses actes. Tous les plaisirs n'ont pas la même valeur supposant qu'un choix doit s'opérer entre eux. Certains comportements ont des conséquences douloureuses mais d'une grande utilité pour l'avenir.

58. L'introduction de la doctrine utilitaire dans le droit pénal est à l'origine de la crise qui la traverse. Les disciples de Bentham ont soumis à la loi pénale la logique du calcul utilitaire d'essence économique « *qui fait de l'homo au criminalis un homo oeconomicus dont on peut manipuler l'intention criminelle* »³⁴⁵. Bentham développe une morale de l'utilité théorisée par le principe de « *l'arithmétique pénale* »³⁴⁶ toujours dans un objectif de prévention du crime³⁴⁷. A partir d'un calcul basé sur le bénéfice tiré de la commission du délit ou du crime par rapport au risque encouru la sanction, la peine envisagée est utile pour dissuader le délinquant. Le bonheur est pour lui la plus grande somme de plaisir diminuée de la plus grande somme de douleur. « *Une action est utile quand la somme de ses conséquences agréables l'emporte sur celle de ses conséquences pénibles. La morale est donc le calcul de l'utilité des actes humains et devient une arithmétique des plaisirs* »³⁴⁸. La notion de coût-avantage fragilise le sens et la portée de la peine car elle réduit celle de responsabilité et d'imputabilité. La pesée mathématique entre l'intérêt particulier et l'intérêt général est utilisé dans le but de déterminer le niveau le plus efficace et le plus rentable de la sanction. « *Le droit est désormais appelé à devenir une économie politique du pouvoir de punir* »³⁴⁹.

« *L'homo criminalis, le délinquant apparaît en effet comme la forme la plus achevée de l'homo oeconomicus moderne. Mû, selon les utilitaristes, par le souci de rentabilité de ces délits, excellent calculateur des profits et pertes, l'homo criminalis serait un véritable consommateur des crimes* »³⁵⁰. Dans son esprit, le criminel à l'obsession d'optimiser son bonheur matériel. Bentham le définit comme une quantité et une qualité de bien-être à prendre en compte. « *La quantité dépend de la sensibilité générale, la sensibilité au plaisir et à la douleur en général ; la qualité dépend de la sensibilité particulière : c'est-à-dire du fait qu'un homme soit plus sensible au plaisir ou à la douleur provenant de telle ou telle source, que de ceux qui proviennent de tel ou tel autre.* »³⁵¹. La mise en balance des plaisirs et des peines applique la théorie de l'arithmétique pénale. « *L'utilitarisme vise seulement à rendre nettement positif le bilan qui résulte du décompte des plaisirs et des douleurs* »³⁵². Le droit pénal doit prévenir les douleurs et assurer les plaisirs par une législation sécuritaire et préventive. Kant s'oppose à Bentham qui rejette les droits naturels et subjectifs, pour céder aux méthodes scientifiques appliquées aux sciences morales.

Figaro.fr, Toni Musulin reste muet sur le butin manquant, 17 nov. 2009

³⁴⁵ E. Gilardeau, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'harmattan, 2011, p7.

³⁴⁶ Ibid., p9.

³⁴⁷ V. P. Raynaud et S. Rials, dir., *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2008, p53 et s.

³⁴⁸ G.Sortais, *Précis de philosophie scientifique et de philosophie morale*, P.Lethielleux, 1905, p408 s.

³⁴⁹ E. Gilardeau, *A l'aube du...op.cit.*, p8.

³⁵⁰ Ibid., p8.

³⁵¹ J. Bentham, *Déontology With An Article On Utilitarianism*, collected works, éd A. Goldworth, Oxford Clarendon Press 1983 rééd. 1992, I, 3, p130 in, Ibid p 9.

³⁵² M-L Leroy, *Félicité publique et droits de l'individu dans l'utilitarisme de Jérémy Bentham*, Th.philosophie, Lille, Mars 2003, Vol.1, p59.

L'intérêt personnel équivaut à l'intérêt général au même titre que la « main invisible » de l'économiste Adam Smith³⁵³. Le bonheur d'un individu dépend du bonheur des autres notamment parce que l'homme est interdépendant. « *En travaillant pour la ruche, l'abeille travaille pour elle-même* »³⁵⁴. Par analogie, une peine utile au condamné le sera forcément pour une société sécurisée. Seul le baromètre de la récidive pourra bousculer cet équilibre, comme étant l'indicateur de l'inefficacité du système pénal.

- 59.** Le rejet de l'absolutisme et le développement de peines humaines ouvrent la boîte de Pandore des récidivistes. Caractérisés par leur profonde humanité et leur intelligence à déjouer les règles de la société avec malice, l'arsenal juridique devra redoubler d'ingéniosité pour pourfendre ces frondeurs. L'utilité de la peine conçue comme un outil de lutte contre la récidive est détournée de son objectif premier pour devenir dans certains cas (vol ou escroquerie) un facteur déterminant dans la réalisation de l'infraction. Le principe de la prévention qui modère et humanise la peine est mis à mal par le détournement du concept fondamental d'utilité employé à des fins contraires aux objectifs recherchés qui est la prévention contre la récidive. Trop d'humanité dans la loi tue l'humanité qu'elle défend. Il est temps pour la doctrine de réfléchir à une nouvelle idéologie qui mettra d'accord les conservateurs et les humanistes dans le but de protéger la société en prévenant la récidive.

B. Des peines préventives

- 60.** La prévention dans la lutte contre la criminalité résulte de l'avancée des droits de l'homme qui rejette les peines atroces et trop sévères. La peine utile intègre l'idée d'une peine mais à condition qu'elle soit courte, prompte et proportionnée à l'acte commis. Les caractéristiques des théories répressives et préventives tentent de cohabiter pour accorder les principes communs de la prévention **(a)**. Cette dernière peut s'analyser indépendamment de la dichotomie traditionnelle des paradigmes. Les intérêts en jeu sont antagonistes. Il faut d'abord protéger la société en neutralisant le récidiviste tout en respectant ses droits si possible. Le mouvement de prévention se caractérise principalement par la création de sanction hybride, devant des instruments qui sanctionnent un risque de dangerosité **(b)**.

a. Des peines conciliables

- 61.** La prévention met plusieurs siècles avant d'imposer le développement des mesures de sûreté à mi-chemin entre prévention et rétribution. A l'origine, une peine tournée vers l'avenir n'est que secondaire. Pourtant, la prévention semble, théoriquement, lutter contre la récidive **(1)** car elle est dissuasive **(2)** par le biais d'une prévention spéciale **(3)** qui réhabilite le criminel **(4)**.

³⁵³ A. Smith, Les actions guidées par le seul intérêt personnel peuvent contribuer à la richesse et au bien-être commun, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV, ch. 2, éd. Flammarion, 1991, tome II p. 42-43.

³⁵⁴ G. Sortais, *Précis de philosophie...* op.cit., p 409.

1. Une prévention accessoire

62. Une peine utile prévient la récidive car elle intègre une mesure dissuasive qui neutralise dans le but de réhabiliter. La conciliation entre répression et prévention de la récidive est problématique. Il s'agit d'une question de dosage et d'équilibre des différents objectifs poursuivis par la peine. Une adéquation et un manque de cohérence conduiront à la récidive du condamné. La conception utilitaire de la peine contrairement à la rétribution met l'accent sur la prévention de la récidive.

La prévention se définit comme « *l'ensemble des mesures et institutions destinées à empêcher ou au moins 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* »³⁵⁵. Les peines préventives se caractérisent par une affliction qui consiste à déposséder le condamné, supprimer ses droits et imposer une souffrance. Le problème consiste à définir la nature et le quantum de cette peine, proportionnée au mal subi par la victime. Beccaria favorise une peine juste et proportionnelle qui ne doit pas excéder un certain seuil, à défaut, la peine serait superflue et tyrannique. Les peines préventives, surtout dans les sociétés modernes, ont un caractère infamant tel le blâme, la stigmatisation ou encore l'atteinte à son honneur et à sa réputation, marque de la réprobation sociale.

63. La théorie utilitariste offre les prémices de la notion de prévention qui sera dans ce cadre principalement développée par Bentham. L'utilitarisme inspire fortement le projet de l'an IX du Consulat, même s'il reste très sévère envers les récidivistes toujours identifiés par des signes distinctifs extérieurs dus à leur marquage. Le code pénal de 1810 montre cependant une relative sévérité des peines. Elles ne doivent plus viser l'amélioration du couple ni être une vengeance. L'utilité sociale de la peine reste perceptible dans l'élan humaniste qui souffle sur les politiques criminelles mais ces peines doivent prévenir les crimes et rester intimidantes. Le code pénal reste particulièrement sévère envers les récidivistes. L'utilité des peines dans un but préventif est qualifiée de réformiste car, en excluant la prédominance d'une rétribution elle opère en faveur d'une peine certes intimidante mais elle réforme l'individu pour qu'il se réinsère, meilleur moyen pour défendre la société des malfaiteurs. Le postulat de départ est qu'une infraction correspond à la violation de préceptes moraux alors que la sanction ne prend pas en compte ces considérations morales. La punition doit se révéler plus préventive que répressive. C'est pourquoi la proportion entre la peine et le délit doit être calculée au plus juste. Il n'y a donc pas suffisamment d'intérêt à sacrifier la vie d'un homme en réponse à son acte criminel. Quelle que soit l'atrocité des modalités de la peine de mort, l'exemplarité de cette peine ne sera pas aussi impressionnante et durable sur l'esprit des hommes, telle qu'une condamnation à des travaux forcés à perpétuité. Il faut au contraire permettre d'améliorer l'individu pour l'avenir, d'autant plus qu'un homme qui travaille dans l'intérêt général est plus utile qu'un cadavre³⁵⁶.

64. La prévention a pour objectif de toucher deux catégories d'individus à travers la prévention générale et la prévention spéciale. La prévention générale consiste à dissuader

³⁵⁵ G.Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000.

³⁵⁶ Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, bibl. philos. V, p20-21 : « Un homme dévoué tous les jours de sa vie à préserver une contrée d'inondations par des digues, ou à creuser des canaux...ou à dessécher des marais empestés, rend plus de services à l'État qu'un squelette branlant à un poteau par une chaîne de fer », cité par Carbasse J-M, *Histoire du droit pénal... op.cit.*, p 397.

ou intimider collectivement les candidats à la délinquance. Il s'agit d'une dissuasion qui vise la masse alors que la prévention spéciale consiste à réadapter le coupable. Il s'agit de la finalité rationnelle par excellence. Le châtement empêche d'une part le coupable de nuire dans le futur et d'autre part il agit sur la peur des concitoyens qui vont se détourner de la criminalité. La prévention générale justifiait la peine et en même temps constitue l'objectif de celle-ci. Elle transmet une valeur exemplaire dans un but dissuasif.

2. Une prévention dissuasive

65. La rétribution intimide le criminel alors que la prévention utilise le terme de dissuasion. Ce terme évoque plus de douceur relative dans le régime pénal. Sous l'antiquité Platon refusait la vengeance dénuée de raison à moins d'être une bête féroce. « *Celui qui a le souci de punir intelligemment ne frappe pas à cause du passé mais en prévision de l'avenir afin que ni le coupable ni les témoins de cette punition ne soient tentés de recommencer* »³⁵⁷. Il précise que le traitement des incurables n'emporte pas d'autre choix que celui de la peine de mort puisque tout remède serait impuissant. Ses idées ont curieusement alimenté la théorie rétributive puis les théories utilitaristes³⁵⁸. Sénèque, exposait l'importance de la prévention en neutralisant le coupable par un châtement exemplaire qui le détourne des autres actions nuisibles³⁵⁹. « *Le sage ne punit pas parce que la faute a été commise, mais pour qu'il ne soit plus commis de faute* »³⁶⁰.

La vengeance tournée vers le passé exige un retour en arrière en infligeant une peine. Ignorer que le fait se soit produit alors qu'il s'est produit est une gymnastique de l'esprit dénuée de bon sens qui ne peut pas être guidé par la passion. A l'inverse dans le débat utilitaire, c'est avec raison que l'avenir de la société est protégé, il faut donc réfléchir à prévenir efficacement le crime. L'exemplarité et l'intimidation ne sont pas suffisamment efficaces pour prévenir les actes malveillants. Néanmoins, sans réellement dégager une ligne de conduite préventive, l'intimidation collective et individuelle permet une neutralisation relative de la délinquance.

Le modèle préventif, défendu au détriment de celui de la rétribution prend forme lors des réflexions philosophiques des lumières au sujet de la matière pénale, de l'arbitraire et des peines. Montesquieu, Voltaire ou Rousseau défendent l'idée que dans un état modéré, pour empêcher les délits il ne faut pas simplement se borner à les punir puisque cela n'est en rien utile, surtout lorsque l'on donne la mort, mais il vaut mieux s'attacher à les prévenir. Montesquieu distingue les régimes despotiques qui terrorisent en prononçant des peines atroces et les régimes modernes dont l'intelligence et la supériorité se traduisent par des peines raisonnables, donc utiles. Beccaria et Bentham traduisent juridiquement leurs pensées en s'appuyant sur le courant de L'Ecole utilitariste. Ils excluent radicalement l'unique exigence punitive de la peine. Le but principal est de prévenir les délits et les crimes en donnant une faible importance aux choses du passé pour se concentrer uniquement sur l'avenir.

En schématisant, les peines rétributives sont forcément plus sévères car elles répriment un acte passé alors que les peines préventives sont plus douces en faveur d'une réhabilitation du condamné. Ce n'est pas en brisant l'humain qu'on fait de lui un homme

³⁵⁷ Platon, *Protagoras, œuvres complètes*, Paris, Les belles lettres, 1984, p. 39.

³⁵⁸ M. Van De Kerchove., *Sens et non-sens ...op.cit.*, p181 et s.

³⁵⁹ Sénèque, De ira, cité par Carbasse, *Histoire du droit pénal...*op.cit.,p 80.

³⁶⁰ Bongert Y., *La philosophie pénale chez Sénèque*, Naples, 1993, cité par ibid., p 80.

meilleur. Il n'éprouverait que frustration, humiliation, haine et à son tour un désir de vengeance envers la justice et la société des hommes. Toutefois, c'est dans ce sens que tend l'autre aspect de la prévention lorsqu'elle est spéciale.

3. Une prévention spéciale

66. La prévention spéciale a pour objectif l'intimidation, la neutralisation du pouvoir de nuire du criminel et du récidiviste. La prévention spéciale est selon Bentham le meilleur instrument pour lutter contre la récidive. Elle ôte au récidiviste le pouvoir physique de recommencer (capacité physique), elle lui fait perdre le désir de mal agir (réformation morale) et lui ôte l'audace (intimidation). La prévention spéciale a un effet considérable contre le récidiviste qui ne peut plus commettre le délit parce qu'il ne veut plus et surtout parce qu'il n'ose plus³⁶¹. Il s'agit d'une neutralisation aussi appelée incapacitation. L'intéressé est purement et simplement éliminé pour l'empêcher selon le degré de la neutralisation, de manière permanente ou momentanée de nuire à autrui et à la société. Elle enlève le pouvoir de récidiver. Bentham précise que le manquement initial traduit le risque de récidive. La nature de ce crime ou délit est un signe avant-coureur d'une récidive.
67. Inversement, Garofalo de l'Ecole positiviste italienne, envisage une élimination absolue en fonction du type de délinquant. Concrètement, la neutralisation prend différentes formes au long de l'histoire et surtout depuis 200 ans. Les criminels étaient déportés, transportés, puis particulièrement pour les récidivistes, relégués. L'enfermement carcéral est devenu depuis le XIX^{ème} siècle le meilleur moyen de lutter contre la récidive. En effet, les peines planchers depuis 2007 aggravent le quantum des peines engendrant une neutralisation plus longue pour les récidivistes dans les prisons. La surpopulation carcérale conduit le juge à aménager les peines de prison allant jusqu'à deux ans³⁶². L'effectivité des lois et surtout l'effectivité de l'exécution des peines posent des difficultés. Les juges seraient laxistes, trop sensibles pour incarcérer les primo-délinquants dans des lieux qui détruisent plus qu'ils ne réforment et dont les conditions de détention à elles seules feraient perdre le goût de la délinquance³⁶³. Les réclamations d'une partie de l'électorat pour plus de fermeté dans l'exécution des peines fait voler en éclat l'idée que prévenir c'est moins réprimer. Le gouvernement choisi de rendre plus efficace leur exécution en limitant ce type d'aménagement. Il souhaite accroître le nombre de place en prison en construisant de nouveaux établissements. Réquisitionner des bases militaires pour renforcer l'exécution des peines dans l'objectif de réhabiliter le condamné est une idée récemment proposée³⁶⁴.

³⁶¹ M. Van De Kerchove, *Sens et non-sens ...op.cit*, p 209

³⁶² Art. 723-1 CPP : « Le juge de l'application des peines peut prévoir que la peine s'exécutera sous le régime de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur soit en cas de condamnation à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas deux ans, soit lorsqu'il reste à subir par le condamné une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas deux ans. Les durées de deux ans prévues par le présent alinéa sont réduites à un an si le condamné est en état de récidive légale ».

³⁶³ V. Vasseur, *Médecin chef à la prison de la santé*, LGF, 2001.

³⁶⁴ E. Ciotti, « 50 propositions pour une meilleure efficacité de l'exécution des peines », Rapport remis au Président de la République le 7 juin 2011.

4. Une vertu réhabilitative

68. La réhabilitation « suppose non seulement qu'une peine ait été prononcée, mais encore qu'elle ait été exécutée ou, tout au moins, qu'elles puissent être tenue pour exécutée »³⁶⁵. Elle se distingue de l'amnistie qui fait obstacle à la réhabilitation puisqu'elle n'efface pas la peine à l'inverse de la grâce et de la prescription qui interviennent après l'exécution de la peine. Le condamné est réhabilité dans ses droits et sa peine est effacée en tout ou partie de son casier judiciaire (bulletin n° 2 et n°3) pour récompenser son effort de resocialisation³⁶⁶. La réhabilitation replace le nom du condamné dans son honneur en levant l'infamie sur lui. Elle fait cesser les effets de la peine dans le futur.
69. Insérée dans le code pénal de 1791 la réhabilitation est un rituel solennel qui résonne comme un « baptême civique »³⁶⁷ et son existence fermement défendue par Lepeletier De Saint Fargeau est une récompense efficace pour lutter contre la récidive. A l'origine elle est prononcée 10 ans après la fin de l'exécution de la peine par le tribunal criminel après un procès oral public. L'officier municipal demandait si l'ancien condamné avait bien expié son crime en exécutant sa peine et demandait au nom de son pays que « la tâche de son crime soit effacée »³⁶⁸. Cette formule performative, qui sonnait comme les paroles d'un rituel devant le Président du tribunal et les citoyens, est indispensable pour enlèvement de la tâche du crime sur l'ancien condamné. Cette deuxième naissance lui donne le droit de retourner à la vie civile sans stigmates, sans chaînes invisibles qui le freinent. En déclarant que la peine l'a corrigé et que la société peut lui offrir une seconde chance, la procédure de réhabilitation contredit l'incorrigibilité du récidiviste qui s'est métamorphosé³⁶⁹. La réhabilitation clos la chaîne d'un système judiciaire efficace.
70. La notion de réhabilitation fait alors espérer une réforme de la prison et de la peine générale tournée vers l'amélioration de l'homme et de son esprit. Cependant, l'idée de réhabiliter des criminels suscite un certain scepticisme sur la portée à long terme de l'amendement du récidiviste surtout s'il a été dangereux³⁷⁰. La réhabilitation contredit le préjugé d'incorrigibilité qui pèse sur le récidiviste. Elle ne serait qu'une espérance illusoire et en 1808 son champ d'application est restreint. Les conditions de demande de réhabilitation excluent les récidivistes. Seules les incapacités pouvaient être annulées. La société du XIX^{ème} siècle affiche fermement sa volonté de stigmatiser tout au long de sa vie celui qui aura chuté au moins une seconde fois. Quel est l'intérêt de produire des efforts de réinsertion si la réhabilitation est impossible ? Comment le récidiviste peut-il se réinsérer si les portes du travail, du logement ou de l'éducation lui sont fermées ? Aucune chance de réinsertion n'est donnée au récidiviste même sous la forme du pardon. Après l'exécution de sa peine pénale, le récidiviste reste dans son statut et subit la peine choisie par la société.

³⁶⁵ M. Van De Kerchove, *Quand dire c'est punir*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p 267.

³⁶⁶ Art. 133-13 et s. du CP.

³⁶⁷ Lepeletier in Van De Kerchove, *Quand dire ...op.cit.*, p268.

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ Exposé du conte de Treichard séance du 7 sept 1808 in *Ibid.*, p 268.

³⁷⁰ « Unité de perfectibilité, rarement applicable aux hommes en général, plus rarement encore aux âmes qui se sont altérées dans le crime, presque chimérique pour celle qui se sont souillées de crimes atroces, ou dont la profonde corruption s'est manifestée par des récidivistes » ; Target, observation sur le projet de code criminel, in *Ibid.*, p 269 note 1264.

71. La société contemporaine, depuis 1990, a facilité cette procédure de réhabilitation de plein droit (réhabilitation légale) après un certain délai suite à l'expiration de la peine ou de la prescription qui varie selon le domaine contraventionnel et correctionnel³⁷¹. Pour les récidivistes le délai est doublé. La réhabilitation judiciaire quant à elle contourne les conditions restrictives de la réhabilitation légale pour les autres condamnés qui justifient « *d'un comportement méritoire exceptionnel* »³⁷². Certaines infractions disparaissent du casier judiciaire après un certain délai à partir du jour de la fin d'exécution de la peine³⁷³. Elle est automatique dès lors qu'il n'existe pas de nouvelle condamnation. Son automaticité reste critiquée car elle ne s'intéresse pas au relèvement effectif du condamné qui mériterait le pardon de la société. Elle s'oppose ainsi au principe d'individualisation des peines et s'applique seulement sur la base d'une présomption de bonne conduite déduite de l'absence de nouvelle condamnation. La société française a bien changé en accordant une seconde chance au récidiviste même si dans les faits elle ne remplit pas les conditions qui correspondent au niveau d'exigence de réinsertion du condamné. L'effacement de la peine n'est plus automatiquement concomitant à la réhabilitation depuis la loi du 17 juin 1998 relative à la répression et à la prévention des infractions sexuelles. L'effacement de la peine reste possible après une enquête sur le relèvement du condamné et une ordonnance de la chambre de l'instruction³⁷⁴. La réhabilitation ne replace pas le condamné dans l'état dans lequel il était avant sa condamnation. Les limites à l'effacement de la peine sur le casier judiciaire traduisent le niveau de pardon que la société est capable de donner. L'idée de redevenir blanc comme neige en obtenant la réhabilitation, guide le condamné sur le droit chemin. Lui couper la route lui retire certainement une chance de poursuivre sa quête du changement. La réhabilitation est bel et bien l'exemple d'un nouveau paradigme qui fonde une lutte moderne contre la récidive grâce au pardon des récidivistes. Elle est cependant le cheval de bataille des doctrines préventives à travers la notion de prévention spéciale.

72. La deuxième fonction de la prévention spéciale est d'obtenir l'amendement du condamné en le resocialisant et en le réinsérant dans la communauté. La réhabilitation est une notion dont l'origine se situe aux États-Unis. Elle précise que la peine d'emprisonnement a pour objectif de corriger et de réformer les délinquants voire de l'humaniser et non de l'éliminer. Cette philosophie se concrétise aux États-Unis en 1790 par un régime cellulaire³⁷⁵. La version américaine de la réhabilitation est une conception correctrice qui fait appel à la morale, à la pédagogie, puis plus tard à une véritable médicalisation de la peine conçue comme un remède thérapeutique³⁷⁶.

³⁷¹ « 1° Pour la condamnation à l'amende ou à la peine de jours-amende après un délai de trois ans à compter du jour du paiement de l'amende ou du montant global des jours-amende, de l'expiration de la contrainte judiciaire ou du délai de l'incarcération prévue par l'article 131-25 ou de la prescription accomplie ; 2° Pour la condamnation unique soit à un emprisonnement n'excédant pas un an, soit à une peine autre que la réclusion criminelle, la détention criminelle, l'emprisonnement, l'amende ou le jour-amende, après un délai de cinq ans à compter soit de l'exécution de la peine, soit de la prescription accomplie ; 3° Pour la condamnation unique à un emprisonnement n'excédant pas dix ans ou pour les condamnations multiples à l'emprisonnement dont l'ensemble ne dépasse pas cinq ans, après un délai de dix ans à compter soit de l'expiration de la peine subie, soit de la prescription accomplie », Art. 133-13 du CP.

³⁷² C. Gatto, *Le pardon en droit pénal...op.cit.*, p209.

³⁷³ Art. 798-1 du CPP.

³⁷⁴ Art.769 du CPP.

³⁷⁵ L'idéale de réhabilitation est consacrée dans une loi de 1786 et de 1784 qui créent le premier pénitencier des États-Unis *Walnut Street Jail* à Philadelphie en 1790, M. Van De Kerchove., *Quand dire ...op.cit.*, p 216.

³⁷⁶ Le déclin dans les années 1970 du modèle thérapeutique et de l'idéal de réhabilitation en raison de ses critiques vis-à-vis de la légalité, efficacité et légitimité. *Ibid.*, p 217.

La démarche réhabilitative implique une personnalisation des peines. Chaque criminel a un profil différent, avec des carences propres en relation avec la nature de l'infraction. Le principe d'individualisation des peines s'oppose au principe de l'interprétation stricte des lois qui découle de la légalité criminelle. On se trouve en présence de deux principes qui œuvrent en faveur de la lutte contre la récidive mais dont les modalités d'application s'entrechoquent. La prévention de la récidive suggère de prendre en compte le destin du malfaiteur en individualisant sa peine pour qu'il se réadapte. Souvent plus douce que prévue par les textes, la peine est décidée par le juge qui met en concurrence l'objectivité de la loi et la subjectivité de son appréciation personnelle et souveraine. Il récupère son pouvoir arbitraire d'adapter la loi et de passer outre son rôle de simple exécutant. Il n'est pas lié par la peine encourue.

L'autre difficulté soulevée par la réhabilitation est le contrôle effectif de l'amendement moral du délinquant. S'il ne récidive pas uniquement dans la crainte d'une nouvelle peine alors la peine sera intimidante et inutile puisqu'elle n'aura pas réformé son caractère et ses habitudes morales. La réformation morale est l'un des buts essentiels de la peine pour conjurer la récidive³⁷⁷. Les prisons perçues comme des écoles publiques de perversité, doivent être converties en maisons de pénitence appelées « *panoptiques* » par Bentham pour montrer l'exemple et supprimer le pouvoir de nuire des récidivistes³⁷⁸. Ces panoptiques réformatrices doivent s'atteler à « *assurer au maximum la normalisation des individus en vue de leur réinsertion dans la société* »³⁷⁹. Les prisonniers exécutent des travaux forcés ainsi que des ateliers d'instruction générale et d'instruction à la morale religieuse (apprentissage du bien et du mal). Sénèque et Bentham s'appuient sur l'importance d'éduquer le malfaiteur à la loi³⁸⁰. C'est pourquoi le principe de l'égalité des délits et des peines est un moyen préventif de lutte contre la récidive puisqu'il engendre une connaissance préalable des règles de droit par le biais de l'instruction. La réformation se déroule dans la solitude, l'obscurité et la diète. Pour corriger leur penchant déviant, ils résident dans des cellules réparties de façon polygonale pour faciliter une surveillance permanente. Cette géométrie a été reprise dans certains hôpitaux psychiatriques notamment dans les services d'hospitalisation d'office.

73. Réhabiliter le criminel pour qu'il ne récidive pas, implique un engagement de moyens pour l'aider au reclassement social, à le réadapter ou le réinsérer. Le délinquant est responsabilisé sous la forme d'une assistance, sorte de tutelle pour l'aider à reprendre sa place dans la société. Les idées de Bentham n'ont pas été reprises dans le code pénal de 1810. En revanche, l'école pénitentiaire de la Monarchie de juillet³⁸¹ est créée pour favoriser l'emprisonnement cellulaire qu'elle revendique comme étant l'instrument le plus efficace contre la récidive. L'efficacité de la prison dépend de l'accompagnement du détenu tout au long de sa peine. Son amélioration et son relèvement sont conditionnés par des mesures individuelles telles que le travail et l'éducation. En 1944 la commission de réforme pénitentiaire institue un programme qui consacre le principe qu'une peine

³⁷⁷ J.Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 5^{ème} éd, E.Plon-Nourrit, 1886, p89.

³⁷⁸ P. Gerard, F.Ost, M.Van De Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de J.Bentham*, Publication des Fac. St Louis, 1987, p135 et s.

³⁷⁹ *Ibid.*, p135.

³⁸⁰ Sénèque, *De ira*, in *ibid.*, p 80.

³⁸¹ Monarchie de juillet proclamée le 9 août 1830 et dissoute le 24 février 1848, date de la proclamation de la II^{ème} République.

privative de liberté a pour objectif essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné³⁸².

La finalité expiatoire de la rétribution trouve aussi à s'appliquer dans la prévention mais d'une manière moins importante puisqu'elle est mise en concurrence avec une autre finalité, celle de l'amendement du condamné. Cet objectif préventif concerne tant la nature que le quantum de la peine prononcée. L'article 132-24 alinéa 2 du code pénal exige de concilier ces impératifs de sanction, réparation, réhabilitation et prévention de la récidive.

74. Le problème qui subsiste est celui de l'incompatibilité du principe de légalité criminelle avec celui de l'interprétation stricte des lois, qui, s'il n'est pas atténué empêche l'individualisation de la peine et freine la prévention de la récidive. Peine et prévention, animés par le même objectif n'en sont pas moins des concepts qui s'opposent d'où la création d'un outil intermédiaire post-sentenciel, une mesure préventive qui oscille entre peine et prévention : la mesure de sûreté.

b. Des mesures de sûreté

75. Le XIX^e siècle assiste à une modification de la pénologie, non plus fondée sur les croyances religieuses, mais sur la science, la médecine et la psychiatrie. La défense sociale pose les fondements théoriques des mesures de sûreté, nouvelle réponse pénale qui se distingue de la peine et dont l'ambition est de prévenir la récidive. Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale que la Défense Sociale Nouvelle, plus humaniste et modérée impactera le domaine pénitentiaire. En quoi cette mesure est-elle attentatoire aux droits fondamentaux ? Quels sont les fondements objectifs et subjectifs qui justifient l'application des mesures de sûreté ?

La défense sociale crée une mesure autonome qui neutralise et surveille le condamné autrement que par une peine d'emprisonnement désuet (1). La mesure de sûreté est un instrument hybride difficile à définir en raison de sa forme à géométrie variable (2). Les mesures de sûreté tentent de soigner par un traitement thérapeutique, ce qui soulève de nombreux questionnements quant à ses critères d'application (3).

1. Des mesures de défense sociale

76. Dans un contexte persistant de crise pénitentiaire, l'École de la Défense Sociale va plus loin que l'École Utilitaire car elle remet en cause le caractère punitif de la peine pour lutter préventivement contre la criminalité à partir de mesures hybrides. Les mesures de sûreté deviennent les instruments de prédilection de la prévention de la récidive.
77. L'élimination, la rétribution et l'intimidation ne sont plus à elles seules les caractères essentiels de la sanction pénale. Des mouvements doctrinaux, tels que l'école positiviste italienne ou le courant de défense sociale nouvelle, ont introduit l'idée que pour protéger la société une nouvelle catégorie de mesures dénuées de fonction punitive doit être intégrée à l'arsenal de la réponse pénale. Les mesures de sûreté ont alors pour objectif d'éviter la commission d'une nouvelle infraction en neutralisant l'état dangereux du délinquant. Elles sont définies comme une « *mesure de précaution destinée à compléter*

³⁸² Art 728 al. 2 du CPP de 1958.

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 probable»³⁸³. Il peut être soumis à un traitement ou aidé par une mesure éducative (mineur), interné (aliéné) ou expulsé (étranger). La peine se résume par un châtement alors que la mesure de sûreté est un traitement. Elles sont l'instrument de lutte contre la récidive par excellence car exclusivement motivées par la prévention de la récidive.

Le caractère punitif est inhérent à la sanction pénale comme l'explique la théorie de la rétribution. Certaines peines, comme la prison ou le châtement corporel, constituaient des remparts efficaces contre la récidive jusqu'à son développement fulgurant à la fin du XIXe siècle. Depuis les années 1970, la prison, reste la sanction pénale ultime. Ces peines de souffrance et d'affliction sont remises en cause en raison de leur manque d'utilité³⁸⁴ et la persévérance dans leur renforcement³⁸⁵. Les mouvements de prisonniers³⁸⁶ et le militantisme abolitionniste de la prison se radicalisent³⁸⁷. Nombreuses sont ceux qui côtoient la prison (médecins, hommes politiques³⁸⁸, associations, directeurs et personnels d'établissements pénitentiaires) et qui dénoncent les conditions inhumaines de la détention justifiant la condamnation de la France par la CEDH.

Une prise de conscience des dérives de la prison est nécessaire pour réfléchir aux nouvelles formes de peines intelligentes. Faut-il créer des peines alternatives à la prison ou agrandir le parc carcéral pour remédier à la surpopulation carcérale, première cause de la promiscuité ?³⁸⁹ La politique Française développe des programmes de construction pour augmenter le nombre de places supplémentaires en prison. Elle suit le choix américain de l'exclusion par une l'industrialisation de la punition carcérale³⁹⁰. Le numerus clausus, pourrait constituer un seuil d'alerte pour empêcher un taux d'occupation trop élevé créant la promiscuité et un risque élevé de mutinerie. Les Parquets n'hésitent plus à retarder les incarcérations en raison de la surpopulation de certaines maisons d'arrêt³⁹¹. L'effondrement de l'effet bénéfique de la prison remet en question la réalité du choix de la peine et de l'action de la justice pénale. L'application de la peine est juridictionnalisée depuis la loi pénitentiaire du 9 mars 2004. Son efficacité dépend de l'articulation entre son prononcé et son exécution effective. L'adaptation de la peine devient un enjeu majeur du droit de la défense, au même titre qu'une relaxe ou un acquittement. La défense du récidiviste utilise alors le droit de l'exécution des peines comme une arme de défense post-sentencielle. Même détenu, il reste un citoyen, qui

³⁸³ G Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000.

³⁸⁴ M. Foucault, *Surveiller et punir...op.cit.*, 1975.

³⁸⁵ J. Danet, *Défendre, pour une défense pénale critique*, éd. Dalloz 2004, p 232.

³⁸⁶ Site internet: Ban public.

³⁸⁷ V. J. Danet *Défendre... op.cit.*, p 231.

³⁸⁸ Rapport de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, n°2521, 28 juin 2000. M. Mermaz, Président de la commission et J. Floch, rapporteur.

³⁸⁹ Solution qualitative de la lutte contre la récidive par le développement de peines alternatives accompagnées de solutions quantitatives par l'augmentation de nombre de place de prison, P.Carabel, Rapport au premier ministre, pour une meilleure prévention de la récidive, 1996, p57 et s.

³⁹⁰ L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Raison d'agir, 2000, P71 et s ; V. N. Christie, *L'industrie de la punition*, Autrement, 2003.

³⁹¹ « Surpopulation carcérale : la Chancellerie reconnaît des reports d'incarcération », L'express.fr,28.09.2013.

dispose de droits dont celui de l'aménagement de peine octroyé par le JAP ou le tribunal d'application des peines (TAP).

78. La Défense Sociale Nouvelle s'inscrit quant à elle, dans un mouvement de dépenalisation, dans le sens d'« *une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique* » selon le Doyen Carbonnier³⁹². Plusieurs termes signifient ce retrait du droit pénal. Parmi eux celui de la déjudiciarisation évoqué par Ancel³⁹³. Il s'agit de l'abandon de la rétribution des responsabilités en faveur d'un examen clinique de la personnalité du condamné. L'objectif est de proposer une réaction sociale extra-pénale. Cette dérégularisation ne devient pas une déjudiciarisation des faits puisque l'individualisation de la sanction se substitue à la peine et aux mesures de sûreté³⁹⁴. La Défense Sociale Nouvelle développe des instruments de mesure sociale pour cibler au-delà de la récidive, la dangerosité³⁹⁵. Elle part du postulat que la peine doit viser l'auteur pour permettre d'évaluer sa dangerosité et sa capacité à récidiver. La puissance offensive n'aura d'impact que si elle est dirigée contre l'auteur et non de façon objective contre son acte passager. Le modèle rétributif est basé sur la culpabilité et le modèle préventif se base sur les moyens de traitement. Cependant, dans les deux cas la réponse pénale est la peine.
79. Le Professeur Prins, fondateur de la Défense Sociale proposait en 1910 pour la première fois des mesures de sûreté *ante delictum*³⁹⁶. A la différence de la peine fondée sur la culpabilité, la mesure de sûreté est conditionnée par le pronostic de dangerosité. Les mesures de sûreté soulèvent donc deux types de problèmes.

Le premier, consiste à connaître les méthodes de diagnostic de la dangerosité qui fondent la mesure de sûreté. Aujourd'hui, il est encore impossible de prédire avec certitude la dangerosité et donc la récidive. Les discours rodés de certains politiques, rassemblent les foules contre le dangereux récidiviste. Les apports de la défense sociale ont été repris avec grand intérêt dans la campagne présidentielle de 2007. Pourtant, nombreux confirment les propos de Prins lorsque qu'il évoque l'existence d'un risque de récidive sans pouvoir la prouver. Les récidivistes ne peuvent pas représenter un problème définitif pour la société. Les lacunes des méthodes d'évaluation de la dangerosité sont un frein pour les gouvernements successifs qui n'arrivent pas à mettre en place des moyens réfléchis et efficaces en dehors du cafouillage législatif. Les mesures de sûreté, telles que le suivi socio-judiciaire (SSJ), l'obligation de soin ou le placement sous surveillance électronique (PSE) semblent a priori suffire à résoudre la question du diagnostic de la dangerosité. Les incertitudes des méthodes d'évaluation de la dangerosité sont dénoncées durant les débats à l'Assemblée Nationale sur l'adoption en 2008 de la rétention de sûreté. Les textes se réapproprient le terme de dangerosité de manière autonome, tel qu'il était rattaché à la culpabilité dans le code pénal de 1791. La condamnation frappe l'individu responsable d'une faute imputable, qui révèle son état dangereux. Dans le cadre de la rétention de sûreté, la dangerosité est détachée de l'infraction pénale même si la

³⁹²J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, 1969 p21, in M. Van De Kerchove, *Le droit sans peine...op.cit.*, p300.

³⁹³ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd. Paris, 1981.

³⁹⁴ M. Van De Kerchove, *Le droit sans peine...op.cit.*, p301 et s.

³⁹⁵ A. Beziz-Ayache, « Les frontières de la sanction pénale », *RPDP*, N°1, 2011, p119 et s.

³⁹⁶ La paternité des mesures de sûreté fait l'objet de débats. Pour certains l'expression a été inventée par le pénaliste suisse C. Stoos, R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle*. 4^{ème} éd, Paris, Cujas, 1981, p 744 note 2, alors que pour d'autres elle a été pour la première fois employée par le professeur Demogue dans un congrès international pénal et pénitentiaire, M. Van De Kerchove, *Sens et non-sens de la peine ...op.cit.*, p194 note 751.

condamnation initiale est le résultat d'une culpabilité suite à un fait. En application de la loi sur la rétention de sûreté il serait maintenu en rétention uniquement selon les bases de la dangerosité qui reste à définir de manière objective³⁹⁷. Inspiré du positivisme italien du XIXème siècle, cette mesure de sûreté est une peine après la peine pour lutter contre la criminalité sexuelle mais qui s'étend à d'autres incriminations. Sa philosophie se rapproche du « *droit pénal de l'ennemi* »³⁹⁸ connue sous l'Allemagne Nazie qui en 1933 créer l'internement de sûreté des criminels récidivistes diagnostiqués dangereux³⁹⁹. En 1998, l'Allemagne instaure une nouvelle détention de sûreté⁴⁰⁰. La dangerosité est définie uniquement en termes d'évaluation du risque de récidive. Les positivistes italiens et les partisans de la défense sociale n'avaient jusqu'alors pas réussi à faire de la dangerosité criminelle un critère d'application d'un instrument respectant les droits fondamentaux. Selon certains auteurs⁴⁰¹, il existait une scission entre une population de citoyens et une population d'ennemis dont leurs méfaits leur faisaient perdre cette qualité de citoyen ayant accès aux droits. Ces théories trouvent une renaissance dans la politique pénale de ces dernières années, met au pilori, les pédophiles et autres délinquants sexuels ainsi que les terroristes.

Le deuxième problème qui entoure la mesure de sûreté concerne sa nature. Est-ce une peine qui implique un régime judiciaire et coercitif ou est-ce une mesure dont les critères d'application diffèrent dans un but uniquement préventif ? Les lois sur la récidive ne devraient pas seulement se focaliser sur l'acte passager, mais au contraire sur l'état permanent de dangerosité de l'individu qui justifierait une privation de liberté prolongée⁴⁰². La mesure de sûreté est un complément de peine destiné à surveiller le condamné à sa libération. Elle ne doit pas être assimilée à une peine principale puisqu'elle dépend du degré de dangerosité du délinquant et du risque potentiel de récidive. Ces mesures ne se limitent pas à des instruments de surveillance. Elles sont d'une part coercitives et d'autre part préventives excluant, en principe, toute idée rétributive. La mesure de sûreté peut s'appliquer au primo-délinquant en amont de la chaîne pénale. Elle peut aussi être une mesure spécifique au récidiviste, complémentaire à sa peine échue, comme la relégation. Elle concerne les multirécidivistes présumés dangereux au regard de leur passé judiciaire. Pourtant, elle est une mesure contraignante quand elle est appliquée pour une durée déterminée ou lorsqu'elle est perpétuelle. Ses caractéristiques relèvent plus de la peine que d'une mesure préventive. La frontière est donc mince entre la peine et la mesure de sûreté, rajoutant de l'incohérence aux instruments et favorisant les atteintes aux droits de la défense.

80. Prévenir le risque de récidive implique que l'on surveille ce risque pour le contenir ou l'empêcher de se réaliser. La défense de la société consiste à surveiller les individus avec des mesures de surveillance *ante delictum* pour éviter l'acte illégal ou la récidive. Quel est le profil du récidiviste, du criminel ou du perturbateur social que la justice doit surveiller et avec quel instrument ? Le livret ouvrier introduit en 1854 permettait aux patrons de contrôler la vie de l'ouvrier. Les populations à risques tels que les domestiques,

³⁹⁷ M. Foessel, « L'Etat de Nicolas Sarkozy, propos recueillis après un entretien avec M. Delmas-Marty », Revue Esprit mars/ avril 2010, p151.

³⁹⁸ J.Leblois-Happe, Première confrontation de la détention de sûreté à la convention européenne des droits de L'homme : arrêt M. c/ Allemagne, 17 déc. 2009, *AJ pénal* 2010, p 129.

³⁹⁹ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p 660.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Gunther Jakobs in C.Lazregues, « Politique criminelle et droits de la pédophilie », *RSC* 2010, p 725. V., M.Delmas-Marty, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Le seuil, 2010.

⁴⁰² A.Prins, *La défense sociale et les transformations du droit social*, Bruxelles, éd Misch et Thron, 1910.

les nomades, les voleurs, sont des groupes inquiétants qui doivent être localisés à tout moment. A cela s'ajouteront les populations pauvres, ouvrières puis les Communistes. Pour chaque catégorie de groupe sont créés des moyens d'identification. Par exemple, des colliers pour les enfants trouvés ou un passeport intérieur pour les nomades⁴⁰³. Pour la première fois le code pénal de 1810 prévoit une mesure de sûreté après l'exécution de la peine qui se traduit par la surveillance de la haute police. Il s'agissait d'une véritable peine, puisque le condamné aux travaux forcés, sera de plein droit placé sous la surveillance de la haute police à la fin de sa peine et durant le reste de sa vie⁴⁰⁴. Cette peine complémentaire consiste à suivre les faits et gestes de l'ancien condamné pour, soit disant, prévenir la récidive et faciliter sa réhabilitation sociale. De cette façon, il est plus simple de retracer son parcours sur le territoire et éventuellement de faire présumer un lien entre son passage et d'éventuels faits délictueux ou criminels. Cette surveillance ne consiste qu'en un acte passif qui contrôle les activités professionnelles, familiales et sociales sans instaurer de réels outils de réinsertion. (En 1912, la carte d'identité nationale instaurera une surveillance élargie à toute la population française.) Depuis, les instruments de surveillance se sont multipliés et adaptés à l'évolution technologique. Sont dénombrés de nombreux fichiers de renseignement dans des domaines variés (d'immatriculation des véhicules, sociétés, fiscalité, empreintes digitales, génétiques, le casier judiciaire etc...). La tutelle pénale⁴⁰⁵ des récidivistes à leur libération de prison est une mesure de surveillance qui n'a été appliquée qu'une dizaine d'années en raison de sa faible portée⁴⁰⁶. Le suivi socio-judiciaire et l'injonction de soin obligatoires depuis 1998, et l'élargissement du champ d'application du bracelet électronique sont des mesures de surveillance et de contrôle qui se sont considérablement développées ses dernières années. Ces instruments sont en général bien accueillis par les citoyens et les condamnés. Ils semblent avoir de réels effets positifs sur certains profils d'individus. Pour d'autres ces outils, notamment les nouveaux instruments (fichiers informatiques, bracelet électronique permettant une traçabilité par GPS), n'empêchent pas physiquement de récidiver mais permettent d'appréhender plus facilement le suspect. Ils alimentent le risque de dérives autoritaires d'un Etat schizophrène, qui, dans une logique de complot, applique une « *stratégie d'emprise et de normalisation des populations délinquantes et déviantes* »⁴⁰⁷.

2. Une rétention de sûreté hybride.

- 81.** Ce qui distingue la mesure de sûreté de la peine est son objectif orienté vers la prévention. Il s'agit d'infliger, à la fin de l'exécution de la peine principale, une peine complémentaire de surveillance suivie d'une période d'internement et d'observation dont la durée est appréciée régulièrement par le tribunal d'application des peines créé à cette occasion. Les bases de la rétention de sûreté instaurée en 2008 sont dès lors présentées. L'instauration de cette nouvelle mesure de sûreté conduit à s'interroger sur sa nature juridique punitive ou non. Qualifiée de « *peine après la peine* »⁴⁰⁸ ou de peine de mort lente par Robert Badinter, la rétention de sûreté est-elle une peine ou une mesure de sûreté ? S'il s'agit d'une peine, elle ne devrait pas s'appliquer rétroactivement en application du principe de non rétroactivité de la loi pénale dans le temps, sauf dans le cas

⁴⁰³ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p46.

⁴⁰⁴ Art 11, 44,47, 48,49 et 107 du CP de 1810.

⁴⁰⁵ V. Supra n°537

⁴⁰⁶ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970.

⁴⁰⁷ V.Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté, étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJ pénal* 2009 p54.

⁴⁰⁸ R. Badinter, *La prison après la peine*, Le Monde, 27 nov. 2007.

de la rétroactivité *in mitius* lorsque la nouvelle loi est plus douce. La cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 9 juillet 2013⁴⁰⁹ explique que les peines perpétuelles ne sont pas contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe les traitements inhumains et dégradants. En France la réclusion criminelle à perpétuité n'est pas réelle car elle est assortie d'une période de sûreté (article 132-23 du CP) à l'issue de laquelle le condamné, s'il manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale, peut être libéré (article 720-quatre du CPP). En revanche la rétention de sûreté qui n'est pas une peine, est conçue comme une mesure d'enfermement potentiellement perpétuelle.

82. L'effet de la loi de 2008 est limité dans la pratique, par la condamnation à une peine d'emprisonnement d'au moins 15 ans de réclusion avec une mesure de sûreté pour qu'elle soit appliquée⁴¹⁰. Un an avant le terme, le condamné fera l'objet d'un passage devant la commission pluridisciplinaire afin de diagnostiquer son degré de dangerosité pour appliquer une mesure de rétention d'une durée déterminée et dont le renouvellement peut être indéterminé. La mesure de sûreté prend en charge la personne dangereuse pour qu'elle ne nuise pas ou plus à la société. Le critère de dangerosité est essentiel à l'application de la mesure. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté⁴¹¹ remet en question le fondement juridique de la rétention de sûreté qu'il qualifie d'incertain⁴¹². N'étant pas rétroactive, il faut attendre une dizaine d'année avant de l'appliquer aux premiers condamnés, à l'inverse de la surveillance de sûreté. Le centre médico-judiciaire de sûreté est le seul lieu d'accueil en France des personnes relevant de la rétention de sûreté. À ce jour, il ne compte que deux personnes qui font l'objet d'une surveillance de sûreté décidée à l'issue de la peine en raison de leur méconnaissance des obligations. L'objectif est de prendre en charge médicalement, socialement et psychologiquement des personnes qualifiées de dangereuses après l'exécution d'une peine de 15 années et qui présenteraient toujours un risque de dangerosité pour la société. Dans les faits elle est une mesure disproportionnée face au manquement des obligations de la surveillance judiciaire. Ainsi, le contrôleur général dénonce l'empilement des mesures pénales et le fait que la surveillance de sûreté, même si elle n'est pas la peine de rétention de sûreté transforme après-coup le sort des condamnés. Pour cette raison, l'Espagne, a été condamnée par la Cour de Strasbourg⁴¹³ ce qui fragilise le fondement juridique du placement en rétention de sûreté. Le centre de rétention de sûreté ne permet pas pour l'instant une prise en charge efficace de la dangerosité car il n'existe « aucune prise en charge de nature à modifier la personnalité de celui qui est accueilli »⁴¹⁴. Pour le moment, la rétention de sûreté ne remplit pas son rôle en pratique. Elle ne dispose pas des moyens suffisants pour comprendre, analyser et soigner la dangerosité du bénéficiaire de la mesure. La question de l'évaluation de la dangerosité divise la doctrine surtout en ce qu'il est impossible à l'heure actuelle de la prédire. Cette mesure enferme plus qu'elle ne soigne.

La mesure n'est pas prononcée par la Cour d'assises, mais par la Juridiction Régionale de la rétention de sûreté. A l'inverse, si elle est qualifiée de mesure de sûreté, elle s'appliquerait rétroactivement, ce qui est l'objectif recherché par la politique criminelle.

⁴⁰⁹ CDEDH, gde ch., 9 juil. 2013, n°66069/09, Vinter c/ Royaume-Uni, D.2013, p 1748.

⁴¹⁰ Art 706-53-13 et s. du CPP.

⁴¹¹ Adeline Hazan nommée le 16 juillet 2014.

⁴¹² « Le fondement juridique incertain de la rétention de sûreté », D.2014, p 864.

⁴¹³ CEDH 21 oct. 2013, n°42750/09, Del Rio Prada c/ Espagne, D.2013, p 2775, obs. J. Falxa.

⁴¹⁴ « Le fondement juridique incertain ... », *chron.préc.*

Le 21 février 2008, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé, en faveur d'une mesure de sûreté mais non rétroactive⁴¹⁵. Cette décision concernant la rétention de sûreté lui confère un statut hybride qui mélange la nature juridique d'une sûreté avec le régime juridique d'une peine. Le Conseil constitutionnel, en citant l'article 8 de la Déclaration de 1789 relatif à la non rétroactivité des lois et des peines, proclame « *qu'il s'ensuit que ces principes ne s'appliquent qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition [...] la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage* »⁴¹⁶, catégories dont ne relèvent ni la rétention de sûreté, ni la surveillance de sûreté. Le Conseil rajoute que la mesure par principe rétroactive ne l'est pas (donc serait une peine) mais n'en est pas pour autant une peine. La rétention de sûreté n'est donc pas une peine et elle est non rétroactive.

83. La surveillance de sûreté instaurée en même temps que la rétention de sûreté a été qualifiée par la même décision du Conseil Constitutionnel comme une mesure de sûreté à part entière. Elle est en conséquence d'application immédiate. Cette position souligne d'avantage la contradiction précédemment soulevée par le Conseil Constitutionnel. Celui-ci, de manière détournée, favorise l'application avant l'heure de la mesure de rétention en cas de violation des obligations de la surveillance de sûreté. « *La rétention de sûreté sortie par la porte pour plus de 15 ans au nom du principe de non rétroactivité est autorisée à revenir par la fenêtre dans un avenir proche à titre de sanction d'une surveillance de sûreté non respectée* »⁴¹⁷. Théoriquement, la rétention de sûreté est un régime juridique hybride qui peut s'appliquer immédiatement comme toute mesure de sûreté. La surveillance conduit à un autre débat concernant l'élaboration de catégories de personnes susceptibles de porter atteinte à l'ordre public et nécessitant une vigilance particulière. En tête de liste se trouve les criminels récidivistes. Des présomptions de dangerosité et d'incorrigibilité sont consacrées par la loi, impliquant une répression significative à laquelle s'ajoutent des peines complémentaires assimilables à des mesures de sûreté mais qui en réalité s'apparentent à une double peine. La sévérité du régime juridique concernant les récidivistes est la conséquence de l'échec des politiques utilitaires jugées laxistes. Contribuant au développement du phénomène de la récidive, elle est accusée par l'exaspération populaire d'entretenir l'insécurité. La récidive est pénalement reconnue et prend la forme d'une circonstance aggravante ayant pour effet de catégoriser les récidivistes soit en leur infligeant une peine complémentaire soit en aggravant la peine principale.

Le paradoxe de la décision du Conseil Constitutionnel, symbolise la persistance d'une lutte complexe malgré les avancées doctrinales et les innovations technologiques des instruments. Pourtant, les instruments ne répondent pas aux besoins. Le malaise du Conseil Constitutionnel se perçoit d'une part dans une décision qui crée un objet juridique *sui generis* dérogoratoire et qui, d'autre part appuie cette contradiction en refusant d'utiliser l'expression « mesure de sûreté »⁴¹⁸ lorsqu'elle se réfère à la rétention de sûreté. « *Les choses auraient été plus claires si le Conseil était resté logique. Soit en écartant, la qualification de peine et le principe de non rétroactivité qui lui est lié ; la prévention de la récidive et la protection de l'ordre public constituant des buts justifiant une application*

⁴¹⁵ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2008-162 du 21 fév. 2008 relative à la loi sur la rétention et la surveillance de sûreté.

⁴¹⁶ Ibid., considérant n°9.

⁴¹⁷ C.Lazerge, ...*chron.préc.*, p. 745.

⁴¹⁸ C.Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil Constitutionnel », RSC 2008, p731.

*immédiate de la loi nouvelle. Soit en retenant, à la fois, la qualification et le régime. À quoi bon refuser la qualification de « peine » si ce n'est pour s'aménager la possibilité de s'éloigner, dans l'avenir, de certaines des garanties qui lui sont indissociables lorsque la mesure créée est aussi ambiguë »*⁴¹⁹.

Les ambiguïtés soulevées par les mesures de sûreté, concernent le diagnostic de la dangerosité qui s'effectuera devant une commission pluridisciplinaire à l'issue de l'exécution de la peine et relative à la décision de condamnation initiale prévoyant la rétention de sûreté. La position de cette mention dans la décision de condamnation initiale n'est pas fondée sur la culpabilité mais selon le critère subjectif de particulière dangerosité. Ce critère subjectif est en réalité une présomption de dangerosité qui apporte une pierre à l'édifice dans la construction d'un régime de présomptions qui pèse sur les récidivistes depuis 1885. En l'absence de critères objectifs de la dangerosité, le gouvernement de 2012, affiche son intention de revenir sur la construction de cette mesure de défense sociale en supprimant la rétention de sûreté⁴²⁰. En effet, la surveillance par l'enfermement ne suffit plus à justifier la protection de la société au détriment des droits du détenu. Le traitement thérapeutique pourrait aussi empêcher la récidive du délinquant.

3. Un traitement thérapeutique

- 84.** Le courant de pensée de la Défense sociale axe ses recherches sur la neutralisation des populations susceptibles de causer un trouble à l'ordre public. Elle est très critique à l'égard de la peine de mort, de la relégation ainsi que des atténuations de responsabilité et des peines attribuées aux malades mentaux. Son objectif premier est la défense de la société en dehors de la fonction uniquement rétributive de la peine. Les notions de risque et de dangerosité seront les axes d'étude du courant de Défense Sociale Nouvelle entre 1950 à 1981. Ses théories n'ont pas prospéré dans le droit positif malgré la rédaction d'un avant-projet de loi en 1959 sur les délinquants anormaux mentaux⁴²¹. Ses apports restent néanmoins intéressants à étudier dans le cadre de la compréhension des instruments de lutte contre la récidive.

La mesure de sûreté est considérée comme l'instrument le plus efficace pour prévenir la récidive. Cependant, elle n'a pas réussi à imposer une définition pénale claire du principal critère d'application qu'est la dangerosité⁴²². Pourtant, le droit pénal consacre des notions psychiatriques telles que l'altération et l'abolition des facultés mentales comme cause d'irresponsabilité pénale (α). D'ailleurs, le retour dans les années 2000 de l'homme dangereux et l'échec de la prison relancent le débat sur sa responsabilité pénale. L'hésitation entre la peine et le soin fait ressortir la spécificité du système de défense social français, notamment, si par aventure, il est comparé avec le système belge (β).

⁴¹⁹ B. De Lamy, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *RSC* 2009, p166.

⁴²⁰ Peines planchers et rétention de sûreté : Taubira confirme l'abrogation, 19/03/2013 et « Les gouvernements précédents ont empilé les textes de loi », 22/06/2012, *Le Parisien*.

⁴²¹ G. Levasseur, *Les délinquants anormaux mentaux*, Cujas, 1959 Paris, Publications du centre d'Études de Défense Sociale, Cujas, p 15 et s.

⁴²² V. *supra*.

α. De l'altération des facultés mentales à la dangerosité

85. La Défense Sociale Nouvelle⁴²³ apporte une évolution dans la définition de la dangerosité et développe le concept de mesure de sûreté avec la création d'un établissement de défense sociale qui allie la thérapeutique et la discipline. Pour ce faire, elle s'appuie sur la classification des récidivistes pour élaborer différents traitements thérapeutiques. Elle définit les délinquants d'habitude et les délinquants anormaux et considère les récidivistes comme anormaux. La défense sociale nouvelle qui défend la rééducation à la place de la répression utilise les mesures de sûreté comme un tremplin vers l'absence de répression pour une meilleure prévention, voire, prédiction du crime avec l'observation scientifique et l'intervention de la psychiatrie. Marc Ancel considère la défense sociale nouvelle comme l'instrument d'une politique criminelle basée sur la science et conçue comme un art social de lutte contre la criminalité⁴²⁴.
86. L'apparition du mouvement de Défense Sociale Nouvelle se situe dans les années 1950 à l'après-guerre. Au début du XXème siècle l'anthropologie criminelle et la criminologie se développent dans une relation intime avec le droit pour répondre en des termes médicaux au degré de l'échelle pénale. Ce mouvement se développe dans un contexte d'échec de la peine et s'inspire du droit comparé⁴²⁵. Marc Ancel se rapporte à l'internement à vie des délinquants sexuels aux États-Unis en 1926⁴²⁶. Son travail sur les délinquants anormaux mentaux le conduit à penser que les mesures de sûreté sont l'instrument des sociétés modernes les plus abouties. L'évolution naturelle des législations modernes dans la lutte contre les multirécidivistes. Il s'inspire du système de législation de défense sociale appliqué depuis les années 20 en Belgique, en Allemagne⁴²⁷ et en Suisse. Il s'intéresse à la question des sûretés préventives et du système probatoire avec une obligation de traitement médical. Ces mesures de sûreté *ante delictum* « sont des mesures de sûreté au sens précis du mot : elles n'ont pas de but répressif, et ne comportent pas de blâme social. Elle cherche avant tout à éviter la réitération, voir la commission du délit : ce sont essentiellement des moyens de prévention, et c'est ce qu'indique bien l'expression anglaise de Preventive Detention »⁴²⁸. Un traitement sous la forme d'une mesure de sûreté doit se substituer à la peine.

Concernant les délinquants dangereux, Jean Pinatel veut mettre en place une direction médicale sociale éducative. Le traitement du délinquant ordinaire et des délinquants sexuels diffèrent peu. Une collaboration entre le psychiatre et le juriste est inévitable⁴²⁹. La difficulté pour la défense sociale nouvelle est de savoir comment en finir avec l'automatisme des peines pour y substituer un traitement social. Pour cela, il faut distinguer des groupes de délinquants: délinquants d'habitudes, pervers sexuels, mineurs, drogués et alcooliques. L'ordonnance de 1945 distingue des autres criminels, les mineurs

⁴²³ J. Danet, *Histoire de la folie...*, op.cit. p49.

⁴²⁴ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd. Paris, 1981.

⁴²⁵ Elle travaille dans le cadre de la commission internationale pénale et pénitentiaire de l'ONU (Organisation des Nations Unies).

⁴²⁶ M Ancel, *Les délinquants anormaux mentaux, introduction comparative*, 1959, p 26.

⁴²⁷ Au sujet de la rétention de sûreté en Allemagne, c'est « une mesure de sûreté désormais ouverte à la privation de liberté, au nom d'une politique de prévention fondée sur la dangerosité » J. Leblois-Happe, « Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ Pénal* 2008 p. 209.

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ G.Levasseur, *Les délinquants anormaux mentaux...* op.cit.,p 15.

avec une protection particulière. La rééducation prime sur la répression des mineurs⁴³⁰. Ainsi les mesures de sûreté ont le double objectif de rééduquer et de protéger la société. Cette classification des délinquants obligent de dépasser les critères juridiques d'appréciation.

87. L'avant-projet de loi rédigé par Levasseur en 1959 mais non adopté permet de comprendre le contenu de la mesure de sûreté souhaité par la défense sociale nouvelle. Suite à une phase d'observation scientifique du délinquant, une expertise mentale dépistait la nature de la dangerosité du délinquant. Les aliénés et les anormaux étaient distingués entre eux. L'aliéné était défini comme « *tout individu qui, par suite d'un état psychopathologique dû à une maladie mentale ou un développement mental incomplet, est totalement incapable d'apprécier le caractère délictueux de ses actes ou de se déterminer d'après cette appréciation* »⁴³¹. L'anormal quant à lui est « *tout individu qui par suite de troubles psychiques ou de défiance mentale durable 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* »⁴³². Une décision judiciaire doit déclarer le délinquant aliéné. Il est interné dans un hôpital ordinaire en psychiatrie. Il s'agit d'une mesure curative d'internement de défense sociale. Les anormaux sont placés dans un établissement de défense sociale hybride dans lequel un traitement médical répressif aura pour but la réadaptation et la rééducation mentale. Les mesures individualisées sont substituées aux peines rétributives sans créer de catégorisées selon les objectifs éducatifs ou curatifs. L'enjeu est de doser le traitement médical et répressif dans un système unitaire qui ne se cumule pas à la peine mais qui se substitue.

En comparaison, la rétention de sûreté instaurée en 2008, prévoit en fin de peine une mesure de rétention qui s'ajoute, alors que la Défense Sociale Nouvelle précise bien qu'elle s'oppose à ce type de cumul (peine et internement). La durée et le dosage du traitement impose une individualisation importante de la mesure. L'avant-projet de loi prévoyait une durée minimum de six mois et une durée maximum de 10 ans renouvelable que ce soit l'hospitalisation psychiatrique ou le placement dans un établissement.

88. La détermination des mesures de sûreté est au cœur du système de la défense sociale nouvelle. Marc Ancel relativise la détermination de la peine et sa durée concernant les mineurs alors qu'elle peut être absolue pour les internements des aliénés. Il relativise aussi sa position concernant le traitement de la récidive. La défense sociale nouvelle s'oppose à la peine en raison d'une violation du principe de légalité pénale. Les mesures de sûreté trouvent leurs fondements dans l'état dangereux des aliénés et anormaux et non pas dans l'existence d'une infraction pénale préalable ou dans la probabilité d'infraction future. Elle fonde la dangerosité sur le critère de l'aliénation au sens médical du terme et non sur le risque de dangerosité⁴³³. Dans ce premier cas, la durée de la mesure peut être

⁴³⁰ J. Reinach, *Les récidivistes*, Paris, 1882, p11.

⁴³¹ Art. 1^{er} de l'avant-projet de loi de 1950.

⁴³² J. Reinach, *Les récidivistes...op.cit.*

⁴³³ « La définition de cet état dangereux est parfaitement claire ; selon les idées les plus généralement admises, il s'agit de la probabilité d'infractions futures. On pourra noter que le texte n'insiste pas sur la nature des infractions futures redoutées ni sur le degré de probabilité comme certains auteurs proposent de le faire. C'est seulement dans l'article 66, alinéa 2, lorsqu'il est envisagé de prolonger la durée de la mesure, que l'avant-projet exige que l'état mental rende probable dans l'immédiat la perpétration d'infractions graves. Par contre, lorsque cette probabilité disparaît ou s'estompe, c'est l'amélioration dans la réadaptation à la vie sociale qui justifie la cessation ou l'allègement des mesures prises », G. Levasseur, *Les délinquants anormaux mentaux... op.cit.*, p 15.

illimitée et renouvelable. La dangerosité et le danger ne sont pas consacrés par le droit pénal car ils ne sont pas des catégories psychiatriques⁴³⁴. En revanche, le code pénal, s'il impute à l'auteur la réalisation d'une infraction, consacre à côté de la responsabilité pénale une irresponsabilité pour cause de trouble mentale et psychique qui abolissent ou altèrent le discernement au moment du passage à l'acte.

89. Le droit pénal n'ignore pas la réalité de la folie. Il ne consacre pas la dangerosité criminologique à l'inverse de la démence qui altère les facultés mentales suivant des critères médicaux et étudiés dans le cadre des éléments constitutifs de l'infraction. L'article 64 du Code Pénal de 1810 élabore le premier système psychiatrique français puis l'article 122-1 du nouveau Code pénal de 1992 le consolide. Le système psychiatrique en droit français s'est créé en deux temps.

L'article 64 du code pénal de 1810⁴³⁵, précise qu'« *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Il distingue les personnes responsables des personnes irresponsables. Les premières sont sanctionnées pénalement alors que les secondes sont prises en charge dans un hôpital psychiatrique ou aujourd'hui dans une Unité pour malades difficiles (UMD). Le droit pénal délègue à la société civile la prise en charge des irresponsables pénaux. L'état de démence du code pénal de 1810 n'est envisagé qu'au temps de l'action. Les troubles antérieurs sans rapport avec les éléments constitutifs de l'infraction, ou qui surgissent postérieurs à l'acte ou après la condamnation ne sont pas pris en considération. Il ne s'agit pas de prédire la dangerosité future de l'auteur. La démence, largement interprétée, possède un champ d'application restreint qui limite les droits de la défense et condamne les fous⁴³⁶.

L'article 64 du code pénal de 1810⁴³⁷ précise qu'elle « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ». Le Code pénal de 1992⁴³⁸ distingue entre les troubles ayant altéré le discernement ou entravé le contrôle des actes⁴³⁹ et la personne ayant agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister⁴⁴⁰. Dans cette version du code, l'absence d'intention remplace la notion de démence de 1810. L'intention criminelle est un élément constitutif de l'infraction. Elle est la volonté éclairée de passer à l'action dans le crime ou le délit. Le

⁴³⁴ M. Foucault, 1978.

⁴³⁵ Formule gardée dans L'article 121- 3 du CP de 1994 et est rajouté : « toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure », L'article 121- 3 du CP de 1994.

⁴³⁶ « Une fois la décision de non-lieu prise, son bénéficiaire est confié à l'autorité administrative : la Justice n'a plus depuis la Révolution le pouvoir d'ordonner l'admission d'une personne en milieu psychiatrique (sauf application de l'article D398 du CPP). Si, comme souvent, le malade pénalement irresponsable est considéré comme dangereux, le préfet (à partir de 1800, et précédemment le Directoire exécutif) du département prend une mesure d'internement (le placement d'office de la loi du 30 juin 1838, l'hospitalisation d'office de la loi du 27 juin 1990 », <http://psychiatrie.histoire.free.fr/legisl/resp/resp.htm>.

⁴³⁷ « Il n'y a ni crime ni délit si l'inculpé était en état de démence au temps de l'action, ou a agi sous l'empire d'une force à laquelle il n'a pu résister », Art 64 du code pénal de 1810.

⁴³⁸ Nouveau Code pénal issu de la loi du 22 juillet 1992 entré en vigueur le 1er mars 1994.

⁴³⁹ Art. 122-1 du CP. : « La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable: toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ».

⁴⁴⁰ Art. 122-2 du CP. : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ».

trouble psychique et neuropsychique empêchent la preuve de l'intention criminelle mais n'enlève pas l'imputabilité de l'acte à son auteur.

90. La personne pénalement irresponsable est confiée à l'autorité administrative du département, le préfet, qui prend une mesure d'hospitalisation d'office si l'état actuel de la personne est susceptible de « *compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes* »⁴⁴¹. Le malade ne peut sortir qu'après une décision de deux médecins psychiatres et en aucun cas de l'autorité administrative⁴⁴² qui a ordonné cette mesure de contrainte, ni à l'autorité judiciaire qui a prononcé le non-lieu, la relaxe ou l'acquiescement. Le juge a aussi le pouvoir d'ordonner une mesure de soins sans consentement après une déclaration d'irresponsabilité pénale⁴⁴³. Cette hospitalisation d'office a lieu en milieu psychiatrique à titre de mesure de sûreté. La chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement peut ordonner, par décision motivée, l'hospitalisation d'office de la personne dans un établissement prévu par les textes si, dans la procédure, une expertise psychiatrique révèle des troubles mentaux qui nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte à l'ordre public. Le préfet de police ou le représentant de l'Etat dans le département est immédiatement avisé de cette décision. La déclaration d'irresponsabilité pénale est complétée par une circulaire⁴⁴⁴ qui précise les modalités d'application telle que

⁴⁴¹ Article L. 348 de la Loi du 27 juin 1990 : « Lorsque les autorités judiciaires estiment que l'état mental d'une personne qui a bénéficié d'un non-lieu, d'une décision de relaxe ou d'un acquiescement en application des dispositions de l'article 64 du code pénal pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, elles avisent immédiatement le préfet, qui prend sans délai toute mesure utile, ainsi que la commission mentionnée à l'article L. 332-3. L'avis médical visé à l'article L. 342 doit porter sur l'état actuel du malade.»

Cet article a été repris dans le Code de la Santé publique à l'article L.3213-7 non plus sur le fondement de l'article 64 mais de l'article 122-1 du c.pén. : « Lorsque les autorités judiciaires estiment que l'état mental d'une personne qui a bénéficié, sur le fondement du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, d'un classement sans suite, d'une décision d'irresponsabilité pénale ou d'un jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, elles avisent immédiatement la commission mentionnée à l'article L. 3222-5 du présent code ainsi que le représentant de l'Etat dans le département qui ordonne sans délai la production d'un certificat médical circonstancié portant sur l'état actuel du malade. Au vu de ce certificat, il peut prononcer une mesure d'admission en soins psychiatriques dans les conditions définies à l'article L. 3213-1. ».

⁴⁴² Article L. 348-1 de la Loi du 27 juin 1990 codifié à l'article L.3213-8 du Code de la Santé publique. « Il ne peut être mis fin aux hospitalisations d'office intervenues en application de l'article L. 3213-7 que sur les décisions conformes de deux psychiatres n'appartenant pas à l'établissement et choisis par le représentant de l'Etat dans le département sur une liste établie par le procureur de la République, après avis de la direction de l'action sanitaire et sociale du département dans lequel est situé l'établissement. Ces deux décisions résultant de deux examens séparés et concordants doivent établir que l'intéressé n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui. ».

⁴⁴³ Art. 706-135 du CP. : « Sans préjudice de l'application des articles L. 3213-1 et L. 3213-7 du code de la santé publique, lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'hospitalisation d'office de la personne dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du même code s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police est immédiatement avisé de cette décision. Le régime de cette hospitalisation est celui prévu pour les hospitalisations ordonnées en application de l'article L. 3213-1 du même code, dont le deuxième alinéa est applicable. L'article L. 3213-8 du même code est également applicable.»

⁴⁴⁴ Cir. du 8 juillet 2010 relative à la présentation des dispositions du décret n° 2010-692 du 24 juin 2010 précisant les dispositions du code de procédure pénale relative à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

la possibilité d'une visio-conférence ou l'obligation de fonder la décision sur un certificat médical actualisé.

91. L'hospitalisation sous contrainte, c'est-à-dire sans le consentement de l'intéressé, fait l'objet en France d'un double régime juridictionnel. L'hospitalisation d'office à titre préventif des personnes dont le comportement est susceptible de troubler l'ordre public est une décision de police administrative soumise à l'autorité préfectorale. Le préfet décide par arrêté l'hospitalisation ainsi que de sa prolongation. La contestation de cette décision d'internement fait l'objet d'un recours devant le juge administratif sur le fondement de l'illégalité de l'arrêté en l'absence de certificat médical par exemple. Pour retrouver sa liberté, le patient agit devant le juge judiciaire seul habilité à se prononcer sur le fondement de cette décision c'est-à-dire le bien-fondé de l'hospitalisation ou sa disproportion par rapport à l'état de santé du patient. Le contrôle de légalité interne de la décision préfectorale complète celui de la légalité externe par le juge administratif. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs condamné la France pour « *cette dualité juridictionnelle qui ne permet pas au requérant qui fait l'objet d'une hospitalisation d'office d'obtenir une décision sur la légalité de sa détention et ordonnée sa libération si la détention est illégale* »⁴⁴⁵. La France viole ainsi l'article 5§1 de la CEDH qui précise que la détention d'un aliéné doit être régulière durant toute sa durée. Elle dénonce l'incohérence d'un système qui autorise un juge à annuler une partie de la décision sans pouvoir ordonner la libération du requérant.
92. La loi du 25 février 2008⁴⁴⁶ sur la rétention de sûreté et la surveillance judiciaire crée une évolution majeure⁴⁴⁷. Elle a été adoptée à l'origine pour lutter contre les délinquants sexuels récidivistes. Au final, elle concerne toutes personnes présentant les caractères de la dangerosité et qui risquent de récidiver. De l'altération à l'abolition des facultés mentales, le droit pénal consacre depuis 2008 la dangerosité à l'article 706-53-13 du Code de Procédure pénale. La loi de 2008 organise un mini procès « *relatif à l'irresponsabilité pénale d'une personne en raison d'un trouble mental* »⁴⁴⁸. Mais pour la première fois, la dangerosité est intégrée dans le corpus législatif sans pour autant s'accompagner d'une définition juridique. Elle n'est appréhendée qu'à travers la notion de probabilité, autrement dit, de prédiction du risque de récurrence. Il s'agit de personnes qui « *...présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récurrence parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité...* »⁴⁴⁹.

Sans avancées scientifiques probantes sur les critères de la dangerosité autre que le trouble de la personnalité qui renvoie à la psychiatrie, le droit pénal tombe dans les abîmes de l'aléa prédictif. Le trouble mental, la maladie psychiatrique et la dangerosité sont donc des notions au cœur des instruments dont leur application n'est plus déterminée par la responsabilité pénale. L'expertise de l'altération et de l'abolition des facultés mentales ne suffit plus à définir la dangerosité qui dépasse le champ de l'irresponsabilité pénale. La frontière est ténue entre normalité et l'anormalité avec le soin et la prison⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ La Cour européenne des droits de l'homme condamne la France du fait des conséquences de son dualisme juridictionnel, E.Pechillon, « Contrôle de l'hospitalisation sous contrainte », CEDH, 18 nov 2010, n° 35935/03 Baudoin c/ France, *AJ pénal* 2011, p 144.

⁴⁴⁶ Loi n°2008-174 du 25 fév. 2008, art 1^{er}-I.

⁴⁴⁷ J. Pradel, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008 p. 1000.

⁴⁴⁸ Art. 706-119 du CPP.

⁴⁴⁹ Art. 706-53-13 du CPP.

⁴⁵⁰ J.-L. Senon, « Troubles mentaux et prison », *AJ pénal* 2007, p155.

Aujourd'hui, le juge a pour fonction de trancher cette question sensible de la dangerosité en respectant les principes fondamentaux du droit pénal tout au long de la chaîne pénale. La création de la rétention de sûreté déplace les instruments sur le soin dans une phase post-sentencielle dédiée aux mesures de sûreté.

β. L'hésitation entre le soin et la peine

93. Les instruments de sûreté sont sévèrement critiqués voire jugés inefficaces que ce soit sur le fond ou sur la forme⁴⁵¹. La criminologie, principalement fondée sur la dangerosité s'oppose aux courants juridiques. Une comparaison s'impose avec les instruments allemands, suisses et belges qui ont, depuis les années 20, expérimentés des mesures de défenses sociales divergentes, qui ont un temps été efficaces. La France et la Belgique sont deux pays qui ont hésité entre le soin et la peine des personnes dangereuses. L'intérêt est de comprendre comment nos pays voisins ont appréhendé la dangerosité dans la lutte contre la récidive et d'extraire les caractéristiques propres à la défense sociale française⁴⁵². La France redécouvre-t-elle depuis ces dernières années la défense sociale à travers le diagnostic de dangerosité et le soin du récidiviste? L'intérêt d'une comparaison franco-belge est la mise en exergue d'une appréhension différente de la dangerosité et de mettre en exergue les failles du fondement scientifique de la dangerosité adoptée par le droit pénal qui met en application la doctrine de la défense sociale nouvelle. De ce fait, la France développe une forme hybride psychiatrie pour lutter contre la récidive qui s'intègre à la filière pénitentiaire⁴⁵³.
94. La relégation réformée en 1947 se fonde sur l'observation des relégués. Elle est inspirée de la loi de défense sociale belge⁴⁵⁴. Ce régime spécial d'internement de sûreté concerne les aliénés considérés comme dangereux pour la société. Au cœur d'un système para-pénal, la dangerosité est appréhendée par le droit belge à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude. « *Les personnes en état de démence au moment des faits* »⁴⁵⁵ ou « *dans un état grave de déséquilibre ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions* »⁴⁵⁶ subissent un internement de sûreté. Elles constituent un danger social maîtrisé soit par un internement en soin psychiatrique de prison soit dans un établissement de défense sociale spécial sous l'autorité du ministère de la justice ou de la santé. Les aliénés délinquants subissent un régime spécifique d'observation avant la décision judiciaire, un internement à durée indéterminée et des modalités de libération à l'essai, suite à la décision de la commission de défense sociale⁴⁵⁷. En Belgique, la prise en charge des aliénés, des malades mentaux était soumise au droit commun d'interdiction (sécurité) et de placement (soin) sur le fondement de la loi de 1850⁴⁵⁸, qu'ils soient ou non délinquants. L'aliéné criminel est assimilé à l'aliéné ordinaire. La prise en charge prend la forme d'un internement et d'une mise en observation.

⁴⁵¹ Le nouveau gouvernement envisageait peut être d'abroger la rétention de sûreté, *Peines planchers et rétention de sûreté* : C.Taubira confirme l'abrogation, Le Parisien, 19 mars 2013

⁴⁵² C. Debuyt, *Effet de criminologie clinique, entre psychologie et justice pénale, la notion de dangerosité*, Édition Larcier, 2009, p 289 et s.

⁴⁵³ Ibid., p 6.

⁴⁵⁴ La loi de défense sociale belge du 9 avril 1930.

⁴⁵⁵ Art. 71 du code pénal belge.

⁴⁵⁶ Art. 1^{er} de la loi de défense sociale belge du 9 avril 1930.

⁴⁵⁷ La loi de 1930 a été peu modifiée. En 1964, les soins et l'expertise psychiatrique sont différenciés dans la pratique. La loi s'est étendue à certains détenus de droit commun et tend à se juridictionnaliser.

⁴⁵⁸ Art 95 de la loi de défense sociale belge, mesure de placement prise par les autorités communales, sous le contrôle de l'autorité judiciaire avec un avis facultatif d'un médecin.

A l'inverse, la France sépare la personne pénalement responsable et irresponsable. Celle présentant des troubles mentaux, est prise en charge par le système judiciaire. Seul les déclarés irresponsables par une autorité de jugement ont une prise en charge psychiatrique qui se désinstitutionnalise.

95. Les critères de prise en charge psychiatrique des modèles de défense sociale française et belge divergent. La Belgique va plus loin que le système français en utilisant le critère sélectif de la dangerosité pour entrer dans le dispositif de défense sociale. Le rôle du psychiatre est central dans la prise de décision. Il est appelé en tant que conseil tel une garantie à la décision. Des services d'expertise psychiatrique ont renforcé le poids de la science dans la prise de décision. Le savoir-faire du psychiatre endosse le poids de la décision même dans les cas d'une collégialité. La connaissance psychiatrique est la clef de voute du système. Elle résout la prise en charge des troubles psychiatriques des infracteurs grâce à de nombreux outils d'évaluation qui tendent « à recourir à des instruments probabilistes, un savoir de type actuariel qui vient concurrencer le savoir clinique traditionnel. Supposé plus objectif, ce savoir qui prend appui sur des échelles de risque permet ainsi un transfert de responsabilité réifié. »⁴⁵⁹. La tentation de glisser vers une responsabilité déshumanisée grandit aussi en France. La psychiatrie s'immisce dans la criminologie, imposant à la matière pénale de nouveaux outils de mesure des risques comme les échelles actuarielles. « La préoccupation toujours plus grande pour la catégorie de dangerosité est à replacer dans le cadre d'une réponse politique aux illégalismes en termes de temporalisation : la dangerosité autoriserait une emprise toujours plus grande de l'institution sur les individus sous des formes plus ou moins diffuse. Projet d'exécution des peines, pluridisciplinarité et prise en charge pluridisciplinaire pourraient être ainsi lues comme une transformation du contrôle, une volonté d'accumuler du savoir sur le temps pour mieux prévoir. Mais l'accumulation de savoir, entre sollicitude et contrôle ; entre attention et surveillance, pourrait bien devenir l'objectif ultime, repoussant à l'infini les frontières de l'institution »⁴⁶⁰.
96. Le modèle la défense sociale belge alliant soin et sécurité est un échec pour diverses raisons⁴⁶¹. Le rôle prépondérant du conseil central de surveillance et des commissions de surveillance, le faible contrôle de l'administration a créé une mauvaise organisation déjà existante. Le manque de recours aux avocats et aux associations a limité les garanties des droits de l'homme au nom de la sécurité. Les juges sont hostiles à cette mesure car ils ne peuvent pas suffisamment apprécier l'état dangereux du délinquant⁴⁶².

La défense sociale nouvelle française propose, d'opter pour des établissements de type défense sociale belge en dépit des difficultés qui leur sont reconnues. De plus, sachant que la science psychiatrique ne fait pas bon ménage avec le droit, voir un juge éclairé par la science et grand protecteur de la société serait utopique. Ainsi, la France gaulliste, qui n'a pas pour priorité de traiter des délinquants anormaux mentaux, entérine la fin de la relégation en 1970. La prise en charge des détenus atteints de troubles mentaux antérieurs à leur incarcération, où développés par effet du milieu carcéral est laissée à son triste sort

⁴⁵⁹ Ce que la dangerosité fait aux pratiques. Entre soin et peine, une comparaison France-Belgique, Mission de recherche Droit et Justice, note de synthèse, Avril 2012 p3.

⁴⁶⁰ Ibid., p 3.

⁴⁶¹ Ibid., p 3 et s.

⁴⁶² En 1964, la loi de 1930 sera réformée.

en attendant l'essor de la psychiatrie de secteur à partir de 1960⁴⁶³. Ce phénomène se développe au même rythme que la récidive. Les débats se cristallisent autour de la notion de dangerosité ainsi que des pratiques professionnelles (rôle des psychiatres, rôle de l'information et du secret médical)⁴⁶⁴.

97. La psychiatrie de secteur est en France une évolution de la psychiatrie basée sur l'asile et l'hospitalisation centrée. Cette évolution institutionnelle de la psychothérapie est à contre-courant de la psychiatrie et des établissements de défense sociale. Cette nouvelle organisation administrative de la santé mentale est plus souple en prenant en charge les patients hors les murs de l'établissement psychiatrique pour s'étendre dans les villes à proximité de la population. La question du soin en prison provient de l'augmentation des peines carcérales dans les années 1980 et l'incarcération des personnes présentant des troubles mentaux du fait du dédoublement de l'irresponsabilité pénale⁴⁶⁵. Des services médico-psychologiques, au sein des établissements pénitentiaires (SMR) se développent mais avec l'échec des hospitalisations d'office le soin en prison devient problématique. La filiarisation de la psychiatrie en prison démontre qu'il s'agit du seul endroit qui soigne les délinquants présentant des troubles du comportement ou une certaine dangerosité. L'amélioration de l'accès au soin en prison s'est retourné contre elle. Il y a eu un décroisement dû à l'évolution de la psychiatrie de secteur. Les détenus ont un droit d'accès aux soins, même en prison. L'entrée de l'hôpital dans la prison est un enjeu d'humanisation des peines.
98. Depuis quelques années, cette question tente d'être réglée avec la création d'unités hospitalières spécialement aménagées⁴⁶⁶ (UHSA). Elles correspondent en psychiatrie aux unités hospitalières de soin interrégional (UHSI)⁴⁶⁷. L'UHSA est une unité implantée au sein d'un établissement de santé, sécurisée (murs en béton) en lien direct avec les établissements pénitentiaires qui assurent les transferts et le contrôle, les entrées et les sorties (surveillance par les gardiens de prison)⁴⁶⁸. Le personnel pénitentiaire n'est présent qu'en cas de demande du personnel soignant pour assurer la sécurité. Elle est appelée

⁴⁶³ V., V. Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la santé*, LGF, 2001 ; V. Vasseur, G. Mouesca, *La prison doit changer, la prison va changer*, Flammarion, nov. 2011 ; B. Surig, *Une psy à la prison de Fresnes*, les éditions Demos, 2008.

⁴⁶⁴ Mission de recherche Droit et Justice, « Ce que la dangerosité fait aux pratiques. Entre soin et peine, une comparaison France-Belgique », Avril 2012.

⁴⁶⁵ Art 122-1 al 2 du CP

⁴⁶⁶ Les UHSA sont créées par la loi de programmation et d'orientation de la justice du 9 septembre 2002. Fonctionnement conjoint avec les ministères de la Santé, de la Justice et de l'Intérieur (Article L. 3214-1 du CSP issue de la Circ. interministérielle du 18 mars 2011). La durée de séjour en UHSA est en moyenne d'un à trois mois. Le juge des libertés et de la détention (JLD) contrôle systématiquement l'hospitalisation au terme de 12 jours et de six mois, impliquant une audience avec le patient avec obligation d'être assisté d'un avocat (La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 modifiée par la loi du 12 septembre 2013 et le décret n° 2014-897 du 15 août 2014 modifie les articles R. 3211-7 à R. 3211-30 du code de la santé publique, suite à une QPC cons. Const. du 20 avril 2012 qui dénonce l'inégalité du régime plus restrictif pour des personnes présentant un caractère dangereux).

⁴⁶⁷ Les chiffres clés de la justice en 2011, Ministère de la justice, UHSI et les établissements pénitentiaires de majeurs 2012, p. 14 à 30, www.justice.gouv.fr.

⁴⁶⁸ Depuis l'arrêt du 20 juillet 2010 relatif au ressort territorial des unités spécialement aménagées destinées à l'accueil des personnes incarcérées souffrant de troubles mentaux, (NOR: SASH1019961A), les lieux d'implantation des UHSA ne cessent de s'étendre dans les centres hospitaliers (CH): Le Vinatier à Bron, 2010, CH de Gérard Marchand à Toulouse 2012, Nancy Laxou, CH de Georges Daumezon à Fleury-Les-Aubray, CH de Guillaume Régner à Rennes, CH de Seclin à Seclin ainsi que l'ouverture prévue à Toulouse, Marseille et Cadillac entre 2013 et 2014. Le projet prévoyait en 2010, 17 unités pour une capacité totale de 705 places, puis 265 places réalisées à partir de 2014.

l'hôpital- prison. A l'intérieur seul le personnel soignant opère. Elle prend en charge des détenus (femmes, majeurs ou mineurs en dépit du principe de séparation des détenus)⁴⁶⁹ nécessitant des soins psychiatriques en hospitalisation complète, avec leur consentement ou sur décision du préfet (certificat médical à l'appui⁴⁷⁰). Au lieu d'être enfermé dans une chambre d'hôpital sans pouvoir recevoir des soins collectifs, les détenus bénéficieront de trois services : soins intensifs, unité de vie collective pour l'aide à la réinsertion et une unité de soins individualisés. Pendant un temps, avait été évoquée la création d'une structure sécurisée pour les détenus au sein des unités pour malades difficiles (UMD) déjà existantes dans les hôpitaux et qui reçoivent les hospitalisations d'office ou les personnes déclarées pénalement irresponsables pour abolition du discernement⁴⁷¹.

Chaque région pénitentiaire devrait être dotée d'une UHSA dont la première a ouvert ses portes le 21 mai 2010 dans l'enceinte du centre hospitalier du Vinatier à Bron (69)⁴⁷². Il s'agit d'une « *application au détenu souffrant de troubles psychiatriques du principe de l'équivalence des soins dispensés entre le dedans et le dehors* »⁴⁷³ en raison de graves insuffisances dans la prise en charge hospitalière des détenus. Il existe déjà dans certains centres de détention des unités de consultations et de soins ambulatoires (UCSA) qui prennent en charge les malades mentaux en détention qui le souhaitent et des unités hospitalières sécurisées interrégionales. Ces services composés de psychiatres, médecins psychologues et infirmiers assurent un suivi au cours de l'incarcération pour préparer la sortie et la prévention de la récidive dans le cadre de services médicaux psychologiques régionales. L'UHSA est une structure qui devrait s'installer durablement en termes d'hospitalisation psychiatrique des détenus. Elle pallie les difficultés d'hospitalisation psychiatrique en détention par une possible hospitalisation sans consentement. L'hospitalisation sans consentement dépend de la décision du préfet sous les conditions de l'hospitalisation d'office prévu à l'article L3214-3 du code de la santé publique sous la forme d'un arrêté. Lorsque le consentement est obligatoire, le directeur de l'établissement de santé, après avis du médecin de l'unité, décide l'hospitalisation dans une UHSA. Cette unité de soins est un progrès. Une inquiétude subsiste quant aux risques d'encourager à incarcérer un nombre croissant de personnes atteintes de troubles mentaux déclarés pénalement responsables, en raison de l'existence d'une nouvelle prise en charge. Certes de qualité et qui sécurité des malades mentaux en prison⁴⁷⁴.

Puisque le soin en prison n'est pas approprié, le détenu va au-devant de l'hôpital. Punir et soigner au même endroit n'est pas souhaitable⁴⁷⁵ cependant ces unités légitiment l'incarcération des malades mentaux qui n'ont pas leur place en prison. L'UHSA, « *est une vitrine, un gadget, pas une véritable politique sanitaire* »⁴⁷⁶. Les modalités d'hospitalisation restent les mêmes⁴⁷⁷. Cette politique pansément n'empêchera pas les

⁴⁶⁹ <http://www.psycom.org/>.

⁴⁷⁰ Art. L. 3214-3 du CSP.

⁴⁷¹ L. Priou-Alibert, Prison et troubles mentaux: constat alarmant et perspectives d'évolution. Rapport sur la responsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux, Dalloz actualité 19 mai 2010

⁴⁷² Loi n° 2002-11 38 du 9 septembre 2002, art 48.

⁴⁷³ P. Darbeda, L'UHSA, « Une nouvelle structure d'hospitalisation psychiatrique des détenus », *Rev.de dr. Pén.* N°3, 2010, p 673.

⁴⁷⁴ Ibid.

⁴⁷⁵ P. Hennion-Jacquet, « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux », *RDSS* 2009, p509.

⁴⁷⁶ Dr Louis Albrand *in* Ouverture du 1^{er} hôpital-prison à Lyon, *Le figaro*, 25 mars 2010.

⁴⁷⁷ Art. D398 du CPP, B. Brahmy, « Psychiatrie et prison : constats et recommandations », *AJ Pénal* 2004, p.315.

suicides⁴⁷⁸ ou les passages à l'acte car elle ne règle pas la « *défaillance de la psychiatrie publique générale en amont* »⁴⁷⁹.

99. L'intégration de la psychiatrie dans la lutte contre la récidive se fait par des pratiques professionnelles françaises qui montrent l'hésitation entre le soin et la peine. Des difficultés morales et pratiques surgissent dans les transformations institutionnelles. Les professionnels d'encadrement, les magistrats et les psychiatres sont principalement concernés par ces problématiques. Leurs missions oscillent entre empathie et contrôle, créant de grandes incertitudes. Chaque profession est confrontée à des difficultés d'appréciation. Les psychiatres s'interrogent sur la violation du secret médical et sur la question du partage d'information dans le but, légitime, d'un maintien de l'ordre carcéral. Les juges quant à eux s'attèlent sur les obligations de soins. Ces dilemmes sont-ils le signe d'un empiètement interprofessionnel dû aux contraintes institutionnelles ou alors est-ce la preuve d'une incapacité pour la justice de soigner les malades?

En Belgique, par exemple, il existe une réelle différenciation de l'espace prison et de l'espace soin. Le passage dans cette prison est soumis aux critères de la dangerosité. Il repose sur des principes psychiatriques et disciplinaires. Les détenus ont accès aux soins pour des troubles psychiatriques et comportementaux. À l'inverse, en France, l'affectation au sein de maisons d'arrêt, dans des cellules de quartier disciplinaire, quartier d'isolement ou hospitalisation de jour en services médicaux psychologiques régionaux (SMP) et aujourd'hui en UHSA, repose sur les principes plus implicites. Dans ce contexte résoudre les troubles mentaux ainsi que les troubles du comportement durant la détention est occulté. La circulation des personnes ne se fait pas sur les mêmes principes et n'aboutit pas au même type d'incarcération dans ces deux pays. La libération à l'essai d'un établissement de défense sociale, en Belgique, permet de continuer à surveiller la personne en dehors des murs. En France, des mesures de suivis sociaux thérapeutiques et d'injonction de soins rendent la libération compatible avec le soin et le contrôle. L'hospitalisation d'office redonne le pouvoir au service psychiatrique de libérer le soin de la contrainte pénitentiaire. Ainsi, l'effet inverse est constaté. Il est légitime de traiter un condamné qui ne soit pas entre les murs d'une prison ou dans un établissement de soins.

100. En France comme en Belgique le savoir-faire psychiatrique est un élément-clé pour résoudre le problème des troubles mentaux des détenus. La France développe des équipes pluridisciplinaires impliquant les professionnels des SMRP dans la vie de l'établissement. En France l'expertise post-sentencielle n'est pas aussi élaborée en raison de la pénurie de moyens. Les expertises sont courtes et lapidaires laissant le juge d'application des peines seul et perplexe, face au silence des psychiatres. Inversement, l'expertise psychiatrique est déterminante dans le processus de décision belge, puisque le psychiatre a un double de conseiller et de traducteur. Sa décision entre dans le dispositif de soins. En contrepartie, c'est plus sur le psychiatre belge que sur le juge que pèse le poids de la décision. En Belgique, le secret médical dans les annexes psychiatriques crée des pressions contre les services d'expertises internes, développés dans l'institution. Lors de la sortie le savoir psychiatrique retrouve son intérêt. Dans le cadre de la prévention des risques de la récidive, l'expertise objective en France n'est qu'à ses débuts. Elle s'appréhende à travers la psycho-criminologie qui souhaite s'appuyer sur des outils actuariels. Le travail de la psychiatrie semble inéluctablement confronté à une transformation en profondeur de la

⁴⁷⁸ Rhône: premier suicide à l'hôpital-prison de Bron, Le parisien, 27 janv 2011.

⁴⁷⁹ C. Reimeringer, déléguée de l'Observatoire internationale des prisons (OIP) en Rhône Alpes *in*, Ouverture du 1^{er} hôpital-prison à Lyon, Le figaro, 25 mars 2010.

matière. Il existe cependant que de faibles et rares formations en psychiatrie criminelle ou psycho criminologie pour adapter le travail du psychiatre aux enjeux de la prévention de la récidive. Le savoir-faire psychiatrique français est en mouvement mais loin de se doter comme en Belgique, de services d'expertises spécifiques qui utilisent des outils actuariels concurrençant le savoir-faire clinique traditionnel dans un but probabiliste⁴⁸⁰.

- 101.** Le diagnostic de la dangerosité assimile le possible avec le réel, sous prétexte que l'éventualité est plus ou moins probable. Elle est une probabilité de corrélation entre les symptômes actuels et un acte infractionnel à venir. La dangerosité autorise une emprise de l'institution sur les individus de manière plus ou moins diffuse et plus ou moins grande. « *L'accumulation de savoirs, entre sollicitudes et contrôles, entre tensions et surveillances, pourrait bien devenir l'objectif ultime, repoussant à l'infini les frontières de l'institution* »⁴⁸¹. La pluridisciplinarité et l'exécution des peines ont pour objectif d'accumuler les connaissances sur le long terme pour les meilleures préventions mais surtout pour un meilleur contrôle. Dans ces conditions et depuis l'intégration de la dangerosité dans la loi sur la rétention de sûreté en 2008, il est légitime de s'interroger sur le contrôle par le soin du récidiviste. Le récidiviste peut-il être réinséré par le soin hors les murs de la prison ?

Faire tomber les murs de la prison et réinsérer certains récidivistes à travers le soin est possible. Dans ce sens se développent les prisons ouvertes⁴⁸² ou la peine de contrainte pénale notamment pour des condamnés ne souffrant pas de troubles psychiatriques ou mentaux. La prison ouverte de Casabianda en Corse, accueille des délinquants sexuels intrafamiliaux issus du monde rural depuis 1960. Inspiré par le modèle espagnol du XIXème siècle à Valence, le militaire Montesinos, instaure un système de confiance entre ses surveillants peu nombreux et les détenus⁴⁸³. Basée sur des ateliers éducatifs, cette confiance a fait chuter la récidive de 35 à 2 %⁴⁸⁴. En effet, « *la prison ouverte repose sur quelques critères : une discipline consentie, un travail pour tous, l'instauration d'un régime de confiance mutuelle, une responsabilisation des détenus et des moyens passifs de sécurité* »⁴⁸⁵.

L'hésitation entre le soin et la peine ne caractérise plus la dichotomie entre les paradigmes rétributifs et préventifs, mais constitue la cause et la conséquence. « *Prison et systèmes de défense sociale sont traversés par des logiques emboîtées* »⁴⁸⁶. Son objectif sécuritaire joue en défaveur de la thérapie et de la médicalisation qui progressent en

⁴⁸⁰ « La préoccupation toujours plus grande pour la catégorie de dangerosité est à replacer dans le cadre d'une réponse politique au légalisme en terme de temporalisation : loin de céder au présentisme la dangerosité invite à prendre en compte des éléments du passé pour anticiper l'avenir en agissant présentement en fonction de ces éléments. La dangerosité est une notion mystérieuse, qualité immanente à un sujet, mais dont l'existence reste aléatoire, puisque la preuve objective en n'est jamais donnée que dans l'après coup de sa réalisation. Le diagnostic établi est le résultat d'un calcul de probabilités intuitives dissimulées sous un jugement substantialiste », Robert Castel, *La gestion des risques: de l'anti psychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, les éditions de minuit, 1981, p 147.

⁴⁸¹ Ibid.

⁴⁸² J-R. Gontard, Rapport de mission sur les prisons ouvertes, mars 2010.

⁴⁸³ Expérience initiée en Europe en 1850 par des sociétés philanthropes, L. Leroux, Concepteur de prisons ouvertes, La Provence, 15 fév.2010, Le secrétaire d'état à la justice a chargé Paul-Roger Gontard , doctorant en droit pénal, d'une étude sur la prison sans barreaux.

⁴⁸⁴ Ibid,

⁴⁸⁵ P-R.Gontard *in*, Ibid.

⁴⁸⁶ Ce que la dangerosité fait aux pratiques. Entre soin et peine, une comparaison France-Belgique, Mission de recherche Droit et Justice, note de synthèse, Avril 2012, p12.

prison et qui s'accommode difficilement avec la réinsertion. Aujourd'hui, c'est au nom du soin, que la longue incarcération trouve sa justification et c'est parce qu'il faut soigner qu'on punit plus.

Section 2. Une catégorie pénale récente

- 102.** L'autonomisation de la récidive est apparue suite à la caractérisation d'un groupe particulier de criminels : les récidivistes. Dès l'origine, les pouvoirs publics luttent contre un phénomène à travers la répression de l'homme sans comprendre les raisons du passage à l'acte. Le récidiviste, acteur de la récidive, ressort dans les statistiques. Cet individu aux caractéristiques particulières, mérite qu'on lui inflige un remède parce qu'il récidive. L'acte détermine la personnalité du récidiviste et sa peine. Il est l'objet d'un régime particulier parce qu'il est un homme dont la carrière infractionnelle est plus ou moins longue. Et si la sévérité de la peine n'a pas eu d'effet sur lui, c'est parce qu'il est indéniablement différent du commun des mortels. Le récidiviste est un monstre.
- 103.** Il est le bouc-émissaire privilégié d'une communauté que les pouvoirs publics essayent de pacifier. Les présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité portées par toute une Nation, consacrent donc les bases d'un régime juridique dédié aux délinquants d'habitude et aux grands criminels récidivistes. Comme dans un cercle vicieux, les politiques pénales, qu'elles soient fermes ou souples, auto-alimentent le phénomène de la récidive. L'étude des mouvements contestataires n'est pas anodin au regard de l'histoire de la récidive. Violents et menaçant, le gouvernement déclenche l'état d'urgence pour éteindre les rebellions. Ces insurrections ont rythmé les changements de cap des politiques pénales empêchant les actions structurelles. Deux révoltes ont conditionné les tournants majeurs dans l'histoire de la lutte contre la récidive et l'abandon des politiques préventives. Durant la Commune de Paris⁴⁸⁷, c'est sous la qualification juridique de récidivistes que les communistes sont pointés du doigt. Dorénavant, le récidiviste est appréhendé comme le responsable des mouvements de masse. La mouvance des politiques pénales est-elle à l'origine de la création juridique d'une catégorie pénale de récidivistes ? Les avancées scientifiques ont-elles justifié une ségrégation parmi les délinquants ? Les outils aidant à la caractérisation du récidiviste sont-ils aussi pertinents au regard de toutes les délinquances ?

La montée du populisme pénal et l'inefficacité de la prison, ultime rempart contre les récidivistes, s'entrechoquent et mettent en échec les initiatives politiques. Les outils d'identification du récidiviste sont à l'origine du premier instrument spécifique aux récidivistes : la relégation. Le traitement informationnel est devenu l'outil indispensable pour mesurer l'efficacité des peines. A contrario, il alimente l'obsession créatrice de la lutte contre la récidive. Ainsi, la mouvance des politiques pénales favorise la création d'une catégorie pénale de récidivistes (I). En conséquence, la dangerosité est consacrée d'une part comme un critère juridique d'application des instruments et d'autre part comme celui de la prédiction de la récidive (II).

⁴⁸⁷ Insurrection populaire du 18 mars au 28 mai 1871, faisant partie des crises sécuritaires qui conduisent à un revirement de politique pénale répressive contre les récidivistes, J-P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes... ..op.cit.*, p 217.

I. Des politiques pénales mouvantes

- 104.** La politique pénale est désignée ainsi depuis les années 1980. La loi du 9 mars 2004 consacre une nouvelle terminologie, celle de politique d'action publique, qui regroupe l'élaboration de la norme pénale, la prévention, la police judiciaire, les poursuites, le jugement pénal, l'exécution des peines et la politique pénitentiaire⁴⁸⁸. Les réformes pénales sont limitées à la fois par la durée du mandat présidentiel qui est aujourd'hui de cinq ans et à la fois par l'aléa politique qui caractérise la gouvernance de la France sous la Vème République. A cela s'ajoute que par deux fois des crises sécuritaires ont déclenché un retour rapide à la fermeté. En effet, ces deux facteurs parachèvent l'émergence de l'autonomisation des récidivistes.
- 105.** Le débat entre les Absolutistes de la rétribution (peine de mort, relégation) et les Préventionnistes de la peine utile est dépassé. Le compromis doit désormais s'opérer parmi ces derniers dont les différentes écoles (utilitariste, positiviste, défense sociale) s'opposent sur la manière ferme ou douce de prévenir la récidive. En effet, les utilitaristes classiques veulent une peine certes utile mais humaine sans individualisation pour empêcher l'arbitraire. Les néo-classiques préfèrent une prévention spéciale qui intimide et donc reste ferme et sévère. Quant aux Positivistes et à la Défense sociale, ils fondent la sanction pénale ou la mesure de sûreté sur un critère scientifique de dangerosité. La résurgence des idées rétributives et la notion nouvelle de dangerosité dans la lutte contre la récidive remet en question le succès d'un compromis néoclassique. La personnalité complexe de chaque récidiviste répond difficilement aux traitements d'une théorie générale applicable à tous les délinquants. C'est principalement sur la difficulté d'individualiser la peine et l'échec de la prison que les paradigmes s'affrontent dans le cadre de politiques sécuritaires menées dans l'urgence (**A**). Les crises sécuritaires et politiques édifient les plus importants instruments répressifs contre le récidiviste : la relégation, les peines planchers et la rétention de sûreté. La naissance en occident à la fin du XIXème du populisme pénal guide des orientations des politiques criminelles répressives qui mettront au ban de la société un récidiviste identifié et surveillé en raison de sa dangerosité. Une mouvance juridique (**B**) est constatée autour de la construction du récidiviste en raison de la modification de ses caractéristiques (**C**).

A .Une politique sécuritaire

- 106.** Garder une sévérité de la peine tout en l'individualisant ou en l'aménageant, est un compromis digne d'un pays des droits de l'homme, mais qui reste en pratique difficilement applicable. L'individualisation de la peine est au cœur du débat. Cependant, connaître le récidiviste pour adapter sa peine est une marque d'indulgence qui autorise le condamné à recommencer, c'est pourquoi les victimes se sentent trahies par la justice. De ce fait, l'électorat réclame plus de fermeté et moins de laxisme. Les allers retours entre la fermeté et l'indulgence prouvent l'échec du compromis des paradigmes. L'individualisation de la peine est le principal point de discorde entre les différentes Ecoles doctrinales, alors même que, la catégorie pénale du récidiviste n'est pas encore consacrée par le droit. Cette discordance, toujours d'actualité, vise les juges, supposés responsables des défaillances du système judiciaire.

⁴⁸⁸ D. Mondon, « Pour une analyse systémique ... » *chron. préc.*, p442.

Leur pouvoir d'individualisation et l'aménagement de la peine est limité par des instruments qui placent le juge dans la tourmente de l'interprétation stricte de la loi (a). Ainsi, le gouvernement proclame l'Etat d'urgence, pour imposer des instruments de défense sociale contre ceux qui troublent l'ordre public, sous la catégorie pénale de récidiviste (b).

a. Une peine adaptée limitée

107. Le constat d'échec du compromis néoclassique avec la prévention positiviste consiste théoriquement dans la signification complexe de l'utilité de la peine qui peut être détournée de son objectif initial. La peine encourue entre dans l'équation risques et avantages. Le caractère incertain de l'exécution de la peine limite réellement ses effets. Il est permis de douter de la véritable fonction des peines à but préventif. L'effet dissuasif d'une peine plus douce est aussi remis en question puisqu'aucune étude n'a permis d'affirmer avec certitude l'efficacité sur la récidive.

Les désillusions concernent particulièrement le champ général de la prévention. « *La menace de la peine ne paraît efficace, en principe, pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile* »⁴⁸⁹. Les positivistes italiens privilégient une réaction scientifique contre cette criminalité galopante. Garofalo, minimise le rôle de la prévention générale en faveur de la prévention spéciale. La prévention générale est inefficace vis-à-vis de ceux qui sont prédisposés aux crimes. Le malfaiteur accepte de courir tous les risques inhérents à l'activité. De même que les criminels malades, impulsifs ou névropathes qui n'ont pas conscience des conséquences de leurs actes. Contrairement aux nombreux pays favorisant les peines dissuasives, la barre d'intimidation ne doit pas être trop élevée dans un système pénal. Cela ne garantit pas l'efficacité de la peine contre la récidive⁴⁹⁰. Selon Garofalo, il y a différents types de criminels. La prévention spéciale s'imposerait donc comme une évidence.

108. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale est nuancé par l'Ecole Néo-classique à travers le principe d'individualisation de la peine dans le but d'obtenir l'amendement du condamné et une justice casuistique plus équitable. L'individualisation de la peine est un moyen d'adoucir la rigueur prônée par l'Utilitarisme classique. En effet, l'interprétation objective des textes est un principe phare de l'Ecole Classique utilitaire. Cette méthode concerne aussi bien la décision judiciaire de responsabilité que le prononcé du quantum de la peine. Les peines sont automatiques en fonction des crimes et des délits. De ce fait, elles sont plus sévères car elles ne peuvent être amoindries selon la personnalité ou le cas d'espèce. Cette forme sévère de répression semblait lutter efficacement contre la criminalité. Les sanctions sont exemplaires. Le délinquant ne peut être excusé de son acte. Le quantum des peines des récidivistes est automatiquement augmenté pour le punir et l'effrayer s'il récidive.
109. Individualiser la peine implique donc la connaissance des faits et la personnalité du prévenu pour en déduire des circonstances atténuantes. Le développement de politiques criminelles fondées sur la personnalité du criminel ne sont pas favorablement accueillies

⁴⁸⁹ G.Kellens, *La mesure de la peine, précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, 1991, p94.

⁴⁹⁰ M. Van De Kerchove, *Sens et non sens de la peine...op.cit.*, p207.

dans la société, surtout lorsqu'il est question d'individualiser la peine même pour le récidive. Le Code pénal de 1810, d'ailleurs, prévoyait un système de peines, certes sévères, mais avec un degré de rigueur et d'indulgence que le juge appréciait selon des limites. Il fixait le quantum de la peine compris entre des seuils maximum et les limites d'un minimum inflexible. Cette fourchette de peine est un compromis juste et équitable entre la répression qui persiste au nom de la société et le principe d'individualisation. Il condamne l'individu sans pour autant le briser socialement et humainement par une peine qui pourrait le happer de nouveau dans l'engrenage de la criminalité. Pourtant, individualiser la peine n'est pas la solution miracle contre la récidive. « *Le malheur est qu'individualiser la peine, c'est l'inégalité pour des fautes égales* »⁴⁹¹ ceci impliquant pour le juge de bien connaître les circonstances de l'infraction mais aussi la personnalité de l'auteur.

Individualiser la peine nécessite de connaître la personnalité et le passé de l'individu condamné dans un contexte où la société du XIXe siècle s'est profondément modifié. La révolution industrielle change les mentalités. L'exode rural accélère le développement des modes de transport et favorise, dans les villes, l'accueil de populations hétérogènes et individualistes. Les honnêtes gens côtoient les dangereux criminels et les récidivistes. La pauvreté et la crise économique concourent à l'augmentation des agressions crapuleuses. Dans ce contexte, la justice fait preuve de fermeté avec ceux qui basculent dans les larcins et les pillages alors que les industries recherchent de la main d'œuvre.

- 110.** La personnalisation de la sanction a pour finalité première d'être utile et d'empêcher la rechute du délinquant. L'individualisation prend en considération la spécificité de chaque condamné, qu'elle soit intrinsèque (maladie, troubles de la personnalité, caractère, identité, âge, sexe) ou extrinsèque (statut familial, emploi, rôle dans la société). La justice connaît le passé délictuel ou criminel de l'individu inscrit sur le casier judiciaire. Elle peut opérer des regroupements d'informations dans le cadre d'une enquête en consultant d'autres fichiers d'empreintes digitales, génétiques etc... Elle prend aussi en compte les caractéristiques de la nature de l'infraction en question. Les crimes sexuels, par exemple ne traduisent pas les mêmes maux que des infractions contre les biens. Les malfaiteurs ont évidemment des points communs (défiance de l'autorité, prise de risque) mais leurs déviances diffèrent selon leur personnalité et la nature de l'infraction. Pour aider la justice, le casier judiciaire est créé en 1850. Il retrace l'existence ou l'absence du passé judiciaire des prévenus ou accusés, facilitant ainsi l'individualisation de la sanction. Cet instrument, premier d'une longue série de fichiers et de répertoires, était à l'époque encore trop récent et peu alimenté. Il n'a pu asseoir la légitimité de l'individualisation des peines, empêchant l'analyse de son impact sur la rechute des condamnés. Les études des néoclassiques sont insuffisantes. Le gouvernement est pris de court par l'ampleur du phénomène de la récidive. Il réagit dans l'urgence pour maintenir la sécurité. L'instauration de la relégation met un coup d'arrêt à l'idéologie de l'individualisation de la peine.
- 111.** Le fichage⁴⁹² des condamnés soulève de nombreuses interrogations quant à sa nature et son régime. De multiples fichiers ont été créés avec des domaines de regroupement

⁴⁹¹ R.Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 2^{ème} éd, 1909, in, J. Pradel « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D.* 2013, p 725.

⁴⁹² V. supra, Le traitement informationnel du récidiviste

d'informations diverses et variées⁴⁹³. Leurs objectifs⁴⁹⁴ peuvent s'opposer aux droits fondamentaux justifiant la création de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) qui protège le traitement de l'information. Au XIX^{ème} siècle, la pratique de l'individualisation des peines subit d'abord les lacunes des fichiers peu renseignés, trop nombreux. L'absence de recoupement réduit leur efficacité. Aujourd'hui, en matière judiciaire, le retard pris s'est estompé. Depuis 2012, le traitement de données à caractère personnel relatif aux antécédents judiciaires est instauré pour une meilleure coopération entre les services de police et de gendarmerie⁴⁹⁵. Plus largement, la surveillance de la société s'est considérablement accélérée grâce aux nouvelles technologies de vidéo-protection dans les villes et de la technique du GPS pour l'utilisation du bracelet électronique. Les caméras de surveillance balayent les rues, les stations de métro et les supermarchés. La jonction de ces images constitue un moyen d'élucidation important des affaires ainsi qu'un moyen de dissuasion dont la portée peut être discutable.

- 112.** Le juge est au centre de la lutte contre la récidive dès lors qu'il déteint un pouvoir d'individualisation. Soit, son jugement individualisé est considéré comme laxiste, soit il est un automate qui s'en remet à la sévérité des peines. Il prononce la nature et le quantum de la sanction qui lui semble le plus efficace pour empêcher la rechute. L'individualisation permet au juge d'être plus humain dans le prononcé de la peine. Il est de ce fait plus clément à redonner une autre chance. L'arsenal des aménagements et des peines alternatives à la prison offre un large panel de choix. De plus, les peines prononcées peuvent être accompagnées d'un sursis à exécution. Le quantum peut être réduit et jusqu'à deux ans d'emprisonnement un aménagement de peine peut être décidé par le JAP. Les peines en milieu ouvert sont privilégiées pour désengorger les prisons au détriment d'une opinion publique en général réticente qui considère les magistrats laxistes ce qui conduirait à créer de la récidive⁴⁹⁶. Dès que les agissements d'un récidiviste, souvent violeur ou pédophile récidivistes, animent les chroniques des faits divers, les juges sont désignés responsables des dysfonctionnements de la justice. « *Un arsenal de mesures de surveillance existe pour suivre les criminels sexuels. Mais il n'est pas synonyme de risque zéro* »⁴⁹⁷. Le juge est écrasé entre la complexité des lois et le regard accusateur de l'opinion publique. Un rapport de force se crée entre la justice, les forces de police et la représentation nationale. La loi Guigou sur la présomption d'innocence est rebaptisée, loi des voyous, par les syndicats de policiers⁴⁹⁸. Les décisions de remise en liberté des JAP sont qualifiées, à l'occasion d'un fait divers, de « *dramatique erreurs d'appréciation des juges* »⁴⁹⁹ par le Premier Ministre. Le fossé se creuse à l'occasion des manifestations des magistrats suite aux réformes de la carte judiciaire de 2007,

⁴⁹³ Annexe 9 : Tableau récapitulatif des principaux fichiers de police, A.Bauer et C.Soullez, *Les fichiers de police ...op.cit.*, p 111 à 125.

⁴⁹⁴ A l'exception de l'objectif de recherche de la manifestation de la vérité dans une enquête ou instruction (fichiers des empreintes génétiques, digitales)

⁴⁹⁵ Décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 instaurant le traitement de données à caractère personnel relatif aux antécédents judiciaires, remplaçant le STIC (police) et le JUDEX (gendarmerie).

⁴⁹⁶ « 100 000 peines de prison ne sont pas exécutées. En cause, un engorgement à différents niveaux du processus d'application des peines ». Le chiffre noir de la justice française, Le Figaro, 4 fév 2011.

⁴⁹⁷ Récidive : les failles d'un système, Marie-Amélie Lombard, Le Figaro 28 janv. 2011.

⁴⁹⁸ De la loi Guigou à la " loi pour les voyous ", S. Homer, L'humanité, 19 janvier 2002

⁴⁹⁹ Ses propos concernent la remise en liberté de Jean Claude Bonnal, (l'affaire du chinois) après avoir passé un an en détention provisoire puis acquitté. Cependant, il est accusé de faits similaires commis après sa libération. Il est condamné à perpétuité. Propos tenus par le premier ministre L. Jospin le 24 octobre 2000, in D. Salas, Le nouvel âge de l'erreur judiciaire, *Revue française d'administration publique*, 2008, n° 125 p 170.

« *nécessaire mais fragilisées par des défauts de conceptions* »⁵⁰⁰. Les juges sortent de leur silence pour exprimer publiquement le poids de l'erreur judiciaire sur leur fonction et leur conscience⁵⁰¹. Le débat sur la récidive symbolise cette déchirure qui ne met pas d'accord les acteurs de cette lutte et les partisans des différentes écoles doctrinales et opinions politiques depuis deux siècles. La défiance envers les juges provient aussi de la classe politique qui leur reproche les erreurs judiciaires⁵⁰². Le juge est placé dans une situation délicate, inconfortable alors qu'il arbitre déjà les divergences de position au sein même du procès notamment s'il fait appel à des experts.

A contrario, l'absence d'individualisation des peines réduit le rôle du juge à celui d'un automate. Sa fonction est limitée à la lecture des textes. Il ne peut plus user de son pouvoir souverain d'appréciation. En luttant contre l'arbitraire du juge, le principe de légalité criminelle est dévoyé pour servir une justice ferme qui fait fi de la personnification des peines. L'objectif d'égalité n'est pas atteint. La justice juge sur l'égalité des faits qui, relèvent la même qualification juridique, mais qui diffèrent selon la personnalité de leur auteur. La peine plancher est le meilleur exemple qui illustre le retour de la justice répressive contemporaine. La loi impose au juge d'appliquer une peine dont le quantum de la peine d'emprisonnement est préalablement fixé par les textes, sauf si des circonstances exceptionnelles sont apportées par la défense.

- 113.** L'encellulement était l'instrument de sanction le plus répandu au XIX^{ème} siècle. Il le devient de nouveau depuis 2007 avec le retour des peines planchers. La déportation puis la relégation prévues pour les récidivistes, sont réputées avoir été les peines les plus douloureuses et inhumaines. Elles sont réputées être plus effrayantes que la peine capitale, sentence prompte ne laissant pas autant de place à la longue torture physique et psychologique des longues années d'enfermement sans espérer un autre avenir meilleur que celui de mourir en déportation dans les lieux autrefois maudits des colonies. La pauvreté et l'isolement accompagne le long chemine vers la mort. Les humanistes influencent l'esprit des juges hostiles qui préfèrent ne pas relever les incriminations qui franchissent le seuil du quantum qui conduit à la relégation et détruire toute chance de réhabilitation des condamnés. Individualiser les peines implique des moyens d'information, financiers et humains. Les peines, quelques soient leur pénibilité (baigne ou prison) finissent par prennent fin et exiger l'existence d'un processus de réintégration.

La surpopulation carcérale et les sorties sèches limitent le rôle de la prison. L'individualisation de la peine n'est donc pas le seul problème à résoudre pour lutter contre la récidive. Depuis l'abrogation de la relégation et l'abolition de la peine de mort aucune autre mesure de substitution n'a été mise en place pour continuer à neutraliser le criminel. En conséquence, l'individualisation sera un instrument contreproductif dès lors qu'il ne sera pas accompagné de moyen de réinsertion à la hauteur de l'arsenal tel qu'on le connaît aujourd'hui dans le domaine de l'exécution des peines (enquête de personnalité, suivi socio-judiciaire, SPIP, éducation, ressources financières, personnels formés). Le compromis néoclassique pariait sur l'efficacité de l'individualisation de la peine sans disposer des ressources scientifiques, humaines et financières nécessaires. Des vagues de violence et de criminalité déferlent dans les villes et les campagnes confirmant

⁵⁰⁰Rapport d'information n° 662 (2011-2012) de N. Borvo Cohen-Seat et. Y.Détraigne, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 juillet 2012.

⁵⁰¹ L'angoisse de l'erreur judiciaire, des juges parlent, Marianne n° 880, 28 fév. 2014, p 56

⁵⁰² D. Salas, « Le nouvel âge ... » *chron.préc.* p 169.

l'échec des doctrines humanistes, utilitaires et préventives de la peine. A la fin du XIXème siècle les récidivistes se détachent de l'ensemble des délinquants.

b. Un Etat d'urgence

- 114.** La politique criminelle est tributaire du niveau de pacification d'un pays. Les situations d'urgence déclarées par l'Etat modifient naturellement sa loi pénale qui protège le plus grand nombre en temps de guerre civile, coup d'Etat, crise sociale, revendications syndicales ou crises économiques. Les crises sécuritaires ont eu des conséquences directes sur le changement d'orientation des politiques pénales. Des revirements s'observent à chaque cycle⁵⁰³. La Commune de Paris en 1871 et les émeutes de banlieues en 2005 sont deux crises sécuritaires majeures dont l'étude est indispensable pour comprendre l'histoire de la lutte contre la récidive. *In fine* est visé le laxisme de la politique pénale et le récidiviste, responsables du chaos ce qui a contribué au vote des grandes lois contre la récidive (relégation, peines planchers, rétention de sûreté). Ces deux grandes crises sous la IIIème et la Vème République illustrent le retour spontané de la répression. Au XIXe siècle, les communistes menacent la stabilité du pouvoir républicain, alors qu'en 2005, ce sont les banlieues qui s'enflamment pouvant laisser croire au basculement du pays dans la guerre civile⁵⁰⁴. Les minorités culturelles, religieuses et sociales se révoltent. Pourtant, c'est la récidive qui devient le fil conducteur des réformes pénales, comme étant le socle juridique des révoltés et des exclus.
- 115.** Les républicains évoquent de nouvelles valeurs de citoyenneté et de laïcité. Le développement des droits économiques et sociaux incitent les classes populaires à accéder à l'éducation et à la propriété, piliers de l'ordre social. L'événement de la Commune de Paris en 1871 déstabilise le pouvoir politique de la IIème République. Dorénavant, le danger émane des classes populaires, analphabètes, alcooliques, préjugées immorales. Les récidivistes, en majorité issus de ce milieu, deviennent une véritable menace contre les valeurs bourgeoises revendiquées par la République. Ils sont pour la première fois au cœur d'une réflexion sociale et d'un enjeu politique favorisant le ralliement à la cause républicaine. Ainsi, les récidivistes constituent un frein au développement du modèle Républicain puisqu'il est le symptôme visible du désordre et qu'il contamine le développement social des classes laborieuses. Jules Ferry apparente ce phénomène à une épidémie qui dépasse le stade de la contagion. Seul le gouvernement républicain peut trouver les moyens de freiner, prévenir et réprimer la récidive. La petite délinquance et le criminel d'habitude se multiplient et se confortent sans fin dans le vice. Ce criminel, qui fait peur, est facilement présenté comme un individu dangereux et incorrigible. Il menace le développement des promesses républicaines : suffrage universel masculin, l'école libre laïque et obligatoire ainsi que l'octroi de droits économiques et sociaux. L'amélioration des conditions sociales impose préalablement un assainissement urgent des milieux populaires dont sont issus les récidivistes.

Le danger sur la métropole Française sera déplacé dans les colonies. Le 27 mai 1885 est voté une loi qui prévoit de reléguer les condamnés pour récidive à la déportation en Nouvelle Calédonie et en Guyane. La transportation des relégués est une nécessité de

⁵⁰³ J-P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes.. op.cit.*, p 217.

⁵⁰⁴ C.S. Smith, *Immigrant Rioting Flares in France for Ninth Night*, The New York times, 5 nov. 2005; Revolving C. Caldwell, *High Rises*, The New York times, 27 nov, 2005.

défense sociale car une fois libérés, ils ne pourront pas revenir dans l'hexagone. La relégation est le symbole de la victoire des partisans de l'exclusion définitive du récidiviste hors du territoire métropolitain. La transportation souligne aussi le caractère incorrigible du récidiviste. Éradiquer la mauvaise graine est un préalable indispensable à la mise en place des mesures sociales et économiques souhaitées par des républicains opportunistes. Lacassagne et Lombroso considèrent que la peine de la relégation est un rempart contre l'influence néfaste des criminels et des récidivistes incapables de profiter des bienfaits du progrès social⁵⁰⁵. La durée de vie des politiques étant courte et incertaine les mesures les plus importantes, voire les plus spectaculaires, ne peuvent s'élaborer que dans l'urgence.

- 116.** En automne 2005, les banlieues françaises s'enflamment exprimant le déchirement du tissu social. Les banlieues des villes, habitées en majorité par des populations pauvres issues de l'immigration, sont confrontées aux difficultés d'intégration économique, sociale, religieuse et culturelle. Très médiatisées à travers le monde, la presse anglo-saxonne, qualifiait ces émeutes de guerre civile. Le débat se cristallise sur la nature de la réponse politique du gouvernement contre cette révolte qui effraye par sa durée et sa violence. Le modèle d'intégration de l'Etat providence français a atteint ses limites. Les acteurs des mouvements contestataires sont des multirécidivistes. Face à l'ampleur du phénomène, l'Etat d'urgence⁵⁰⁶ est déclaré pendant trois semaines à partir du 8 novembre 2005⁵⁰⁷. L'Etat d'urgence se définit actuellement comme une « *situation dans laquelle les pouvoirs de police administrative se trouvent renforcés et élargis pour faire face soit à un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit à des événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamité publique ; situation pouvant ou non résulter de circonstances exceptionnelles et dont l'existence justifie que l'administration, sous réserve de l'appréciation du juge, passe outre certains délais ou exigences de forme ou de procédure* »⁵⁰⁸. En application de deux décrets, le Préfet de police de Paris met en place par arrêté un couvre-feu⁵⁰⁹ qui interdit les rassemblements « *de nature à provoquer ou entretenir le désordre sur la voie et dans les lieux publics* ». Le Ministre de l'Intérieur peut assigner à résidence toute personne « *dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics* »⁵¹⁰. Ils peuvent tout deux « *ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion* » et « *les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre* »⁵¹¹ ainsi qu' « *ordonner la remise des armes de première, quatrième et cinquième catégories* »⁵¹². Ils ont le pouvoir d'ordonner sans le contrôle d'un juge des perquisitions à domicile « *de jour et de nuit* », prendre « *toute mesure pour assurer le contrôle de la presse et de la radio* »⁵¹³. La juridiction militaire, peut « *se saisir de crimes, ainsi que des délits qui leur sont*

⁵⁰⁵ Allinne J.P. et Soula M., *Les récidivistes...op.cit*, p15 et s.

⁵⁰⁶ Loi n°55-385 du 3 avril 1955.

⁵⁰⁷ Décrets n°2005-1386 et n°2005-1387 publiés au JO le 8 novembre 2005.

⁵⁰⁸ G.Cornu, Définition du vocabulaire juridique, p 946.

⁵⁰⁹ Art.5 de la loi du 3 avril 1955 : « La déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir au préfet dont le département se trouve en tout ou partie compris dans une circonscription prévue à l'article 2 : 1° D'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté ; 2° D'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé ; 3° D'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics ».

⁵¹⁰ Art 6 de la loi du 3 avril 1955.

⁵¹¹ Ibid., Art 8.

⁵¹² Ibid., Art9.

⁵¹³ Ibid., Art11.

connexes »⁵¹⁴. Le refus de se soumettre peut être passible d'emprisonnement pouvant aller de huit jours jusqu'à deux mois et d'une amende de 3 750 euros⁵¹⁵. Les pouvoirs coercitifs sont élargis durant cette période exceptionnelle, en violation des droits fondamentaux au nom de la sécurité intérieure. Au cœur de cette crise réside le récidiviste.

Lors du Conseil des ministres anticipé, le lundi 14 novembre 2005, l'Etat d'urgence est prolongé de trois mois par le gouvernement. Pour le Président de la République J. Chirac « *c'est une mesure de protection et de précaution [...] nécessaire pour donner aux forces de l'ordre tous les moyens dont elles ont besoin pour ramener définitivement le calme. Bien entendu c'est une mesure strictement temporaire et qui ne s'appliquera que là où elle est strictement nécessaire et en plein accord avec les élus* ». Depuis une quinzaine d'années, les banlieues des grandes villes accueillant les familles pauvres issues de l'immigration sont devenues des zones de non-droit, affranchies des lois de la république et inaccessible à la police. La délinquance juvénile et la récidive caractérisent les principaux auteurs des émeutes dont les dommages financiers ont été considérables pour les habitants et les commerçants. Les jeunes de ces quartiers sont socialement et économiquement exclus de la société et du monde du travail. Le chômage, la violence, le trafic de drogue et d'armes se sont enracinés dans leur quotidien. Ils bafouent les valeurs les plus naturelles et les plus fondamentales, faisant régulièrement la une des journaux (séquestration, viols en réunion, extorsion de fonds, torture)⁵¹⁶. La criminalité et la délinquance des multirécidivistes effrayent la population, ce qui discrédite les politiques pénales et sociales. Les instruments et les aides mis en œuvre jusqu'à présent ne suffisent plus à intégrer cette population. La sévérité des peines aggravées, les aménagements, les travailleurs sociaux et les éducateurs n'arrivent pas à changer le comportement nuisible de ces jeunes incorrigibles et dangereux. Ce vivier humain est une bombe à retardement pour la sécurité intérieure de la France. En réaction à leurs peurs, les citoyens élisent en 2007 le Président de la République Nicolas Sarkozy, un homme qualifié de providentiel. Il répond dans l'immédiat à une situation de crise précise par l'adoption un programme politique sécuritaire qui remet en place les peines planchers et créer une rétention de sûreté.

L'arsenal juridique contre les délinquants et les criminels mineurs et majeurs récidivistes est renforcé. Parmi les plus importantes sont votées le retour des peines planchers en 2007 pour les multirécidivistes qui seront à plusieurs reprises élargies notamment au primo-délinquant⁵¹⁷. Pour les criminels les plus dangereux une rétention de sûreté et une surveillance de sûreté est instaurée en 2008, renouant avec les théories positivistes italiennes fondées sur le critère de la dangerosité et qui resurgit aujourd'hui chez les scientifiques. Le temps d'épreuve des récidivistes est plus long⁵¹⁸. La durée de

⁵¹⁴ Ibid., Art 12.

⁵¹⁵ Ibid., Art13.

⁵¹⁶ Torture et meurtre d'Ilan Halimi par le gang dit des barbares ; P.Jolly « Gang des barbares : des condamnations aggravées en appel », Le monde.fr, 17 déc. 2010.

⁵¹⁷ La loi LOPPSI II du 14 mars 2002 étend les peines planchers aux primo délinquants en extension de la loi du 9 août 2007. Cependant elle ne s'étend pas aux mineurs d'après le Conseil Constitutionnel qui a censuré le texte au nom du principe fondamental de la justice des mineurs. Il concernait les délits violents, violences aggravées, ou habituel sur mineur de 15 ans et personne vulnérable (art. 132-19-2 du CP) dont les peines ne peuvent être prononcées en dessous d'un seuil prévu à défaut de motivation spéciale. Le Conseil constitutionnel rappelle dans sa décision du 10 mars 2011 le relèvement éducatif et moral doit être privilégié pour sanctionner les mineurs ; M.Giacopelli, « L'extension des peines minimales aux primo délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *Dr. pén.*2011, p13.

⁵¹⁸ Art 132-8, 132-9 et 132-10 du CP.

détention doit être égale au moins au double de la durée de la peine restant à subir⁵¹⁹. Il en est de même concernant les réductions de peines supplémentaires se référant à la notion de récidive légale. Depuis la loi du 12 décembre 2005 en plus de la règle des deux tiers le plafond maximal est passé de 15 à 20 ans lorsqu'ils sont condamnés à une peine à temps dont le délai d'épreuve ne peut être supérieur à 20 ans.

Ce sont les populations pauvres des banlieues qui sont visées à travers cette nouvelle politique pénale d'exclusion, toujours dans un objectif de paix sociale. L'exclusion ne prend plus la forme d'une transportation dans les colonies. Les longues peines de prison vont exclure le récidiviste. Quelle que soit la forme de l'exclusion, il ne s'agit pas de résoudre le problème de la récidive ni de la prévenir, mais uniquement de la punir et de repousser le problème loin des yeux des citoyens. Leur sortie de prison se fait sur le territoire Français et non plus dans les colonies. Une réflexion et des solutions adaptées à leur réinsertion s'imposent pour que la peine soit utile.

117. Les problèmes soulevés par la récidive des jeunes remettent en question l'ordonnance du 2 février 1945⁵²⁰ qui instaure l'excuse de minorité, un régime pénal dérogatoire moins sévère que pour les majeurs⁵²¹. Cette forme de protection pénale des mineurs est menacée par des projets et des propositions de réforme aggravant leur régime⁵²². L'objectif est d'appliquer une politique plus répressive et moins préventive car cette délinquance juvénile exaspère aussi, il faut bien le dire, une société vieillissante et intolérante avec la jeunesse qu'elle ne comprend plus. Dans, un rapport sénatorial de 2002, il est précisé que la délinquance juvénile a triplé en trente ans⁵²³. Une proposition de loi visant à mieux responsabiliser les mineurs de plus de 16 ans avait été déposée en février 2011, à l'Assemblée Nationale sans aboutir⁵²⁴. Elle est accueillie par l'opinion publique comme une surenchère de plus dans l'arsenal répressif⁵²⁵ qui rabaisse la majorité pour élargir le champ de la responsabilité pénale et d'aggraver la répression des mineurs. Les multirécidivistes de 16 à 18 ans ne bénéficieraient plus de l'excuse de minorité.

L'Etat d'urgence décrété en France suite à ces deux révoltes civiles depuis la révolution française est le résultat d'une inégalité sociale et le constat d'échec des politiques pénales qui se sont spontanément succédées et concurrencées sans logique structurelle. Dans un contexte de crise politique et économique la précarité pousse les individus les plus faibles à franchir les limites fixées par la loi pour rechuter. Sécuriser la société nécessite d'employer les grands moyens même s'il faut choquer l'opinion publique. L'intention politique de vouloir nettoyer le pays « *au karcher* »⁵²⁶ est limitée par le poids du droit et de ses institutions. La lutte contre la criminalité, la dangerosité et l'incorrigibilité des récidivistes est le sujet sensible de ce début de siècle. En 2005, le récidiviste redevient

⁵¹⁹ Art729 al. 2 du CPP

⁵²⁰ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante modifiée par la loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et le jugement des mineurs.

⁵²¹ J-F. Renucci et C.Courtin, *Droit pénal des mineurs*, Que sais-je ? Paris, PUF, 2001.

⁵²² V. supra Justice restaurative.

⁵²³ Elle a augmenté de 79% de 1992 à 2001 et de 16,19% de 2004 à 2009. Rapport de la commission d'enquête sur la délinquance des mineurs de J-P.Schosteck et J-C. Carle du 27 juin 2002.

⁵²⁴ Proposition de loi N°3132, déposée par C. Estrosi le 1^{er} février 2011, visant à mieux responsabiliser les délinquants mineurs de plus de Seize ans.

⁵²⁵ La surenchère sécuritaire de Christian Estrosi, S. Laurent, Le Monde.fr, 11 janv 2011.

⁵²⁶ Expression utilisée par Nicolas Sarkozy, ministre de l'intérieur en déplacement dans une cité de la Courneuve, le 20 juin 2005. Elle résume la tolérance zéro qu'affiche la politique pénale des années 2000.

comme en 1885, le bouc émissaire des choix politiques qui préfèrent exclure ses monstres pour se protéger plutôt que de les réinsérer par l'éducation.

B. Une mouvance juridique

- 118.** Le retour rapide de la répression s'inscrit dans une mouvance idéologique des politiques criminelles du XX^{ème} siècle ce qui limite le retour d'expérience des instruments préventifs. Cependant, les aléas de la politique pénale évoluent aux grés des aléas économiques, sociaux et religieux. La consécration du récidiviste dans le droit est issue de mouvances doctrinales et politiques qui ont contribué à faire émerger le récidiviste et les présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité à l'origine de la fragilité des instruments. La mouvance doctrinale fonde le régime des récidivistes grâce à des perceptions et des présomptions philosophique puis juridique (a). La récidive transcende les matières médicales, psychiatriques, sociales et technologiques expliquant l'existence d'une mouvance idéologique extra pénale (b).

a. Une mouvance juridique

- 119.** L'apparition du récidiviste est issue des aléas politiques qui reposent sur une doctrine qui s'interroge sur la finalité de la peine⁵²⁷ pour les individus dangereux et incorrigibles. La récidive est un concept juridique qui fait son apparition dans les congrès pénitentiaires internationaux au milieu du XIX^{ème} siècle⁵²⁸. La lutte contre la récidive n'existait pas de manière autonome, elle ne prévoyait que l'aggravation des peines dans le code pénal de 1810. Le juge décidait selon son pouvoir arbitraire sauf lorsque l'échelle des peines était légalement préétablie à la suite des modifications du code. La récidive est consacrée en 1885 par une peine de relégation dans les colonies françaises. Pour la première fois une peine spéciale est prévue par un texte qui désigne le récidiviste. L'intention de récidiver est prise en compte au même titre que l'infraction.
- 120.** Durant l'Empire romain, la peine avait une fonction essentiellement dissuasive ce qui expliquait la disproportion entre les crimes et les châtements. Cette particulière sévérité par la peine de mort et les supplices empêchait toute possibilité de récidiver. C'était les peines les plus répandues. Au Moyen Âge, le droit canonique commence à exercer une influence sur le droit criminel séculier. L'Eglise impose peu à peu dans les mentalités l'idée de pénitence et d'amendement tout en s'éloignant des dictats de la rétribution par le châtement corporel. Néanmoins, l'exemplarité de la peine reste la finalité première jusque sous la Renaissance du XIV^e au XV^e siècle. Puis, une période de modernisation de la politique pénale s'engage notamment par le recul de l'application de la peine de mort. La fonction rééducative de la peine n'est envisagée que sous l'orientation d'une utilité sociale de la peine au siècle des Lumières. Elle se concrétise en 1945 avec une

⁵²⁷ A. Laquerrière-Lacroix, « L'évolution des frontières du droit pénal, jalons historiques », *Rev. de dr. pén.*, 2011, n°1, p 71.

⁵²⁸ Echange et comparaison internationale entre une vingtaine de pays en vue de renforcer les peines privatives de liberté dans les congrès de Francfort (1846 et 1857) Bruxelles (1847 et 1900), Londres (1872) Stockholm (1878) Rome (1885) Saint-Petersbourg (1890) Paris (1895); N. Derasse in J.P. Allinne et M. Soula, Les récidivistes, représentation et traitement de la récidive XIX^e et XXI^e siècles, Presse Universitaire de Rennes, 2010, p 97 et s.

ordonnance qui fait prévaloir la rééducation sur la répression⁵²⁹. Cette évolution, concernant la finalité de la peine, se percevra surtout dans les mœurs à travers l'acquisition de nouveaux droits citoyens. En effet, cette vision plus humaine de la peine sera freinée par le fléau de la récidive. Ce sujet complexe va bouleverser les politiques criminelles jusqu'alors relativement constantes dans la répression.

Lorsque la question de la récidive se détache de la politique criminelle générale au début du XIXe siècle, des périodes de forte répression se succèdent par la création d'instruments spécifiques notamment la relégation, la tutelle pénale, les peines planchers, la rétention de sûreté et qui vont à l'encontre de principes généraux du droit pénal. Ces périodes sont entrecroisées de cycles de relâchement politique, caractérisés par la suppression d'instruments inhumains.

Les caractéristiques du récidiviste ont évolué parallèlement à la mouvance des théories rétributives et préventives ainsi que des politiques aléatoires. « *Les finalités des peines varient donc selon les époques et surtout au gré des choix des législateurs dans un mouvement de flux et de reflux, constatable à l'échelle de chaque périodes historiques mais aussi sur les douze siècles de l'histoire occidentale* »⁵³⁰. Les incriminations ont évolué au gré des actes commis par cette catégorie de criminels. A l'origine, la récidive était uniquement prévue pour les actes les plus graves de l'époque qui pouvaient se commettre en état de récidive c'est à dire pour les cas de vol et de blasphème. Aujourd'hui, les récidivistes se composent de délinquants pervers sexuels, des multirécidivistes (délit) et des auteurs de la criminalité organisée.

Les crises sécuritaires sont les stigmates de l'échec des politiques sociales qui font ressortir ce qu'il y a d'effrayant et de plus dangereux dans une société : les récidivistes. Brandir le droit pénal comme l'ultime solution est le réflexe moderne pour réprimer les révoltes dans la précipitation et avec fermeté. Les auteurs sont punis et la population défendue. Les phases de répression et d'adoucissement des peines, voire d'abolition, se succèdent pour s'entrecroiser. A cela s'ajoute la difficile, voire impossible, conciliation du droit pénal avec les autres domaines sociaux, économiques, psychiatriques et surtout médicales.

b. Une mouvance extra-judiciaire

- 121.** La lutte contre la récidive peut s'étudier sous le prisme des événements historiques, sociétaux ou sous le prisme des doctrines pénalistes. Bonneville De Marsangy conçoit la récidive comme d'un problème grave et spécifique qu'il faut éradiquer avec sévérité⁵³¹. L'adaptation des instruments aux nouvelles formes de délinquance est primordiale comme l'invention du casier judiciaire qui trace les récidivistes⁵³². Schnapper quant à lui, analyse la lutte contre la récidive sous le prisme d'une obsession créatrice et une course politique à l'empilement des lois, d'outils d'analyse, de peines et de mesures en tout genre⁵³³. En effet, le Code pénal de 1994 consacre un retour de la logique rétributive⁵³⁴

⁵²⁹ V., M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd. Paris, 1981.

⁵³⁰ A. Laquerrière-Lacroix, *L'évolution des frontières du droit pénal...op. cit.*, p79.

⁵³¹ A. Bonneville De Marsangy, *De la récidive, ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toutes les infractions pénales*, Paris, Cotillons, 1844.

⁵³² J-P. Allinne et M.Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p14 et s.

⁵³³ V., B. Schnapper, *La récidive, ...op.cit.*

poursuivie surtout à partir de 2005. Une loi par an est en moyenne adoptée pour réprimer et prévenir la criminalité⁵³⁵. Ces lois s'appuient en partie sur des rapports demandés à des commissions ponctuellement créées pour analyser ce phénomène⁵³⁶, qualifiées de Théodule⁵³⁷. Leurs rapports s'entassent pour au final ne pas être pris en compte dans l'élaboration des lois⁵³⁸. Il en est de même pour les avis concernant les échanges sur les expériences étrangères prometteuses⁵³⁹. Les expertises scientifiques, études statistiques, doctrinales et toutes autres formes d'observations de la récidive s'organisent sous forme de centres ou de bureaux en soutien à la Chancellerie⁵⁴⁰. Leur pluralité et leur impartialité remet en question leur légitimité et leur utilité. Il ne faut pas oublier les instances opportunément créées suite aux affaires criminelles très médiatisées qui suscite l'émoi. Les commissions d'enquête ou parlementaire cherchent à analyser les défaillances de la justice qui ont conduit à la récidive. En 2011, suite à l'affaire de Pornic, un office opérationnel de suivi des délinquants sexuels ou violents est créé⁵⁴¹. Il s'ajoute à la longue liste des instances réfléchissant déjà chacune de leur côté avec leurs propres méthodes pour trouver l'instrument miracle qui éradiquera définitivement la récidive.

⁵³⁴ J-P. Allinne et M.Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p38

⁵³⁵ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ; loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale ; loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 loi pénitentiaire ; loi n°2010-242 du 10 mars 2010 sur la récidive criminelle, Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁵³⁶ V. la bibliographie des rapports de commissions.

⁵³⁷ C. Chaffanjon, Le scandale des "comités Théodule", *Le Point.fr*, 24 oct.2012 ; C. Gabizon, L'incroyable maquis des 697 comités Théodule, *Le figaro*, 7 nov. 2010.

⁵³⁸ Le Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive le 28 juin 2007 n'a pas été pris en compte dans l'élaboration de la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; Récidive : la Commission d'analyse et de suivi "pas consultée", *Le Nouvel Observateur*, 2 juin 2007.

⁵³⁹ Par exemple le retour d'expérience positif des collaborations multi partenariale et des cercles de soutien (COSA) n'ont pas été pris en compte dans la conférence de consensus qui a abouti à la création de la contrainte pénale par la loi du 15 août 2014, M. Herzog-Evans Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique, D2013 p 720.

⁵⁴⁰ « Centre de recherche associé au CNRS (CESDIP), sous-direction de la Statistique et des études de la Direction générale de l'administration et de l'équipement (DAGE), « Pôle études et évaluations » de la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), « Bureau des études » de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse (DPJJ), « Bureau des études, de la prospective et des méthodes », et, bientôt, « Bureau de la statistique et de la recherche » de la direction de l'administration pénitentiaire (DAP) » ; P V. Tournier, Vers un observatoire national des mesures et sanctions pénales ?, *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Vie de la recherche, mis en ligne le 29 janvier 2008, URL : <http://champpenal.revues.org/3373> ; DOI : 10.4000/champpenal.3373.

⁵⁴¹ « S'il n'a pas vocation à diligenter directement des enquêtes, cet "office" de prévention de la récidive des délinquants sexuels ou violents doit en effet pouvoir jouer, par le partage des informations utiles entre les différents professionnels, un rôle tout à la fois de repérage, d'alerte et de prévention et, à terme, conduire un véritable travail d'analyse criminologique et comportemental, voire de profilage des délinquants sexuels ou violents les plus dangereux et présentant un risque particulièrement élevé de récidive », Communiqué de presse conjoint du garde des sceaux M. Mercier et du ministre de l'intérieur B. Hortefeux sur l'annonce de la création d'un office opérationnel de suivi des délinquants sexuels ou violents, suite à l'affaire de la disparition de Laetitia à Pornic, site internet du ministre de l'intérieur, 16 fév. 2011. Voir aussi : Disparition de Laetitia: création d'un office de suivi des délinquants sexuels, *Libération*, 31 janv. 2011.

Parmi les rapports les plus récents, celui de 2011 préconise une refonte du régime carcéral dont la lettre d'ordre est le durcissement de l'exécution des peines⁵⁴². Parmi les propositions, il y a celle d'augmenter la capacité carcérale, de réquisitionner les structures militaires afin de créer des places de détention, de supprimer les crédits automatiques de réduction de peine, de limiter les aménagements des peines à celles n'excédant pas une année au lieu de deux actuellement, d'instaurer une période intangible de mise sous-main de justice, de généraliser les diagnostics et avis en criminologie. Le rapport évoque aussi l'idée d'instaurer un service civique obligatoire pour les mineurs récidivistes, de développer le placement en semi-liberté et mieux contrôler l'utilisation du bracelet électronique.

Parmi les initiatives, en 2002, la gendarmerie nationale crée un Département des sciences du comportement pour apporter une dimension psychologique à l'enquête sur le modèle américain du *Behavioral Science Unit*⁵⁴³. L'analyse comportementale balbutie en France et n'est pas encore considérée comme une composante de l'enquête pénale ou de l'instruction. Elle n'est pas enseignée et peu de recherche⁵⁴⁴ existent à l'inverse de la criminologie, expliquant le détachement d'une dizaine d'agents spéciaux qui coopèrent avec les Etats Unis pour profiter de leurs avancées et de leurs recherches. En l'absence de formation suffisante en criminologie, la gendarmerie s'expatrie pour trouver la réponse dans des pays de culture et de législation anglo-saxonne. La nature humaine est certainement la même à travers tous les peuples. Cependant, notre droit romano-germanique et notre culture latine n'appréhendent pas le récidiviste et la récidive de la même manière. Chaque entité essaye de trouver une manière de lutter contre la récidive à leur niveau au risque d'épuiser les énergies pour un résultat incohérent et inefficace.

122. L'alternance entre un gouvernement de droite et un gouvernement de gauche en 2012, a pour conséquence de défaire la politique pénale antérieure. Le nouveau Garde des Sceaux⁵⁴⁵ annonçait le 19 septembre 2012 vouloir, par circulaire, mettre fin aux peines planchers pour privilégier les aménagements de peine et réduire l'incarcération⁵⁴⁶. La gouvernance issue du Parti Socialiste privilégie la prévention sur la répression. La Conférence de Consensus sur la récidive de février 2013⁵⁴⁷ a réfléchi aux principes d'actions et aux méthodes. Le jury de la conférence s'est mis d'accord sur cinq principes à suivre. La punition doit être en adéquation avec la société démocratique, la notion de récidive légale doit être redéfinie, la prison utile doit être reconstruite et il faudra refonder l'application des peines ainsi que mieux coordonner la recherche dans ce domaine.

⁵⁴² Rapport d'E. Ciotti, « 50 propositions pour une meilleure efficacité de l'exécution des peines » remis le 7 juin 2011 au Président de la République, Dossier de presse, juin 2011.

⁵⁴³ La science du profilage emprunté aux Etats Unis depuis les années 50 fait son entrée dans la police judiciaire par le biais de développements de sciences objectives, C.Triollet, « L'analyse comportementale et le phénomène des tueurs en série », *Revue de la gendarmerie nationale*, sept. 2010, p89.

⁵⁴⁴ A l'exception des travaux sur cette question de M. Benezech, C. de Beaurepaire, C. Kottler *Les dangers: De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, John Libbey Eurotext, 2004.

⁵⁴⁵ C. Taubira.

⁵⁴⁶ « Peines planchers et rétention de sûreté : C.Taubira confirme l'abrogation », *Le Parisien*, 19 mars 2013

⁵⁴⁷ Rapport du jury de la conférence de consensus pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive, 20 février 2013.

En résumé, cette réforme veut toujours de la prison comme sanction pénale mais moins souvent et moins longtemps⁵⁴⁸. Pour ce faire, le projet de loi répondait à cette exigence en contraventionnalisation certains délits comme la conduite sous l'emprise d'un état alcoolique, ce qui semblait « *irréaliste et dangereux* »⁵⁴⁹. L'absence de prise en charge des addictions serait contreproductive, voire, réalimenterait la récidive. Cette marque de faiblesse a été abandonnée de même que la liberté conditionnelle automatique qui ne valorise pas l'investissement personnel du condamné vers la réinsertion. Ces solutions dangereuses ont attiré l'hostilité des juges⁵⁵⁰.

En revanche, la contrainte pénale⁵⁵¹, nouvelle sanction non carcérale, répond aux exigences européennes de la contrainte pénale communautaire⁵⁵², qui engage la France sur le chemin d'un nouveau paradigme pénal. La contrainte pénale communautaire⁵⁵³ est une sanction carcérale qui se distingue du sursis simple ou du sursis avec mise à l'épreuve. Elle est l'autre terme utilisé pour la probation dont les contours et les usages varient selon les pays européens. La contrainte pénale communautaire est une « *sanction autonome après déclaration de culpabilité sans prononcer une peine privative de liberté* », qui équivaut en France au sursis à exécution souvent accompagné d'un quantum et d'une mise à l'épreuve. Ce qui peut créer une confusion certaine et pousser le législateur à créer une probation autonome. Elle est issue d'une recommandation du Conseil de l'Europe relative aux règles européennes sur la sanction et la mesure appliquée dans la communauté de 1992. Il s'agit d'une propagation de la pratique Anglaise qui ne se définit pas par une peine d'emprisonnement mais par un temps de probation exécuté au sein de la communauté avec un ensemble d'obligations, d'interdictions et de surveillance utiles à l'intérêt général et à la prévention de la récidive. L'aspect communautaire de la peine implique que la société joue un rôle dans sa relation avec le condamné. Elle est conditionnée à un rapport basé sur l'évaluation des risques que le SPIP réalisera afin de fixer les objectifs et les modalités du suivi. L'autorité judiciaire précise quant à elle l'étendue des libertés et des restrictions afin de garantir les droits de la défense. L'objectif ici est d'en faire une peine principale et de déplacer la prison dans la catégorie des peines alternatives, en substituant le quantum de l'incarcération par un temps de contrainte. Néanmoins, l'envergure de cette loi risque probablement d'être limitée par les cultures professionnelles qui entourent cette contrainte⁵⁵⁴. Sa durée effective ainsi que celle du jugement, suite à la violation des obligations, remet en cause la légalité criminelle et le procès équitable.

- 123.** L'absence d'étude évolutive sur le phénomène de la récidive et des récidivistes est regrettable. Contrairement à l'Angleterre, il n'existe pas, en France, de statistiques ou

⁵⁴⁸ J. Pradel « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D*, 2013, p 725.

⁵⁴⁹ M. Herzog-Evans « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D* 2013 p 720.

⁵⁵⁰ J. Pradel « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D*, 2013, p725.

⁵⁵¹ Art 131-4-1 et s. du CPP issu de l'art. 19 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁵⁵² V. Tournier, La contrainte pénale communautaire, *AJ pénal* 2013 p 127 ; J-C Bouvier, « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal* 2013, p 132 et s.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ M. Herzog-Evans Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique, *D* 2013 p 720, V. M. Herzog-Evans, *Moderniser la probation française, un défi à relever!*, L'Harmattan, 2013.

d'études précises sur l'efficacité des instruments, ce qui empêche la réalisation d'un état des lieux pour axer des solutions à long terme selon les besoins et les facteurs de rechute⁵⁵⁵. De plus, le droit pénal doit s'adapter aux changements sociétaux. « *Les incriminations, les peines et les finalités de celles-ci varient en fonction du phénomène criminel propre à une époque donnée et des options prises par les pouvoirs publics d'un moment déterminé tandis que persistent un certain nombre de principes structurants du droit pénal, lentement dégagés au cours des siècles* »⁵⁵⁶. Comprendre le récidiviste et non la récidive est la première étape difficile à franchir pour définir les critères objectifs et subjectifs qui permettront une application contrôlée des sanctions. La lutte contre la récidive s'enfonce depuis deux siècles dans une nébuleuse doctrinale infructueuse. C'est hors du champ pénal et hors les frontières que les acteurs de la répression et de la prévention puisent aujourd'hui leur inspiration. La science a évolué et il est possible de lire dans les pensées du récidiviste grâce aux images par résonance magnétique (IRM)⁵⁵⁷, de calmer ses pulsions sexuelles par des injections (traitements chimiques)⁵⁵⁸, de le réinsérer grâce aux aides sociales (Couverture maladie universelle, Revenu de solidarité active, logement sociaux, éducation, formation). Ils sont encadrés par des professionnels spécialisés (médecins, psychiatres, travailleurs sociaux, éducateurs, associations) alors que la France traverse une crise économique de trente ans. Ainsi, il ne s'agit pas d'empêcher le passage à l'acte en changeant leur nature profonde ni en résolvant leur propres maux, mais seulement de leur donner le minimum vital qui symbolise la mission de d'un Etat providence qui protège la société contre les récidivistes.

La question de la récidive est récurrente depuis deux siècles. Aujourd'hui le droit pénal se noie dans un océan d'informations, de rapports, de principes, de lois, d'aménagements de peines, de mesures de sûreté, de surveillance et maintenant de probation qui sont difficiles à mettre en œuvre. Si le juge applique l'individualisation de la peine, *in fine* il sanctionne en standardisant sa sentence.

C. Un récidiviste au profil mouvant

- 124.** Quelles sont les caractéristiques du récidiviste ? Pour comprendre ce phénomène, la statistique est un outil précieux qui reconstruit l'image de la récidive et du récidiviste au plus près de la réalité. La majorité des sortants de prison récidivent dans l'année qui suit. Ce résultat est le fruit d'une étude reconnue à ce jour la plus fiable. Ce résultat pose la base d'un constat complété par un ensemble d'autres statistiques sur la nature, la durée des infractions ainsi que sur le profil social des récidivistes (a). Les incriminations s'adaptent aux changements sociétaux et certaines répriment les nouveaux vices du récidiviste (b).

⁵⁵⁵ A. Kensey : qui ne récidive pas ?, in M. Mohammed, *Les sorties de délinquance...op.cit.*, p 213 et s ; V., A. Kensey, Prison et récidive, des peines de plus en plus longues, la société est- elle vraiment protégée? PUF, 2007.

⁵⁵⁶ A. Laquerrière-Lacroix, *L'évolution des frontières du droit pénal...op. cit.*, p79.

⁵⁵⁷ V. *Supra*. Les nouveaux modes de preuve et les neurosciences

⁵⁵⁸ V. *Supra*. Des traitements limités

a. Le traitement informationnel du récidiviste

125. Des outils quantitatifs (fichiers et statistiques) sont créés et mis à la disposition de la justice, de la police et de l'administration pénitentiaire. À l'origine, ces instruments devaient constater la baisse ou l'augmentation de la délinquance, cependant, ils font ressortir une catégorie particulière de délinquants. L'outil est ensuite détourné à des fins d'observation et d'évaluation du récidiviste. Les fichiers renseignés par les acteurs de la justice servent alors à l'élaboration de nombreuses statistiques qui ont valeur informative sur l'identification et les caractéristiques du récidiviste. La récidive n'est plus un concept flou qui se résume par une définition légale. Le parcours criminel du récidiviste est retracé par un traitement informationnel (1) qui permet de chiffrer la récidive et d'identifier le récidiviste (2).

1. Des outils d'identification

126. Les premiers outils d'identification sont instaurés par le compte général de l'administration de la justice criminelle en 1832 qui répertorient les actes criminels et délictuels. Longtemps considérée comme un simple fait social, la récidive prend de l'ampleur et devient un problème politique. La statistique judiciaire est mise en place par le ministère de la justice et plus précisément par les proches de Gambetta et de Waldeck Rousseau, porteur du projet de la relégation adoptée en 1885. Il s'agit d'un réseau républicain soutenu par des médecins de renom comme Lacassagne, qui orientent les débats sur la récidive dès 1880 en imposant le terme de remède en référence à la récidive⁵⁵⁹. En 1882, le phénomène est mis en lumière lors d'un constat sur l'évolution de la criminalité des cinquante dernières années. Pour la première fois, il est possible de distinguer avec précision les récidivistes des autres criminels grâce à l'instauration de procédures informationnelles basées sur une police scientifique.

127. L'État dispose d'un « *capital informationnel* »⁵⁶⁰ qui contribue à consacrer l'autonomisation de la récidive, dans un premier temps par la création du casier judiciaire, puis par l'utilisation de l'outil statistique. Il traite et redistribue une information concentrée sur une unification de la récidive et des récidivistes. Il s'agit d'une représentation du récidiviste qui prend en compte le passé judiciaire de l'individu tel qu'il le portait sur lui par les stigmates de ses précédentes condamnations (langue et oreilles coupées par exemple). Parmi les récidivistes différents profils se dessinent. Autrefois les registres étaient ceux de l'état civil tenus par l'Eglise⁵⁶¹. Le premier est tenu à l'hôpital général des pauvres de Paris⁵⁶² qui centralise sur tout le territoire l'identité des mendiants arrêtés. Puis apparaît le livre rouge, constat des vols et autres crimes en 1752⁵⁶³. En 1850, le casier judiciaire distinguait deux bulletins. Le bulletin numéro un retrace chaque condamnation définitive pour les crimes et les délits. Une mention particulière est portée en marche spécifiant la qualité de récidive (en haut à droite) dès lors cette inscription attirait l'attention sur le caractère potentiellement dangereux du condamné. Le bulletin numéro deux retrace le passé judiciaire en répertoriant toutes les condamnations. Il s'agit d'un document interne à la justice destiné particulièrement aux Parquets ou à l'administration.

⁵⁵⁹ Allinne J.P. et Soula M., *Les récidivistes...op.cit.*, p15, note 12.

⁵⁶⁰ P. Bourdieu, *Esprit d'Etats : genèse et structure du champ bureaucratique*, Actes de la recherche en sciences sociales, vol 96-97, 1993, p 54.

⁵⁶¹ V., A. Bauer, C. Soullez, *Les fichiers de police et de gendarmerie*, Que sais-je ? Puf, 2011.

⁵⁶² L'hôpital général des pauvres de Paris est créé en 1656.

⁵⁶³ Sommiers judiciaires.

Il équivaut à une biographie judiciaire qui retrace chronologiquement la vie du criminel. Suivant cette logique, ces informations sont conservées dans le lieu de naissance de l'individu. Les greffiers des tribunaux, en application du code de 1808, envoyaient une copie de tous les arrêts et jugements au Ministre de la justice. En 1833, le bureau des sommers de la préfecture de police de la Seine, met en œuvre un bulletin alphabétique répertoriant les condamnations individuelles aux fins de recherches. En 1848, De Bonneville De Marsangy, alors procureur de la République à Versailles développe l'idée « *de localiser au greffe du tribunal civil de l'arrondissement natal tous les renseignements judiciaires concernant les condamnés* »⁵⁶⁴. Les casiers judiciaires seront mis en application par Rouher le 6 novembre 1850⁵⁶⁵. Le casier judiciaire peut être considéré comme une « *menace douloureuse de la justice* »⁵⁶⁶. Ces registres informaient la nature de l'infraction commise par l'ancien condamné qui portait sur lui les signes de la peine. L'amputation du bras pour les voleurs. Autrefois précurseur du casier judiciaire, le fer rouge marquait d'une trace visible sur le corps la condamnation. L'absence de confidentialité accentuait la stigmatisation et diminuer les chances de réinsertion. Le casier judiciaire version papier ou informatique prolonge l'infamie et persiste dans la stigmatisation du récidiviste. Il est ainsi un obstacle à la réhabilitation et la réinsertion. Le casier judiciaire limite le droit au secret de la vie privée et du droit à l'oubli, condition essentielle à la réinsertion.

- 128.** La création du casier judiciaire marque le début de la police technique scientifique. Au début du XIX siècle les fichiers sont créés pour réprimer et surveiller les criminels récidivistes. Alphonse Bertillon créé le premier laboratoire d'identification criminelle et invente l'anthropométrie judiciaire en 1870. L'affiche anthropométrique qui est créée en 1891 est un document réservé à l'identité judiciaire de la Préfecture de Police de Paris. Il indique les mesures osseuses pour identifier les récidivistes. Il révolutionne la police scientifique en 1883⁵⁶⁷. Il marche sur les pas du promoteur du casier judiciaire, Bonneville De Marsangy, et va plus loin en créant le premier fichier appelée Bertillon en 1870. La création du laboratoire de police scientifique d'identification criminelle est un évènement majeur dans l'avancée de la police moderne. Il met en place un protocole de collecte des mensurations caractéristique d'un individu. Le système Bertillon ou Bertillonnage remplace les registres et sommers de police par un système d'identification rapide des individus à partir de données anthropométriques puis de photographie⁵⁶⁸. Mis en place à la préfecture de police en 1882, il prend en compte 14 mensurations permettant d'identifier sans se tromper un individu⁵⁶⁹. Cependant, l'inventeur du système d'identification par empreintes digitales, autrement dit de la technique dactyloscopique est Francis Galton⁵⁷⁰. Elle est utilisée pour la première fois en 1902. Les empreintes digitales complètent la liste des critères d'identification du criminel dans les fichiers.

⁵⁶⁴ J-G. Petit, *Ces peines obscures, la prison pénale en France (1780-1875)*, Fayard, 1990, p 280, note 56.

⁵⁶⁵ C'est une circulaire du garde des sceaux du 6 novembre 1850 qui légalise le 5 août 1899 une utilisation des sommers judiciaires et des registres d'enregistrement des condamnations pénales anciennement issues de la loi du 2 nivôse an IV.

⁵⁶⁶ R.Badinter in M. Van De Kerchove, *Quand dire c'est punir...op.cit.*, p 258.

⁵⁶⁷ V.: « Le crime 1912 2012, la brigade criminelle à travers 10 affaires mythiques », Le point, hors-série, Juil. Aout 2012, p 4 et s.

⁵⁶⁸ Création du serre papier (par Guillaute en 1750, évolution de l'organisation de la police): traitement professionnel de l'information par un système de stockage et de consultation des informations consignées sur des feuillets de papiers par les officiers de police ; voir aussi l'histoire des fichiers sur la surveillance de l'esprit public des habitant et de la morale, A. Bauer, C. Soullez, *Les fichiers de police...op.cit.*, p7.

⁵⁶⁹ Les mensurations et outils de mesures, *ibid.*, p 21.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p21.

Le droit pénal de 1791 et de 1810⁵⁷¹ appréhende la récidive comme circonstance aggravante et reconsidère l'ampleur de cette nouvelle catégorie de récidivistes. Un dispositif de lutte spécifique doit être officiellement traduit en droit. Ces statistiques sont prises en compte dans le cheminement des positions que la doctrine adopte. La récidive constitue un « *péril social considérable* »⁵⁷². Les statistiques rendent visibles la récidive et les criminels récidivistes par leur catégorisation et leur donne vie par la succession annuelle de chiffres résultants d'une coopération administrative et mathématique. Il ne s'agit plus uniquement de la commission d'un même acte mais aussi du comportement du malfaiteur devenu dangereux et incorrigible. La récidive, circonstance aggravante de la peine sous l'ancien régime⁵⁷³, est un fait pénal et social suite à l'interprétation politique des statistiques. La criminologie, la presse, la science et les députés tentent d'analyser ce phénomène, ce qui contribue à l'importance croissante de l'exécution des peines depuis le début du XIXe siècle. Il s'impose au législateur de renforcer les dispositifs légaux pour combattre ce fléau.

129. Les statistiques et les nouvelles sciences (biométrie, génétique, système de reconnaissance d'imagerie, de position, ou vocale) sont utilisées à des fins d'identification pour élucider les crimes et les délits graves. Ces informations répertoriées dans les fichiers sont relativement fiables car sensées être objectives et régulièrement mises à jour. Le renseignement opérationnel est devenu un outil indispensable pour lutter contre la récidive et contre d'autres menaces tel que le terrorisme et la criminalité organisée. Il permet de prévenir et d'anticiper les risques. L'objectif est de « *détecter, avant tout passage à l'acte, des individus dont le comportement, l'idéologie et les fréquentations laissent penser qu'ils pourraient chercher, en France ou à l'étranger, à mettre en péril nos intérêts stratégiques, à déstabiliser nos institutions et à frapper notre population ou nos alliés* »⁵⁷⁴. Le casier judiciaire sera le premier instrument de collecte d'informations permettant de catégoriser les récidivistes.

Il s'agit donc d'une réflexion scientifique d'anthropologie, de biologie et de criminologie qui contribue pendant un temps à déterminer des sous-catégories de récidivistes à partir de présomptions légales. Cette conception de la dangerosité du criminel est issue de l'école positiviste italienne. Des caractéristiques physiques, biologiques propres à un type de criminel (voleur, violeur, escroc) facilite le dépistage de la récidive le plus en amont possible. La théorie du criminel-né de Lombroso⁵⁷⁵, considérée comme illusoire car scientifiquement improuvée, ressurgie aujourd'hui dans le but de prédire la délinquance et la récidive, ceci dès le plus jeune âge en recherchant le gène du crime dès la maternelle⁵⁷⁶. La peur véhiculée par les prédateurs sexuels en fin de peine ou qui ne respectent pas les conditions du suivi socio-judiciaire favorise le développement de méthodes d'analyses cliniques. Elles sont fondées sur des critères objectifs qui outrepassent l'appréciation souveraine du juge dans le but de satisfaire une société obsédée par le risque zéro.

⁵⁷¹ Annexe 1 : Article 56 à 58 du Code pénal de 1810, Chapitre IV : Des peines de la récidive pour crimes et délits ; Légifrance.fr.

⁵⁷² Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public de MM. Dalloz, Paris, 1895, t. 15, p. 77, in Allinne J.P. et Soula M., *Les récidivistes...op.cit.*, p.15, note 14.

⁵⁷³ Code pénal de 1791 et de 1810.

⁵⁷⁴ A. Bauer, *Les fichiers de police...op.cit.*, p. 24.

⁵⁷⁵ Lombroso, *L'homme criminel*, 1876

⁵⁷⁶ V. *Supra* n° 198

130. Les fichiers fondés sur des critères anthropométriques comportent aujourd'hui les empreintes palmaires, l'ADN⁵⁷⁷ et bientôt les empreintes d'oreilles⁵⁷⁸. La procédure pénale, l'informatique et le personnel concourant au travail de la justice ont intégré cet outil de preuve dans la résolution des affaires pénales. Ces fichiers qui alimentent les outils statistiques sont-ils plus efficaces grâce aux nouvelles technologies? Un rapport⁵⁷⁹ récent constate leur manque de fiabilité alors qu'ils étaient mis en avant il y a une dizaine d'année. La publication mensuelle du chiffre unique de la délinquance est uniquement utilisée à des fins politiques sans pouvoir montrer la réalité du phénomène⁵⁸⁰. Selon le rapport, les outils statistiques sont trop nombreux (parquet, casier judiciaire, fichiers de police et de gendarmerie etc...)⁵⁸¹. Ils ne sont pas mis à jour et ils ne serviraient qu'à mesurer l'activité des services de police et de gendarmerie alors que la plupart de leurs bases de données ne se recoupent pas encore. Il est préconisé, pour optimiser le parcours judiciaire du délinquant, d'enrichir les bases de données en élevant le niveau du contenu informatif relative à la gravité de l'infraction, aux informations sur les auteurs et les victimes. Le défaut d'information des fichiers concernant les condamnations antérieures démontrent un caractère insuffisant des critères objectifs utilisés dans l'application automatique des peines planchers. Le quantum de la peine est remis en cause car il est fondé sur une banque informationnelle erronée qui ne retrace pas la réalité du parcours judiciaire du délinquant. Toute la philosophie de la loi sur les peines planchers et son fonctionnement automatique est remise en cause. Le juge fonde sa décision sur une base factuelle erronée. Le procès est inéquitable et son issue aléatoire.

Le traçage et le fichage sont des outils indispensables pour l'enquêteur et le juge. En fonction des finalités poursuivies par le fichier il est automatiquement renseigné sur la personne mise en cause ou condamnée dès le début de l'enquête et jusqu'à des années après la fin de l'exécution de peine. Des atteintes peuvent être portées à l'encontre de la présomption d'innocence et le respect de la vie privée qui nécessitent un contrôle du juge⁵⁸². Cependant il y a des cas où le refus de se soumettre à un prélèvement biologique notamment aux fins d'enregistrement dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques ne peut s'analyser en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. C'est une mesure « *non manifestement disproportionnée qui dans une société démocratique, est nécessaire notamment, à la sûreté publique et à la prévention des infractions pénales et qui s'applique, sans discrimination, à toutes les personnes*

⁵⁷⁷ L'ADN est recueilli dans le FNAEG (Fichier national automatisé des empreintes génétiques) après une expertise dont la fiabilité commence à être mise en doute ; P.Reviron, L'ADN : la preuve parfaite ?, *AJ pénal* nov.2012, p 590.

⁵⁷⁸ Un cambrioleur arrêté à Lyon, est confondu pour la première fois en France par son empreinte d'oreille laissé sur la porte. Ce mode de preuve n'est pas complètement avalisé en France à l'inverse de la Suisse qui dispose de fichiers d'empreintes d'oreilles puisqu'elles sont propres à chaque individu ; *Le Parisien*, 31 mai 2013.

⁵⁷⁹ Rapport d'information n° 988 rendu le 24 avril 2013, étude présidée par J-Y. LE Bouillonnet et D. Quentin. Il fait état de 15 propositions pour améliorer l'efficacité des statistiques employées par les forces de police et de gendarmerie, in, E.Allain, « La mesure statistique des délinquants : des progrès à faire », *AJ pénal*, 2013, 242.

⁵⁸⁰ L'observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP) actuellement en charge de cette question ne respecterait pas les garanties d'indépendance par rapport au Ministère de l'intérieur. La proposition serait la création d'un service statistique dédié aux politiques de sécurité au sein même du ministère de l'intérieur ce qui consisterait au rapprochement de l'ONDRP avec le commissariat général à la stratégie et à la prospective rattaché au Premier Ministre.

⁵⁸¹ Annexe 9, Tableau récapitulatif des principaux fichiers de police, A.Bauer et C.Soullez, *Les fichiers de police...op.cit.*, p 111 à 125.

⁵⁸² G. Bégranger, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ pénal* 2014, p 176.

condamnées pour les infractions mentionnées à l'article 706 -55 du code de procédure pénale »⁵⁸³. En revanche l'État français peut être condamné pour la violation du droit au respect de la vie privée lorsqu'elle conserve dans le fichier des empreintes digitales d'une personne non condamnée. En effet, cette information pourrait être retenue à charge dans un procès ultérieur.

2. Une récidive chiffrée

131. Les données statistiques en la matière sont officiellement inexistantes. Les chiffres clefs publiés par le ministère de la justice ne prennent pas en compte suffisamment de données relative à la récidive ainsi qu'à l'étude des causes. La suppression du compte général de l'administration de la justice criminelle en 1974 limite la tenue d'informations socio-économiques des condamnés⁵⁸⁴. Contrairement aux pays anglo-saxons⁵⁸⁵ qui étudient de manière approfondie les sorties de délinquance, la France se limite à l'observation du casier judiciaire des détenus sortants de prison sur une période de cinq ans et plus⁵⁸⁶. Seules les études d'Annie Kensey⁵⁸⁷ sur la récidive sont sérieusement prises en compte par la doctrine. Elle s'interroge sur les facteurs de la « non re-condamnation »⁵⁸⁸. Considérant que l'objectif de la peine est de « réduire la fréquence du comportement incriminé par le droit pénal »⁵⁸⁹, l'étude s'interroge sur les causes qui évitent une nouvelle infraction des condamnations parce que le délinquant « a été dissuadé par ses conséquences ou parce que la sortie de délinquance est acquise ; ou, s'il n'a pu être pris pour une nouvelle infraction »⁵⁹⁰. La récidive est ici entendue au sens large c'est-à-dire qu'elle prend en compte les nouvelles condamnations quelques soient leur nature, indifféremment à la définition légale de la récidive. La re-condamnation est étudiée dans les cinq ans qui suivent la sortie de prison⁵⁹¹. « Les taux de re-condamnations ou de

⁵⁸³ Crim 19 mars 2013, n° 12681.533, D.2014 p 852.

⁵⁸⁴ D. Welzer-Lang et P.Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ? Regard citoyen sur une justice du quotidien* ; Observatoire des comparutions immédiates, Ligue des droits de l'Homme de Toulouse, Erès, 2012, p61.

⁵⁸⁵ V., S. Maruna, Desistance, in E. Mc Laughlin and J.Muncie, *The Sage dictionary of criminology*, Sage, London, année? p 120-123; F.Mc Neil and B.Weaver, *Changing Lives? Desistance Research And Offender Management*, Scottish Center For Crime And Justice Research, Glasgow, 2010; S.Farrall and A.Calverley, *Understanding desistance from crime*. Theoretical directions in resettlement and rehabilitation, Open University Press, London, 2006.

⁵⁸⁶ V.Carrasco et O. Timbart, « Les condamnés de 2007 en État de récidive de réitération », Infostat justice, Ministère de la justice, n° 108, Paris, 2010.

⁵⁸⁷ « Les risques de récidive des sortants de prison. Une nouvelle évaluation », *cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 36, mai 2011, in D. Welzer-Lang et P.Castex, *Comparution immédiate...op.cit.*, p68.

⁵⁸⁸ L'étude réalisée sur un échantillon national de détenus condamnés et libérés entre le premier et le 31 décembre 2000. Le protocole et la méthodologie de la recherche s'appuient sur l'étude déjà réalisée ; A. Kensey et P-V Tournier, *Prisonnier du passé ? Cohorte des personnes condamnées, libérées en 1996-1997 : examen de leur casier judiciaire cinq ans après la levée d'écrou (échantillon national aléatoire stratifié selon infraction)*, Ministère de la justice, direction de l'administration pénitentiaire, travaux et documents, Paris, 2005.

⁵⁸⁹ A. Kensey in M. Mohammed, *Les sorties de délinquance...op.cit.*, p 213.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p 213.

⁵⁹¹ Plusieurs critères sont utilisés dans cette étude. D'une part, les critères de la récidive légale qui consiste à relever de nouveaux faits qui doivent « avoir été sanctionnés par une condamnation inscrite au casier judiciaire courent de la période d'observation, soit après la date de libération (qui se situe entre le 1er juin et le 31 décembre 2002) » sur une période de cinq ans à partir du casier judiciaire obtenu pour les années 2007 et 2008. D'autre part, les critères plus larges qui retiennent « toute condamnation pour des faits commis pendant les cinq années suivant la libération quelle que soit la nature de la peine prononcée ». Les informations de la fiche pénale permettent notamment d'étudier l'impact des aménagements de peine sur la

prison ferme augmentent fortement dans les premiers mois après la sortie de prison et plus de la moitié des récidivistes (54,6%) ont été condamné dans la première année (62 % des recondamnés à de la prison ferme le sont dans l'année). Les trois quarts l'ont été dans les deux ans (80% à de la prison ferme). À partir de la quatrième année, la ligne de tendance s'aplanit. Le choix d'une période d'observation de cinq ans semble donner une image proche du réel taux de récidive ; ainsi, si le taux de re-condamnations continue à croître à la même vitesse contre la quatrième et la cinquième année, il atteindrait environ 67 % 10 ans après la libération (le taux de prison ferme est d'environ 50 %) »⁵⁹². Cette méthode d'analyse, si elle remporte quelques critiques est la plus fiable dont la recherche dispose actuellement. Elle a l'inconvénient de concerner une cohorte ancienne dont la sortie de prison date de 2002. La période d'étude de cinq ans semble aussi limiter la portée des résultats de l'impact de la réponse pénale sur la réinsertion à long terme. La récidive est aussi analysée sous l'angle de la nature des infractions, présument ainsi les caractéristiques du récidiviste.

- 132.** Le taux de récidive varie selon la nature de l'infraction initiale et quel que soit la nature de la nouvelle infraction commise après la sortie, en opposition avec les critères de la récidive légale. Ce risque est analysé à partir d'un constat effectué sur une cohorte de libérés en 2002. Ainsi, pour les sortants de prison (dans les cinq ans après leur libération) le taux de récidive est «*de 19 % après un viol sur mineur, de 32 % pour un homicide, de 39 % pour un viol sur adultes, de 67 % pour un vol aggravé, de 74 % quand l'infraction initiale est un vol simple et de 76 % pour des coups et blessures volontaires*»⁵⁹³ qui représente le taux le plus élevé. Cette cartographie de la récidive permet d'affirmer que les violeurs récidivent moins que les auteurs de violences volontaires.
- 133.** Le risque de récidive varie aussi en fonction de caractéristiques sociales et démographiques des infracteurs⁵⁹⁴. Il est lié aux antécédents pénaux notamment s'il en existe plusieurs. «*La probabilité du prononcé d'une nouvelle condamnation est quatre fois plus élevées que dans le cas d'une condamnation unique*»⁵⁹⁵. Le multirécidiviste a plus de chance d'être condamné que le primo-délinquant. Le passé criminel joue bien un rôle de présomption de *doi*⁵⁹⁶ à charge pour le prévenu ou l'accusé. Le risque d'être condamné dans le cadre de la récidive, dépendant aussi du sexe, «*les femmes ayant une probabilité deux fois plus faible que les hommes d'avoir une nouvelle condamnation dans les cinq ans après la sortie de prison*»⁵⁹⁷. «*Un tiers des femmes de la cohorte (34 %) et de nouveaux condamnés dans les cinq ans contre près de 60 % des hommes. L'écart entre les sexes est aussi important au regard du taux de prison ferme : 24 % contre 47 %. Les trois quarts des condamnés (75 %) qui étaient mineurs lors de l'étude ont été recondamnés et près de 70% des autres condamnés à la prison dans les cinq ans. Ceux qui sont libérés mineur sont condamnés plus fréquemment (78%). Les personnes qui se déclarent mariées*

récidive « En rapportant le nombre d'individus correspondant à ce critère à l'ensemble des libérés, on obtient un taux de re-condamnation. Il est de 59 % dans les cinq ans qui suivent la libération en 2002. » Le taux de prison ferme (46%) est calculé à partir d'une seule peine d'emprisonnement ferme au minimum pour un crime ou un délit inscrit sur le casier judiciaire est rapportée au total des libérés ; *Ibid.*, p 217.

⁵⁹² Annexe 2 : graphique du « taux cumulé de nouvelles condamnations selon la durée d'observation », A. Kensey in M. Mohammed, dir. *Les sorties de délinquance ...Op.cit.* p 218.

⁵⁹³ Annexe 3 : Tableau du « taux de récidive délibérée de 2002 selon la nature de l'infraction initiale dans les cinq ans qui suivent la libération », *Ibid.*, p 219.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p 215.

⁵⁹⁶ V.Supra n°206

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p 215.

sont moins condamnées que celles qui sont dans d'autres situations (38 % contre 61 %), elles sont également moins condamnées à la prison ferme (30 % contre 48 %). La fiche pénale indique la situation au regard de l'emploi au moment de l'écrou⁵⁹⁸. Les taux de re-condamnations visent plus les personnes sans activité professionnelle (61 % contre 55 % qui avaient un emploi)⁵⁹⁹. Cette étude chiffrée permet aussi de rompre avec le préjugé concernant l'étranger qui ne respecte pas la loi française. En effet, « le taux de recondamnations des condamnées de nationalités étrangères est moins élevé que celui des condamnés de nationalité française ». Ce chiffre doit cependant être nuancé sous deux aspects. La prise en compte des origines ethniques et raciales ou religieuses des français est une question complexe et sensible en raison du principe de non-discrimination. Il pourrait servir de fondement à la discrimination raciale notamment durant le travail de réinsertion par l'emploi. Il serait aussi un indicateur de plus pour refléter l'échec des politiques d'intégration des populations issues des anciennes colonies françaises⁶⁰⁰. De plus, le taux de récidive des étrangers est aussi nuancé par l'absence de casier judiciaire du pays d'origine. La condition des étrangers en situation irrégulière, sans papier ou demandeur d'asile⁶⁰¹ est une problématique récente qui recoupe le sujet de la récidive. Il divise la classe politique entre les partisans de l'impératif sécuritaire et les partisans des droits de l'homme. La résolution de ce conflit incombe au juge administratif et judiciaire dans le cadre de la procédure de rétention administrative⁶⁰².

- 134.** L'étude montre que 80 % des libérés en 2002 ne bénéficiaient pas d'aménagement de peine (liberté conditionnelle, semi-liberté, placements extérieurs et placements sous surveillance électronique) ce qui est regrettable au vu de leurs effets positifs. L'infraction initiale a des conséquences sur le bénéfice d'un aménagement de peine⁶⁰³. Les bénéficiaires sont en principe des condamnés pour homicide, agressions sexuelles, violences et pour des infractions liées aux stupéfiants. Étonnamment, les auteurs d'infractions les plus graves sont favorisés par rapport aux autres infractions que constituent les délits de vol, recel, outrage.

Il est aussi établi que les peines courtes, inférieures à cinq ans engendrent plus de récidive que dans les cas où la condamnation antérieure était égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement⁶⁰⁴. La durée de la peine initiale a des conséquences sur l'avenir du délinquant. Les peines courtes seraient inefficaces pour lutter contre la récidive. Il existe un réel intérêt dans l'aménagement des peines allant jusqu'à deux ans de prison ferme. Le constat concerne les libérés en fin de peine qui ne bénéficient pas d'un aménagement dont le taux de re-condamnation est de 63 % dans les cinq ans et 56% sont condamnés à de la prison ferme. Parmi les aménagements de peines, la libération conditionnelle constitue le moyen le plus efficace pour lutter contre la récidive avec un taux de re-condamnations de 30 % à de la prison ferme. Concernant la semi-liberté, le placement extérieur ou le placement sous surveillance électronique, ces aménagements atteignent 47 % de re-condamnations à de la prison ferme⁶⁰⁵. Le placement extérieur est rarement prononcé pour les récidivistes.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p220.

⁵⁹⁹ 49 % des sans-emploi contre 39 % des travailleurs sont condamnés à de la prison ferme *Ibid.*, p 220.

⁶⁰⁰ V. J. Bougrab, *Ma république se meurt*, Grasset, 2013.

⁶⁰¹ Loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

⁶⁰² H. Vlamynck, « Droit des étrangers : entre impératif de sécurité et droit à la liberté », *AJ pénal* 2008, p9.

⁶⁰³ Annexe 5 Graphique représentant « la part des bénéficiaires d'aménagement de peine selon le type d'infraction », A. Kensey in M. Mohammed, dir. *Les sorties de délinquance...op.cit.* p 224.

⁶⁰⁴ A. Kensey in M. Mohammed, dir. *Les sorties de délinquance...op.cit.* p 221 et s.

⁶⁰⁵ Il s'agit des personnes bénéficiant d'aménagement de peine sans libération conditionnelle.

La récidive légale, se définit techniquement en fonction de la nature et de la durée d'épreuve. Au XXIème siècle, elle est appréhendée de manière plus générale, intégrant des notions plus large de re-condamnation et de réitération. La conception pratique de la récidive se déleste des exigences techniques qui freinent sa compréhension et son application en dehors de la compétence du juge.

b. Les nouvelles caractéristiques du récidiviste

- 134.** Les outils et les méthodes d'identification du récidiviste du XXIème siècle ont constaté une modification des caractéristiques du récidiviste. La nature des infractions évoluent en fonction de l'évolution des mœurs de la société. Une analyse générale de la criminalité permet de croiser les caractéristiques des auteurs et d'en extraire celle du récidiviste. La grande majorité des récidivistes ont le même visage que le relégué. Ils sont pauvres, sans emploi, sans formation, ils souffrent d'addictions et développent des troubles de la personnalité au fur et à mesure des incarcérations. Les récidivistes sont aussi de plus en plus nombreux à être étrangers ou issus de l'immigration. La phase de constatation est primordiale pour connaître les points forts et les points faibles de la récidive que le gouvernement s'engage à combattre. Quelles sont les caractéristiques du récidiviste du XXIème siècle ? Quelles sont leurs nouveaux vices qui influencent le retour des peines rétributives ? Quelle est la nature de l'infraction qui justifie l'emploi des peines planchers et le retour en force des critères de dangerosité et d'incorrigibilité ?

Les résultats obtenus, facilitent la qualité de la réponse pénale qui cible le problème à l'origine des multiples passages à l'actes. L'arsenal juridique s'est étoffé depuis ses dix dernières années en matière de pédophilie et de cybercriminalité. Dans ce contexte, le critère de dangerosité est réapparu avec la création de la rétention de sûreté. Le régime des récidivistes s'est endurci et élargi à travers la lutte contre la délinquance sexuelle (1). De nouvelles incriminations touchent particulièrement les récidivistes, justifient le retour de la sévérité (2).

1. Le délinquant sexuel

- 135.** De nouvelles incriminations modifient le paysage judiciaire en même temps que d'autres tombent en désuétude. Parmi ces nouvelles incriminations, la plus caractéristique du récidiviste du XXIème siècle est l'agression sexuelle qui enferme de manière irréversible le délinquant dans une présomption de pervers sexuel, un monstre indéfendable. La poursuite des agressions sexuelles est récente et date du Second Empire⁶⁰⁶. Aujourd'hui ces affaires représentent près de la moitié des affaires traitées aux assises durant l'année⁶⁰⁷. Quelles sont les caractéristiques de la délinquance sexuelle ? Le code pénal reconnaît depuis peu cette déviance caractéristique de la dangerosité d'une partie des récidivistes. Cependant, la multitude de textes et le contour flou des terminologies élargissent la répression aux comportements déviants au risque d'appliquer une lutte démesurée non respectueuse du procès équitable. Le délinquant sexuel n'a pas la même représentation dans la société qu'au début de la lutte contre la récidive. Une multitude

⁶⁰⁶ La moitié des 3000 affaires traitées annuellement par les Cours d'assises, J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p 45.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

d'infractions répriment sévèrement les déviances sexuelles par ce qu'il s'agit de faits graves dont la récidive est inacceptable.

- 136.** Le code pénal de 1791 ne prévoyait que cinq incriminations d'atteintes contre les personnes : la castration dont la peine encourue est la peine de mort, le viol simple puni de six années de fers, le viol aggravé sur un mineur de moins de 14 ans avec violence en réunion, le rapt et la bigamie dont l'auteur encourt douze années de fers. « *La libéralisation des mœurs a favorisé la parole dénonciatrice, entraînant la poursuite et la sanction des auteurs d'infractions sexuelles par des textes de plus en plus appropriés aux différentes situations factuelles* »⁶⁰⁸. Napoléon défendait l'institution de la famille en la protégeant par l'intégration des infractions sexuelles dans le code pénal. La multiplication des textes étend les incriminations ainsi que l'éventail des peines⁶⁰⁹. En 1891, l'outrage public à la pudeur, l'excitation à la débauche et la corruption de la jeunesse est introduite comme délits. Ces incriminations sanctionnent plus sévèrement les auteurs ayant autorité sur la personne, un professeur, un fonctionnaire ou un ministre par exemple. Il s'agit de la première fois qu'est intégrée une circonstance aggravante d'un acte sexuel relatif à la qualité de l'auteur et non plus au préjudice subi par la victime. La vulnérabilité de la victime devient une circonstance aggravante par la loi du 23 décembre 1980⁶¹⁰. La peine est aussi aggravée selon les circonstances lorsque l'acte a été commis par la menace d'une arme, précédée ou accompagnée de violence, d'actes de torture ou de barbarie.

Le code pénal de 1994 quant à lui, élargit les causes d'aggravation de viol en fonction des conséquences particulières sur la victime (mutilation, infirmité permanente blessures). Le harcèlement sexuel fait son entrée. Les termes des incriminations sont modifiés pour élargir le champ d'application des textes : l'exhibition sexuelle, la corruption de mineurs, l'agression et l'atteinte sexuelle ou encore le viol et la pornographie infantile. Les termes d'attentats et d'outrage à la pudeur sont supprimés. En 1995 l'agression sexuelle sur un mineur est une circonstance aggravante.

- 137.** Le renforcement de la répression en matière d'infractions sexuelles par la loi du 17 juin 1998⁶¹¹ a pour objectif de prévenir une grande partie de la récidive en instaurant une obligation de soin dans le cadre du suivi-socio-judiciaire⁶¹². Les infractions sexuelles criminelles et délictuelles sont dorénavant distinguées dans le code pénal. Elles intègrent les atteintes et les agressions sexuelles. Ces dernières sont définies comme toute atteinte sexuelle commise avec violence contrainte, menace ou surprise et sont puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende⁶¹³. Les incriminations sexuelles sont différenciées selon l'âge de la majorité sexuelle fixée à 15 ans⁶¹⁴. L'infraction est constituée lorsque la victime d'actes sexuels a moins de 15 ans, lorsqu'elle a entre 15 et 18 ans lorsqu'elle est majeure⁶¹⁵. L'évolution des mœurs a dépénalisé certains

⁶⁰⁸ A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 202.

⁶⁰⁹ Ibid., p 192.

⁶¹⁰ Une personne est particulièrement vulnérable lorsqu'elle est en état de grossesse, en raison d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale.

⁶¹¹ V.Gautron, A.Kensey, Y.Guillaume, J-L.Senon, « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soin : 10 ans après », *AJ pénal* 2009, Dossier, p 53 et s.

⁶¹² J.Castaigned, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999. p23.

⁶¹³ Art 222-22 et 222-23 du CP.

⁶¹⁴ Art 227-25 du CP.

⁶¹⁵ La majorité sexuelle est fixée à 15 ans tant pour les relations homosexuelles qu'hétérosexuels par l'ordonnance du 2 juillet 1945. La loi du 28 avril 1832 la fixait à 11 ans puis 13 ans par la loi du 13 mai

comportements jusque-là jugés immoraux qui se déroulent entre adultes consentants (prostitution, pornographie, adultère depuis la loi de 1975, de même que l'inceste entre majeurs). L'agression sexuelle⁶¹⁶ sur mineur est définie comme « toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise »⁶¹⁷. Sous le couvert de la notion d'atteinte et d'agression sexuelle, une multitude d'infractions à caractère sexuel, crime ou délit dont les victimes sont des mineurs sont englobées : viol, exhibition sexuelle⁶¹⁸, la corruption de mineurs⁶¹⁹, attouchement, prostitution de mineur⁶²⁰ et tourisme sexuel⁶²¹ inceste, pédophilie, pédopornographie mettant en scène des mineurs⁶²² ou étant perçue par un mineur⁶²³ ainsi que la cybercriminalité.

L'inceste est intégrée en 2010 dans le code pénal sous la notion de contrainte qui peut être physique ou morale résultant « de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de fait ou de droit que celui-ci exerce sur cette victime »⁶²⁴. Par cette formule, la contrainte morale issue de la différence d'âge et des droits exercés par l'auteur sur la victime est présumée de ce fait. La charge de la preuve est renversée aggravant le régime relatif aux atteintes et aux agressions sexuelles sur mineur. Le législateur fait preuve de redondance avec la loi sur l'inceste. Le texte de

1863. En ce qui concerne les relations homosexuelles, la majorité sexuelle correspond à la majorité civile de 21 ans jusqu'à la loi du 5 juillet 1974 la fixant à 18 ans. L'homosexualité dépenalisée par la loi du 4 août 1982 ; A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 192.

⁶¹⁶ Art 227-25 « le fait pour un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de 15 ans est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende». Pour les mineurs de 15 à 18 ans elle constitue une circonstance aggravante uniquement lorsqu'elles sont commises par un ascendant légitime naturel ou adoptif ou que cette personne est autorité (fonction) sur la victime, art 222-27 du CP.

⁶¹⁷ Art 222-22 du CP.

⁶¹⁸ Art 222-32 du CP.

⁶¹⁹ « Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur « ou « lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux. » ou « d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe ou d'assister en connaissance de cause à de telles réunions » et constitue un fait aggravant, lorsque les « faits ont été commis en bande organisée ou à l'encontre d'un mineur de quinze ans » ; Art. 227-22 du CP.

⁶²⁰ Article 225-12-1 du CP issu de la loi du 18 mars 2003 qui condamne le client d'un mineur se livrant à la prostitution quel que soit son consentement, affaire des footballeurs de l'équipe de France mise en examen en juillet 2010, in C.Lazregues, « Politique criminelle et droits de la pédophilie », *RSC* 2010, p 725.

⁶²¹ Art 222-22 al 3, du CP issue de la loi du 17 juin 1998 : « Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable », et ce quel que soit la loi applicable dans le pays étranger, le droit français s'applique selon les conditions prévues à l'art 113-6 du CP.

⁶²² Il s'agit ici d'une image ou d'une représentation d'une personne mineure ou ayant l'aspect physique de celui des mineurs permettant une interprétation large des faits supportant la qualification de pornographie de mineur, V., V. Malabat, « Doit pénal spécial », *Dalloz* 2009, p 169. « Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique » ; Art 227-23 et CP

⁶²³ « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support 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, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur », Art 227-24 du CP.

⁶²⁴ Art 222-22-1 du CP.

l'agression sexuelle était suffisamment large pour que le juge interprète et incrimine ces actes. Le principe *non bis in idem* est ébranlé puisqu'il est possible de poursuivre deux fois la même personne pour les mêmes faits⁶²⁵. Ainsi, aucun comportement de la sorte ne semble pouvoir être impunis.

La répression de l'exploitation d'image pornographique de mineur⁶²⁶ est renforcée depuis une dizaine d'années⁶²⁷ par le biais de la lutte contre la cybercriminalité⁶²⁸. La création d'un délit d'usurpation d'identité d'un tiers facilite aussi la répression⁶²⁹. La loi oblige les fournisseurs d'accès à internet de fournir les renseignements et les adresses électroniques des « *services de communication au public en ligne* »⁶³⁰ qui hébergent et diffusent des images ou des représentations de mineur et dont l'accès à internet doit être immédiatement coupée. L'exposition des mineurs à des messages choquant « *de nature à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger* »⁶³¹.

- 138.** Les incriminations et leurs vocabulaires changent, cependant, certaines terminologies du langage courant ne sont pas exprimées clairement dans les textes. Par exemple, il s'agit de la pédophilie, de l'abus sexuel, des violences sexuelles, de l'inceste ou des viols collectifs dites tournantes. Ce n'est pas pour autant que le droit les ignore mais elles sont abordées sous des vocables plus larges comme l'agression sexuelle commis en réunion, ou de viol sur mineur par ascendant. L'exhibition sexuelle⁶³², le harcèlement sexuel⁶³³, la corruption de mineurs⁶³⁴ ainsi que la diffusion d'images d'un mineur à caractère pornographique ainsi que la proposition sexuelle faite un mineur⁶³⁵ sont intégrées au code pénal modifiant l'ancienne terminologie.

L'évolution du champ sémantique des infractions sexuelles et le décalage avec le langage courant prouve la volonté de lutter efficacement contre les déviants sexuels. Les termes adoptés par le code pénal offrent l'opportunité au juge d'apprécier le texte plus largement pour s'adapter à l'évolution des mœurs ainsi que d'appliquer une répression sans faille.

⁶²⁵ C. Guery, « Définir ou balayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal* 2010, p126.

⁶²⁶ Art. 227-23 du CP.

⁶²⁷ Renforcement de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

⁶²⁸ P. Bonfils, « La lutte contre la cybercriminalité », *Chro. Lég.*, *RSC* avr/juin 2011, p 440.

⁶²⁹ « Faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération », Art. 226-4-1 du CP. Elle vise notamment les usurpations d'identité « commise sur un réseau de communication au public en ligne », Art. 226-4-1 al 2 du CP. Ce dol spécial entend atteindre les empreints d'identité d'autrui sur les réseaux sociaux.

⁶³⁰ Art. 7 de la loi du 21 juin 2004.

⁶³¹ Art 227-24 du CP.

⁶³² 222-32 du CPP.

⁶³³ 222-33 du CP.

⁶³⁴ 227-21 du CP.

⁶³⁵ Art.227-22-1 du CP issue de la loi du 5 mars 2007.

2. Des nouvelles incriminations

139. A chaque époque correspond une criminalité commune et particulière avec ses incriminations et ses institutions qui reflètent les valeurs de la société⁶³⁶. Le trouble à l'ordre public que suscite le récidiviste dépend des infractions qu'il commet. En 1724, la loi précisait un degré différent de peine pour les vols. Les peines étaient plus légères pour la première condamnation (le fouet et la marque « V »), plus sévères pour la seconde (galères à temps ou à perpétuité). La rigueur de la loi s'imposait contre la troisième infraction qui méritait ni excuse ni compensation mais la pendaison⁶³⁷.

Au XVI^{ème} siècle François Ier crée la maréchaussée pour lutter contre les crimes des militaires et les voleurs de grand chemin bannis de la cité pour avoir enfreint la loi⁶³⁸. Elle a pour objectif de prévenir la récidive. Cette police de proximité a le devoir de s'informer sur tout ce qui se passe dans les villages, les jours de fête et de marché. Elle rend compte de tout ce qui est relatif aux atteintes à l'ordre public⁶³⁹. Cette institution ancêtre de la Gendarmerie Nationale entretient de bonnes relations avec la population locale par un enracinement territorial des brigades⁶⁴⁰. Elle est avant d'être une force répressive, elle est un instrument de prévention et de dissuasion contre la criminalité et la récidive. Les prévôts quant à eux étaient une institution qui jugeait de manière expéditive voire excessive les malfrats dont nombreux étaient récidivistes, ce qui n'est pas sans rappeler l'actuelle comparution immédiate.

Sous le Second Empire, l'ordre, la surveillance et le contrôle sont la priorité⁶⁴¹. Les mendiants et les vagabonds sont éradiqués par des polices spéciales dont la gendarmerie. Aujourd'hui il s'agit des sans domicile fixe qui sont stigmatisés. Ils sont chassés par certaines communes qui interdisent la mendicité par arrêté « *pour renforcer le sentiment de lutte contre l'insécurité* »⁶⁴². Différentes époques connaissent des vagues de criminalité divers et variées mais dont les caractéristiques sont communes : infractions commises en bandes organisées regroupant de jeunes et mineurs violents et désœuvrés (blouson noirs, jeunes des cités), le terrorisme (Carlos, la bande à Bader, le terrorisme islamiste isolé ou en groupe Affaire Mérad, attentat du RER), la traite humaine (prostitution, esclavage), le trafic de stupéfiant et d'armes ainsi que la cybercriminalité internationale (escroquerie, pédopornographie). La mondialisation et internet engendre de nouvelles formes de criminalités tentaculaires qui nécessitent une coopération policière et judiciaire européenne voire internationale. Pour ses crimes, la plus part aggravés, il est encouru des peines de réclusion criminelle à perpétuité ce qui neutralise le détenu pendant de nombreuses années et réduit le risque de récidive. La gravité des infractions ne remet pas en cause la légitimité et la légalité des lourdes peines.

⁶³⁶ A. Bauer et C. Soullez, *Une histoire criminelle de la France*, Odile Jacob, Avril 2012.

⁶³⁷ Au sujet de la déclaration du 4 mars 1724 sur le vol, M-H. Renaut, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de *consuetudo deliquendi* au concept de dangerosité », *RSC* 2000, p319.

⁶³⁸ M. Cusson, *L'art de la sécurité, ce que l'histoire de la criminologie nous enseigne*, Presse polytechnique et universitaire romande, 2011, p87.

⁶³⁹ Ibid., p 90.

⁶⁴⁰ V.Supra 555

⁶⁴¹ A. Bauer et C. Soullez, *Une histoire criminelle ...op.cit.*, p 68 et s.

⁶⁴² Marseille : Interdiction de la mendicité, *Francesoir.fr*, 17 oct.2011.

A contrario, une vague de correctionnalisation débute en 1963⁶⁴³. L'objectif est d'éviter les acquittements arbitraires en cours d'assises concernant le vol de récoltes, le faux, la complicité d'évasion, l'outrage sur les agents de la force publique, les menaces écrites ou encore l'attentat à la pudeur sur un mineur de 12 ans⁶⁴⁴. Cependant, il y existe des domaines dans lesquels la répression s'est accrue telle que les agressions et atteintes sexuelles parce qu'elle caractérise un degré imprévisible de dangerosité et de récidive.

II. Des récidivistes dangereux

140. L'auteur d'un crime odieux est-il normal ? Seul 0,5 % des expertisés sont déclarés irresponsables suite au constat d'une maladie mentale⁶⁴⁵. Il est difficile d'établir l'existence d'une maladie psychiatrique reconnue par les référentiels internationaux, les méthodologies et les outils d'évaluation clinique ou encore actuarielle. Dans ces conditions, définir la normalité serait plus facile. Une personne est psychologiquement et psychiatriquement normale lorsqu'elle est « *en possession de tout son raisonnement* »⁶⁴⁶, et qu'elle se sent relativement en harmonie avec elle-même, son histoire, son avenir, dans ses rapports avec la société et les autres. « *La personne conserve ses capacités de jugement au moment de l'acte, avec un discernement et un contrôle des actes, indemne de toute pathologie* »⁶⁴⁷.

La recherche d'une pathologie mentale qui altère partiellement ou totalement les facultés mentales au moment du passage à l'acte est une question au cœur de l'analyse juridique. Comment verbaliser l'inexplicable, la folie criminelle et les raisons profondes qui ont animé le passage à l'acte ? L'expert psychiatre a pour rôle de verbaliser, d'expliquer et de décoder ce moment, il est « *un passeur dans nos vies qui essaye d'atteindre une parcelle de vérité humaine chez ce justiciable, sans que pour autant il oublie le centre de sa mission : la responsabilité et la dangerosité psychiatrique* »⁶⁴⁸. Les critères d'appréciation de la dangerosité criminelle ne sont pas définis dans la loi, ils restent aléatoires et obscurs. Pourtant, la dangerosité en droit peut être définie comme « *la forte probabilité que présente un individu de commettre une nouvelle infraction empreinte d'une certaine gravité* »⁶⁴⁹. C'est « *une notion pratique dont les pédagogues se sont emparés pour protéger le social* »⁶⁵⁰, alors que les expertises ne sont pas sûres, le législateur persiste (loi de programmation de 2012) dans cette voie en attendant la découverte d'outils nouveaux et efficaces. Il « *renvoie aux bons soins des experts l'évaluation d'un état non évaluable* »⁶⁵¹. La psychiatrie cherche à son tour à diagnostiquer et comprendre la dangerosité au sens médical du terme en identifiant une pathologie du sujet patient. Au XX^e siècle, elle se développe au point de dissocier une multitude de mouvements qui se cloisonnent et se disputent le monopole de la matière (psychanalyse, psychopharmacologie, psychologie, psychiatrie clinique) face aux

⁶⁴³ Réforme du code pénal du 18 avril 1963, C.Carlier et M. Renneville, Histoire des prisons en France ; <http://criminocorpus.cnrs.fr/outils/15718/>

⁶⁴⁴ C.Carlier et M. Renneville, Histoire des prisons en France ; <http://criminocorpus.cnrs.fr/outils/15718/>

⁶⁴⁵ J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique face à la dangerosité et à la récidive des criminels*, Odile Jacob, 2012, p 29.

⁶⁴⁶ Ibid., p 29.

⁶⁴⁷ Ibid., p 29.

⁶⁴⁸ Ibid., p 7.

⁶⁴⁹ Rapport du projet de loi de programmation du 12 janv.2012, n°106.

⁶⁵⁰ G. Pariente, Dangerosité, Journal français de la psychiatrie, 2004/3, n° 23, p 20.

⁶⁵¹ F. Fiechter-Boulvard, « La dangerosité : encore et toujours... » *chron.préc.*, p67.

antipsychiatries. Pinel⁶⁵² développe en 1793, un système de référence de l'expertise médicale dite clinique à partir de la notion d'aliénation mentale. Il étudie le mécanisme des troubles, des délires passionnels ou issus de l'imagination, des délires aigus ou chroniques, ainsi que les troubles du comportement et des névroses. L'expert retranscrit ce qu'il constate son diamètre de jugement de valeur telle « *un passeur fidèle* »⁶⁵³ entre le mis en examen et le juge d'instruction. « *Doit-on répondre aux inquiétudes légitimes face à une société censée être devenue criminogène sans vérifier la validité de l'épidémiologie ?* »⁶⁵⁴ Cette question est essentielle au regard des limites de la prison à perpétuité et du soin en milieu carcéral. Comment le phénomène criminel psychiatrique est-il appréhendé par le droit pour lutter contre la récidive? Les critères du régime des récidivistes imposent de comprendre les contours de la dangerosité. L'expertise psychiatrique est une mesure d'instruction ou un acte obligatoire qui aide le magistrat dans sa prise de décision et dont la valeur normative menace l'indépendance du juge. Il doit évaluer la dangerosité en fonction des déviations incriminées en droit positif, comme le trouble mentale et la délinquance sexuelle (A). Les référentiels psychiatriques cliniques et les outils actuariels servent à l'évaluation de la dangerosité et de la récidive, or, leur manque de fiabilité soulève de nombreuses questions quant à la violation de la présomption d'innocence (B). Pourtant, le droit n'ignore pas la dangerosité criminelle, qui sert de critère à l'application des instruments (C).

A. Une appréhension pénale de la déviance

141. La tentative de définition de la dangerosité s'accompagne d'une opposition entre les méthodes d'évaluation et son interprétation clinique et juridiques dans le procès pénal. Quelle est la nature de la dangerosité ? Quelles sont les sources et les sciences qui peuvent s'appliquer en droit?
142. Pour diagnostiquer la maladie mentale (délires, hallucinations, schizophrénie ou bipolarité) et une dangerosité psychiatrique, l'expert psychiatre dispose de référentiels cliniques internationaux. Il établit un acte médical judiciaire distinct d'un acte médical. Le mis en cause ou le sujet-patient est averti de l'expertise dans le cadre d'une procédure d'instruction. Le passage à l'acte est reconstitué grâce à l'application de trois phases d'analyse. L'expert « *scanne* »⁶⁵⁵ les détails de la personnalité significative de l'auteur, qu'il remplace par une « *vision panoramique* »⁶⁵⁶. Il tente de comprendre le mode opératoire de l'auteur. Il analyse le ressenti des victimes. Il conclut ces différentes couches successives d'analyse par une « *vision globale* »⁶⁵⁷. L'expertise psychiatrique détermine l'existence d'une pathologie mentale en relation avec les faits afin d'établir une responsabilité pénale. Il est essentiel que la pratique expertale soit encadrées par des principes tels que l'indépendance, l'impartialité et la loyauté de l'expert. Son rôle est crucial dans le processus de manifestation de la vérité lors du procès ainsi que dans l'avenir de l'auteur présumé. L'article 64 du CP de 1810 associe la dangerosité du

⁶⁵² Directeur de l'hôpital Bicêtre à Paris, voir aussi Falret à la Salpêtrière en 1850 : développement de la symptomatologie générale et psychiatrique des maladies mentales fondées sur la distinction avec le psychique.

⁶⁵³ J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique...op.cit.*, p27.

⁶⁵⁴ A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 54.

⁶⁵⁵ Ibid., p 8.

⁶⁵⁶ Ibid.

⁶⁵⁷ Ibid.

récidiviste à la dangerosité absolue ou passagère à travers la notion de troubles qui altèrent ou abolissent les facultés mentales de l'auteur (a). Elle serait statique ou définitive ce qui est loin d'être le cas dans les sciences criminelles cliniques⁶⁵⁸ qui s'intéressent particulièrement à la délinquance sexuelle, nouveau fléau, au cœur de la prévention de la récidive (b).

a. Le traitement du trouble mental

143. La maladie mentale est un égarement de l'esprit, une folie qui éteint le crime lorsqu'elle est prouvée, établi par un rapport d'expert. La peine est soustraite à la personne dont l'esprit est capable de discerner le bien du mal. La peine n'a de signification que si elle s'applique à une personne dont l'esprit est accessible à la sanction pénale. Le code d'instruction criminelle de 1810, reprenant l'ordonnance criminelle de 1670 sur la folie, précise qu' « *il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en État de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister* »⁶⁵⁹.
144. La dangerosité n'est pas une notion nouvelle. Elle existait déjà dans le code pénal de 1791. Elle est évoquée sans être dissociée de la notion de culpabilité. Ainsi, la faute du condamné révèle par elle seule sa dangerosité. Cette dernière est fondée sur aucun critère objectif et découle de la gravité des faits. En 2008, la dangerosité devient une notion autonome qui ne se déduit pas subjectivement ou objectivement d'un fait condamné mais se détache de l'infraction pénale. En conséquence, durant le procès pénal, la détention provisoire se justifie par la dangerosité déduite de la gravité des faits. En l'état actuel de la science, il est possible d'établir des critères objectifs de dangerosité pour justifier le maintien en détention provisoire? Le critère de dangerosité limite la portée d'une détention provisoire qui doit être exceptionnelle ainsi que de la présomption d'innocence.
145. L'article 64 de l'ancien code pénal consacrait la démence comme une notion englobant toutes les maladies psychiatriques. Aujourd'hui elle est définie comme une maladie mentale autonome. « *L'inexistence du crime postulé par l'article 64 mécontente les tenants d'une irresponsabilité du malade mental tout comme les tenants d'une simple « non périssabilité » pour qui le malade devait échapper à la sanction mais non au rituel judiciaire* »⁶⁶⁰. Cet article ne consacrait pas l'altération des facultés mentales, autrement dit, le demi fou. L'appréciation de ce dernier est laissée à l'arbitraire du juge.

Les termes de troubles psychiques ou neuropsychiques remplacent celui de la démence à l'article 122-1 du code pénal. La notion retenue est prudente, elle ne prend pas parti dans le débat sur les causes du trouble psychique. La maladie mentale est une cause d'irresponsabilité pénale lorsque les troubles psychiques neuropsychiques abolissent le discernement ou le contrôle des actes. L'irresponsable échappe au procès pénal⁶⁶¹. Son sort dépend de la société civile est d'une hospitalisation d'office en hôpital psychiatrique⁶⁶². La pratique⁶⁶³ s'est orientée vers une extension de la responsabilité des

⁶⁵⁸ P.Bessoles, *Sciences criminelles cliniques*, MJW Fédition, 2009, p93.

⁶⁵⁹ Art 64 du code d'instruction criminel de 1810, art 122-1 du CP.

⁶⁶⁰ J. Danet, *Défendre, pour une défense pénale critique*, 2^{ème} éd Dalloz, 2004, p 205.

⁶⁶¹ Il reste cependant responsable civilement.

⁶⁶² La loi du 27 juin 1990 accentue les conditions de sortie des malades mentaux accusés d'un crime.

auteurs atteints de troubles psychiques et surtout psychiatriques tels que la schizophrénie⁶⁶⁴. La folie est jugée mais aussi condamnée. « *Des magistrats déplorent les confusions entre concept juridique et psychanalytique qui conduisent devant les juridictions pénales des individus qui devraient être selon eux déclarés pénalement irresponsables et qui sont pourtant jugés sous prétexte qu'il faudrait imputer son acte au sujet. Cette justification relève d'une confusion entre le sujet de droit et le sujet de l'inconscient* »⁶⁶⁵. Une évolution de la loi du 15 juin 2010 prévoit que la Cour d'assises doit se prononcer sur la question du fait de l'abolition du discernement au moment du passage à l'acte.

- 146.** Le juge requiert une expertise psychiatrique pour établir un trouble psychique ou neuropsychiques ayant altéré les facultés mentales du mis en examen. L'expert se prononce sur l'existence d'une responsabilité pénale. L'existence des troubles conduira le juge à tirer les conséquences d'une absence de responsabilité pénale. Légalement, le juge n'est pas tenu de suivre les conclusions du rapport d'expertise mais comment ne pas être influencé. L'expertise détermine néanmoins la qualification juridique. La vie de l'expert se retrouve directement dans le jugement. Le fait et le droit sont structurellement entremêlés. « *L'expertise contribue à traduire des éléments tirés d'un savoir extérieur au droit dans un format utilisable par le juge, c'est-à-dire un format juridique* »⁶⁶⁶. Les savoirs disciplinaires du juge d'expert sont exprimés dans des termes différents. Les questions posées par le juge d'experts peuvent être incompréhensibles⁶⁶⁷. De plus les échéances de la discipline psychiatrique de l'expert ne sont pas les mêmes que celle du juge judiciaire. Il souhaite de l'expert établisse un lien direct et certain entre le trouble psychique ou psychiques avec l'effet constitutif de l'infraction. Le juge se décharge sur l'expert, devenu un auxiliaire de justice. En effet, l'expertise psychiatrique normalise les comportements. Elle constitue un double psychologique et éthique du délit. La loi qui serait entachée d'une irrégularité pourrait être surmontée par les règles physiologiques ou psychologiques. L'expertise psychiatrique compense les irrégularités par l'étude du délinquant, sous l'angle d'une science spécifique par un médecin-juge⁶⁶⁸. Ce jugement médical qui oriente la décision judiciaire se normalise par une pré-qualification des faits qui se concrétise par le transfert des pouvoirs du juge de l'expert.
- 147.** Les institutions psychiatriques pénitentiaires prennent la forme de différentes structures dont le nombre est insuffisant : l'unité pour malades difficiles dans les hôpitaux psychiatriques (UMD), des établissements spécialisés pour psychopathes (Château-Thierry et des METZ), les unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA)⁶⁶⁹, les services médicaux psychologiques régionales (SMPR). L'interdisciplinarité est la clef de

⁶⁶³ 20 % de la population carcérale souffrent de troubles mentaux en comparaison de 1,3 % dans la population générale. Selon les témoignages d'avocats, entre 1988 et 2002, les ordonnances de non-lieu du juge d'instruction fondées sur l'article 64 ou 122-1 du cpp sont passées de 518 à 285 ; J. Danet, *Défendre...op.cit.* p 206.

⁶⁶⁴ J-P. Olie et autres, Expertise mentale dans le déroulement du procès pénal : le point de vue du psychiatre expert, in J. Danet, *Défendre, Défendre...op.cit.*, p 205.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p 205.

⁶⁶⁶ O. Leclerc, « Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science », *LGDJ*, 2005 p 167.

⁶⁶⁷ M. Girard « Expertises médicales : questions et...réponses sur l'imputabilité médicamenteuse », *Dalloz* 2001, p1251. V. M. Landry, le psychiatre au tribunal, le procès de l'expertise psychiatrique en justice pénale, Toulouse, Privat, EPPSOS, 1976.

⁶⁶⁸ Triple fonction de l'expertise psychiatrique exposée par M. Foucault, *Les anormaux. Cours au collège de France*. Paris, Gallimard, 1999, p 16 et s.

⁶⁶⁹ Loi du 9 sept 2002.

voute qui lie l'expertise judiciaire au médical et à la psychiatrie. Elle impose un travail de collaboration par l'approche criminologique qui permet de croiser les regards relatifs à la responsabilité pénale. Le Centre National d'Observation (CNO) de Fresnes⁶⁷⁰, avait pour objectif de faire un bilan d'évaluation du détenu venu de toute la France et condamné à au moins dix ans d'emprisonnement. Pendant six semaines, se succèdent une phase de diagnostic et de pronostic afin d'adapter l'exécution de la peine. Il est mis à l'écart et isolé dans un quartier spécifique au sein de l'établissement pénitentiaire de Fresnel⁶⁷¹. Ce lieu permet « *une rencontre singulière entre l'homme et son acte qui émerge ici dans des vignettes cliniques imprégnées de la sensibilité, de la curiosité compréhensive et de l'empathie distancier de l'auteur. La vérité de l'homme est dans sa trajectoire, dans son histoire infantile mais aussi dans l'imaginaire parfois un peu énigmatique qui sous-tend la tentation de l'emprise sur l'autre dans la réalité de la transgression, du crime* »⁶⁷². L'enjeu est d'humaniser les prisons pour prévenir la récidive. C'est pourquoi le psychiatre essaye de comprendre le criminel par une approche pluridisciplinaire intégrant une approche criminologique à l'analyse clinique. Comprendre la trajectoire du criminel consiste à comprendre son évolution.

b. La délinquance sexuelle

- 148.** En ce début de XXIème siècle, la délinquance sexuelle caractérise particulièrement la dangerosité du récidiviste ou du primo-délinquant. Elle est un phénomène en expansion en raison de l'évolution des mœurs et de l'augmentation des faits de viols, pédophilies, harcèlements sexuels, dénoncés aux autorités judiciaires. La délinquance sexuelle trouve aussi sa source dans la criminalité organisée. Elle s'explique par une géopolitique clinique interculturelle et anthropologique des phénomènes criminels. Il s'agit d'une « *interaction du lien psychique, social et sociétal* » en relation avec les cultures et les communautés multiples. « *La géopolitique clinique interculturelle articulée aux sciences criminelles a pour objet les stratégies de commerce des êtres humains (nouvel esclavage, trafic d'organe, commerce de l'adoption, exil économique, immigration clandestine, etc...), les réseaux organisés de la traite des hommes et des femmes (prostitution infantile, cybercriminalité, cyber-terrorisme, pédophilie, tourisme sexuel), etc...* »⁶⁷³. La déviance sexuelle est donc une notion difficile à appréhender et à traiter en psychiatrie (1). En effet, les traitements par le soin sont limités (2) ce qui pose de réelles difficultés dans la prévention de la récidive (3).

1. Une notion juridique complexe

- 149.** La criminologie clinique sexuelle⁶⁷⁴ explique le passage à l'acte de la déviance sexuelle par l'emprise pulsionnelle. C'est la conséquence d'un « *défaut fondamental de mentalisation chez le criminel sexuel* »⁶⁷⁵. Il agit de façon séquentiel et détaché, délié de l'acte expliquant la froideur qui n'est pas le déni mais la désolidarisation différenciée

⁶⁷⁰ En 1950, l'établissement de Fresnes devient un centre de triage, d'orientation puis d'observation en 1985. Il est le « fleuron » de l'administration pénitentiaire française, il traduit le recentrage de la peine sur la personne et l'individualisation ; B. Surig, *Une psy à la prison de Fresnes*, éd. Demos, 2008, p 13.

⁶⁷¹ B. Surig, *Une psy... op.cit.*, p 14.

⁶⁷² R. Coutanceau, préface, *Ibid.*, p 9.

⁶⁷³ Bessoles, *op.cit.* p 95.

⁶⁷⁴ P.Bessoles, *Sciences criminelles cliniques...op.cit.*, p37.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

avec la victime-objet. « *L'objet victimaire est interchangeable et nourrit la récidive* »⁶⁷⁶. Il n'y a pas d'affectif ni de représentation de la personne victime. En agissant sous pulsion, l'auteur n'anticipe pas lui-même les conséquences et reste froid après l'acte. Le criminel a une défaillance de mentalisation sexuelle. Ses actions ou agir sont séquentiels ou déliés expliquant non pas le déni de l'auteur face à son acte mais une indifférence face à la victime-objet. Ainsi, il est presque impossible de prédire le passage à l'acte. « *L'objet victimaire est interchangeable et nourrit la récidive* »⁶⁷⁷ car il y a une absence d'affecte et d'anticipation caractéristique de l'auteur narcissique. L'acte est aussi dû aux réalisations hallucinatoires qui constituent des impasses et des fantasmes chez le criminel. Ce défaut d'internalisation est une « *discordance du processus de représentation mentale* »⁶⁷⁸. L'acte prend la place de la pensée. Le disfonctionnement emmène la scène criminelle sur le plan de l'acte car le fantasme ne fonctionne pas. Le criminel devient l'acteur de la scène sans pour autant le dissocier de sa responsabilité pénale. L'acte est dû à une « *absence de repère internalisé* »⁶⁷⁹. La scène criminelle est un moment de bascule ou l'auteur est dépersonnalisé. L'acte est « *une nécessité impérieuse à accomplir* »⁶⁸⁰. Le crime devient la figure de la pensée. C'est une confusion des repères, même temporelle, comme dans le cas de l'inceste à laquelle s'ajoute souvent une responsabilité intrafamiliale. Le criminel s'échappe dans une image infantile entant qu'acteur et non auteur. Le défaut d'externalisation du fantasme créer une situation d'isolement et empêche l'identification ainsi que le relationnel. Les médiations thérapeutiques présentent ici un avantage particulier.

Le criminel sexuel souligne l'échec de la représentation de la victime qui est la plus déshumanisée et inconnue possible. L'imaturité psycho-affective est caractéristique de ce profit, souvent docile lors de son parcours judiciaire. Il a une relation énigmatique relative au féminin, au génital et au sacré. L'excès de sensorialité se décharge dans le crime qui devient un lieu apaisant à travers le souillage de la victime. Cette impression de souillure des victimes reflètent cette problématique. Le criminel utilise une stratégie « *antitraumatique* »⁶⁸¹. La victime possède une fonction de « *colmatage* »⁶⁸². Elle est un objet utilitaire, de « *contention à l'effondrement* » du criminel. La victime est interchangeable anonyme tel qu'on le voit dans la multirécidive. L'objet victimaire est soit fécalisé ou cannibalisé.

Le diptyque humain/non humain exprime « *l'adhésivité mortifère qui lie la victime à son criminel* »⁶⁸³. L'impression de mourir ou d'être englouti, mangé par l'auteur est récurrent dans le viol. Le sentiment de peur humanise la victime et la dissocie du crime et du criminel, enjeu thérapeutique. De même que dans le contexte intergénérationnel de l'inceste, l'auteur nie l'existence de l'enfant pour utiliser son sexe à des fins de plaisirs personnels. La mort est une notion récurrente dans le crime sexuel car il évince la vérité et le sens de l'acte, ce qui explique certains suicides en prison. Le déroulement du procès ramène aux actes, à l'histoire et à un retour sur des problèmes primitifs (relation mère/enfant par exemple). Le crime reste malgré tout un acte antisocial de transgression

⁶⁷⁶ Ibid.

⁶⁷⁷ Ibid.

⁶⁷⁸ Ibid.

⁶⁷⁹ R. Coutenceau, *Vivre après l'inceste 2004*, in Bessoles, *Sciences criminelles cliniques ..op.cit.* p 39.

⁶⁸⁰ Ibid, p 40.

⁶⁸¹ Ibid, p 46.

⁶⁸² Ibid.

⁶⁸³ Ibid., p48

justifiant un suivi post carcéral lorsqu'il y a une injonction de soin dont les effets sont relatifs dans la lutte contre la récidive⁶⁸⁴. Par exemple, l'institutionnalisation du suivi post-carcéral de R. Coutenceau à la Garenne- Colombe prépare à la sortie et aux peines de substitution comme le PSEM et le SMPR⁶⁸⁵.

- 150.** Dans le contexte de la délinquance sexuelle, le médecin coordonnateur⁶⁸⁶ possède une mission et un statut fragile⁶⁸⁷ au travers de l'injonction de soins⁶⁸⁸. La récidive est devenue un problème de santé mentale qui relève de la compétence de l'expert judiciaire mais aussi du médecin coordinateur dont leur mission est d'éclairer le juge sur la réalité clinique, et non criminologiques du condamné dans un objectif de prévention de la récidive. « *Pour le soignant, la finalité du diagnostic est médical ; pour l'expert ou le coordonnateur la finalité est judiciaire* »⁶⁸⁹. L'injonction de soins est un outil de prévention de la récidive initialement prévu dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire. L'expertise psychiatrique, quant à elle se prononce en faveur des soins. Elle visait en 1998 les infractions sexuelles pour s'étendre aujourd'hui à de nombreuses infractions. Elle est encourue pour l'ensemble des crimes et des délits lorsqu'ils sont commis contre les personnes : meurtres, viols, actes de torture et de barbarie, agressions sexuelles, proxénétisme, prostitution violence à travers familial, incendie volontaire et certains délits contre les biens. Elle est aussi une peine accessoire qui peut être prononcée pour accompagner une libération conditionnelle et une peine d'emprisonnement avec un sursis avec mise à l'épreuve ou une surveillance de sûreté. L'expert psychiatre établit dans son rapport si le condamné peut faire l'objet d'un traitement médical. Il est renvoyé au personnel de santé la mission de soigner l'auteur pour un problème de santé souvent mental. L'injonction de soins crée le lien entre le droit et la psychiatrie grâce au rôle du médecin coordinateur. Dans ce contexte, le soin a-t-il une finalité judiciaire ou psychiatrique ?
- 151.** Le juge d'application des peines désigne un médecin coordinateur qui reçoit des informations nécessaires au suivi de l'injonction de soins. Il lui transmet les éléments nécessaires au contrôle de l'injonction de soins. Il contrôle de manière administrative la mesure injonction de soins tout en ayant un rôle d'évaluation médicale. C'est au condamné de choisir son psychiatre ou psychologue. Le médecin coordinateur s'inscrit volontairement sur une liste détenue par le Parquet au même titre que les experts judiciaires qui relèvent du volontariat. Leur nombre est insuffisant par rapport à l'augmentation des condamnés à l'injonction de soins et leur répartition territoriale est inégale. « *En 2010, 16 départements français et 32 TGI y étaient dépourvu de médecin coordinateur* »⁶⁹⁰. Ils sont culturellement réticents à faire partie des auxiliaires de justice. En majorité ces psychiatres sont aussi des experts judiciaires montrant de ce fait que la France fait de la psychiatrie « *la spécialité la plus pertinente en matière de prévention de la récidive* »⁶⁹¹. Quelle est la finalité de l'injonction de soins pour le législateur ? Faut-il

⁶⁸⁴ Ibid., p 50.

⁶⁸⁵ Recherche de l'association de recherche pour le traitement des auteurs d'agressions sexuels qui dénonce la dichotomie des approches juridique et cliniques, V. ainsi la proposition d'A.Vallini favorable à la construction d'une clinique juridique (Auret et Bessoles, 2004), voir la construction des hôpitaux prisons.

⁶⁸⁶ Les missions du corps donateurs sont définies aux articles L. 37 11-1 et s du code de la santé publique.

⁶⁸⁷ R. Bouvet, M. Abondo, M.Le Guet, « Mission et statut du médecin coordonnateur dans l'injonction de soins. Bilan et perspective 15 ans après la loi du 17 juin 1998 », *AJ Pénal* 2014, p 275.

⁶⁸⁸ Loi du 17 juin 1998.

⁶⁸⁹ Ibid., p 281.

⁶⁹⁰ R. Bouvet, M. Abondo, M. Le Guet, « Mission et statut ... » *chron.préc.* p 276.

⁶⁹¹ Ibid., p 276.

évaluer la dangerosité ou suivre le parcours de soin du condamné en informant le juge d'application des peines ? Quels soins apportés lorsque le trouble n'est pas une maladie mentale mais une déviance non répertoriée comme une maladie psychiatrique qui conduirait à une déclaration d'irresponsabilité pénale ? Sa mission d'évaluation est limitée à la compréhension du fonctionnement psychique de l'auteur et à l'existence éventuelle d'une pathologie mentale. Cependant, il peut difficilement apprécier le risque de récurrence. Il ne détient pas les outils nécessaires. L'absence de formation criminologique empêche de dépasser ces limites. Leurs rapports sont estimés insuffisants pour les magistrats. La rareté de leur contact se résume à l'ingérence des juges dans leur mission pour obtenir la prescription d'un traitement hormonal⁶⁹². Le manque de formation et la difficulté de la relation du praticien avec le patient influencent ces premiers à ne pas céder au traitement inhibiteur de libido pour les délinquants sexuels.

Le rôle du médecin coordonnateur fait l'objet de recherche et de réflexion pour améliorer leur pratique. Pour cela, il faut développer de nouvelles compétences. Adopter une évaluation longitudinale pluridisciplinaire semble être essentielle pour pallier les lacunes du médecin coordonnateur. Ils ont besoin d'une meilleure formation en médecine légale ainsi qu'en criminologie (aggressologie et victimologie)⁶⁹³ ainsi que l'apprentissage et la maîtrise des outils d'évaluation du risque de récurrence (outils actuariels structurés). La création d'un statut du médecin coordonnateur qualifié a besoin d'être clarifiée. La mise en place d'une fiche bioscopique pour construire les hypothèses de travail à partir d'éléments relatifs au condamné. La pluridisciplinarité est aussi essentielle à l'évaluation du niveau de risque de récurrence. Le médecin coordonnateur ne peut œuvrer comme c'est le cas actuellement (manque de temps, de moyens, responsabilité.). Le travail des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (CPIP) doit aussi être pris en compte dans le domaine particulier de la délinquance sexuelle.

2. Des traitements limités

- 152.** La délinquance sexuelle s'explique à travers la notion psychiatrique de déviance sexuelle. Elle dépend des valeurs communes d'une société⁶⁹⁴ (homosexualité, sadomasochisme ou fétichisme). Il s'agit au préalable de comprendre les raisons qui génèrent l'excitation sexuelle (biologie, enfance, hypersexualisation de la société) et ses références chez un individu (hétérosexualité, homosexualité, bisexualité). En revanche, dès lors qu'elles existent, il est difficile de les modifier ce qui pose des problèmes lorsqu'elles sont contraires avec les normes sociales ou le droit positif. Comment qualifier juridiquement ces déviations et les réprimer pour prévenir la récurrence ? La récurrence de viol ou d'acte pédophile commis sur des enfants, sont d'une telle gravité, que le sens préventif de la peine et du traitement revêt un caractère majeur et particulier. La délinquance sexuelle constitue dans les sociétés occidentales l'ultime acte criminel. Le traitement de la pulsion sexuelle fait d'abord l'objet d'un traitement cognitivo-comportemental pour que l'auteur prenne conscience du comportement qui favorise son passage à l'acte. Il est extrait les facteurs endogènes et exogènes, dans le but de les réduire ou de les éliminer. La pulsion sexuelle est aussi biologique. La thérapie par la castration chirurgicale (ablation des testicules) réduit la production de testostérone. Le taux élevé chez les délinquants sexuels violents est une cause du passage à l'acte. Cette pratique n'est pas admise en droit pénal

⁶⁹² Ibid., p 277.

⁶⁹³ Ibid., p278

⁶⁹⁴ D.Grubin, « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », *AJ pénal*, 2012, p 622.

pour punir ou prévenir la récidive en raison de l'atteinte à l'intégrité physique. La castration Chimique, méthode moins barbare, consiste aussi à réduire la testostérone par un traitement médicamenteux. « *Lorsque les approches de types psychologiques ne parviennent pas à elle seule à modifier suffisamment comportement sexuel problématique, des thérapies médicales peuvent constituer un complément dans des cas bien déterminés* »⁶⁹⁵. D'autres traitements chimiques neutralisent la transmission de certaines cellules nerveuses du cerveau comme la dopamine et la sérotonine, qui facilitent l'excitation du comportement sexuel. Cette neutralisation détruit la libido. Les Inhibiteurs Sélectifs de la Recapture de la Sérotonine (SSRI) réduisent les troubles obsessionnels compulsifs et empêchent le fonctionnement effectif du délinquant sexuel (réduction des fantasmes avec le fluoxétine ou le prozac). Ils sont réservés aux patients les moins dangereux. Les anti-androgènes réduisent les pulsions en atténuant la testostérone ce qui empêche les pensées et l'intérêt sexuel⁶⁹⁶. Ces traitements chimiques peuvent se vanter de réduire la récidive de manière significative au point qu'ils engendrent une meilleure prise en charge psychologique. Le patient n'est plus perturbé par ses pensées.

La castration chimique, réversible, est une pratique favorisée par rapport à la castration chirurgicale, irréversible, qui est rarement appliquée. Cependant, il faut déplorer les effets secondaires chez les patients qui utilisent le traitement chimique (troubles gastro intestinaux dû aux anti-androgènes). Il n'est que temporaire. De plus, la recherche étant encore insuffisante, elle soulève les dangers des injections placébos aux déviants sexuels en liberté. La préservation d'un suivi médical intense s'impose au regard des conséquences d'une récidive dans ce domaine. Il existe aussi une résistance des médecins. Si le trouble disparaît sous l'emprise d'un traitement clinique, c'est juste un complément qui aide au contrôle de soi-même. Il ne permet pas au patient d'apprendre à se contrôler lui-même. Le médicament cache les troubles mais ne résout pas les causes du dysfonctionnement. Les traitements doivent donc être dissociés pour traiter les différents délinquants avec des risques plus ou moins élevé de récidive.

- 153.** La pédophilie est un sujet encore plus complexe, outre la consternation qu'elle soulève. Les pédophiles abstinents, par exemple, posent des problématiques particulières qui ne peuvent trouver de solution en droit pénal notamment en dehors de tout passage à l'acte. Le fantasme sans le passage à l'acte est-il condamnable ? Sans aucun doute pour la société mais en droit il n'existe pas d'infraction pénale. Pourtant, le risque de passage à l'acte de ces individus crée une potentielle dangerosité. Les abstinents ressentent une souffrance difficile à verbaliser et à expliquer. C'est pourquoi, une plateforme d'écoute téléphonique unique en France de l'association de l'Ange Bleu⁶⁹⁷, leur donne l'occasion d'exprimer leur pulsion et leur mal être en toute confiance. Selon R. Coutenceau, la pédophilie n'est pas seulement le passage à l'acte comme il l'est communément admis par la société mais c'est aussi le fantasme et l'imaginaire⁶⁹⁸. Seule, leur constitution mentale solide les empêche de passer à l'acte. En l'absence de passage à l'acte, ils sont en dehors de la justice et en dehors du soin. Aucun programme n'existe jusqu'à présent pour prendre en compte ces profils, excepté l'association précitée.

⁶⁹⁵ *Ibid.*,

⁶⁹⁶ Les anti-androgènes oraux sont pour les délinquants un certain risque de récidive et par injection pour ceux qui ont un risque plus élevé avec gravité, *Ibid.*

⁶⁹⁷ L. Bennari, présidente de l'association l'Ange bleu, www.ange-bleu.com.

⁶⁹⁸ Interview du Psychiatre R. Coutanceau, « Comment prévenir la pédophilie », Le nouvel observateur, 9 janvier 2014, p 64.

Un durcissement envers la délinquance sexuelle est annoncé en 2007 par le gouvernement⁶⁹⁹. Les remises de peines pour bonne conduite ne seront plus systématiquement accordées aux pédophiles, sauf s'ils se soumettent volontairement aux soins. Une expertise psychiatrique soumet les condamnés arrivés en fin de détention, à l'évaluation de la dangerosité et la pertinence d'une libération. Un traitement pour les délinquants sexuels pourra aussi débiter en prison. Le refus équivaut à un refus de libération anticipés⁷⁰⁰. Le Parquet devra s'assurer de l'inscription au FIJAIS et au FNAEG des délinquants qui refusent les soins en détention ou hors détention. Le procureur peut requérir une expertise psychiatrique si le JAP ne l'a pas fait. Une dangerosité diagnostiquée peut aboutir à une surveillance judiciaire qui inclut automatiquement une injonction de soin. Le procureur peut saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté pour un PSEM. Il peut faire vérifier la réalité des adresses indiquées, souvent fausses, en cas de libération conditionnelle⁷⁰¹. Le sortant de prison est suivi s'il présente un risque de récidive et donc un caractère dangereux.

154. L'objet de cette dangerosité est la « *dimension pulsionnelle non maîtrisable* »⁷⁰² qui génère la récidive et justifie un traitement biochimique. La récidive sexuelle renvoie à la maîtrise des pulsions. Cette énergie pulsionnelle se distingue de l'objet du pulsionnel. « *L'objectif thérapeutique doit porter sur l'objet du pulsionnel et sur l'énergétique pulsionnelle.* » Cet objet est représenté par la victime ou par l'objet du viol. Les auteurs expliquent le passage à l'acte par cette phrase récurrente : c'est plus fort que moi. Elle résume la facilité présumée que le récidiviste, comme tout être humain, dispose pour lutter, lui-même, contre ses désirs à l'origine du méfait. « *L'économie psychique du patient* »⁷⁰³ est guidé par l'objet du délit, « *l'objet du pulsionnel* » qu'il faut distinguer de « *l'énergétique pulsionnelle* » non maîtrisable. Désinhiber la pulsion sexuelle par des moyens chimiques réduit le passage à l'acte mais ne résout pas les causes de la récidive. Le traitement du comportement ou l'objet du délit représentent la solution à l'emprise que subit le récidiviste. « *La récidive est une appréhension médico-psychologiques. La répétition s'accorde aux logiques de la dynamique psychique. Ces difficultés sont liées à la nature du délit, à la durée qui sépare le second délit du premier, à la fiabilité des techniques d'évaluation, à la qualité de leur interprétation, etc... Récidiver constitue d'abord l'échec de nos systèmes contra-récidive. Cela ne réduit pas le criminel à une victime qui s'ignore* »⁷⁰⁴. En résumé, « *l'automatisme de répétition est sous la dépendance de l'emprise pulsionnelle* »⁷⁰⁵.

Les SSRI réduisent les troubles obsessionnels compulsifs chez le délinquant dangereux⁷⁰⁶. Ils empêchent le fonctionnement effectif du délinquant sexuel en réduisant ses fantasmes grâce à la prise médicamenteuse de fluoxétine ou de prozac. Il n'existe pas de profil type du délinquant sexuel ce qui explique la création d'une classification (pédophile, inceste, etc...). La tension psychologique de l'auteur créer une rupture avec son équilibre psychique, ce qui déclenche le passage à l'acte. Cette frustration n'est pas

⁶⁹⁹ Communiqué de presse du gouvernement du 21 aout 2007, *lexis nexis*, focus, oct 2007, p 3.

⁷⁰⁰ V. loi n° 2007-1198 du 10 aout 2007.

⁷⁰¹ Trafic de faux documents relatifs aux promesses d'embauche et autre domiciliation des condamnés en libération conditionnelle.

⁷⁰² A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 55.

⁷⁰³ Ibid., p 55.

⁷⁰⁴ Ibid, p60.

⁷⁰⁵ Ibid, p64.

⁷⁰⁶ D.Grubin, « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », *AJ pénal*, 2012, p 624.

rééquilibrée par le psychique, le « *mécanisme régulateur* »⁷⁰⁷ fait échec et explique « *l'effet de soulagement de tension éprouvé par le criminel* »⁷⁰⁸. Le passage à l'acte sous la pulsion de l'auteur est comme un soulagement, un geste qui le calme. Il est un geste de désespoir, qui traduit un mal être interne qui ne trouve pas une autre traduction. Il est le dénouement de la pulsion. Les pédophiles évoquent la présence en eux d'une maladie. Ce malaise, les psychologues l'énoncent comme un problème de maturité sexuelle. « *Le passage à l'acte vise à calmer la tension interne du sujet* »⁷⁰⁹ « *Le criminel s'exile dans l'acte criminel pour échapper à un sens totalement inaccessible et intolérable* »⁷¹⁰. Paradoxalement, le crime est moins couteux psychiquement que sa pensée.

- 155.** Les thérapies médicales peuvent compléter un traitement psychologique lorsque celui-ci ne suffit. Il s'agit de la castration chimique, qui dans certains pays comme en France est une condition à la libération (Pologne, Etats unis, Corée du sud). La déviance ou l'excitation de ce qu'il est commun d'appeler malades sexuels sont contrôlés par des anti-androgènes qui contrebalancent les effets de la testostérone. Les études montrent une baisse significative de la pulsion sexuelle, et même des pensées. La récidive est dans ce cas faible⁷¹¹. Ces méthodes sont très critiquées en raison de l'atteinte à l'intégrité physique et des effets secondaires. Le traitement en France ne peut pas dépasser 6 mois. La recherche n'étant qu'à ses débuts, les études portent sur des cohortes qui prennent des placebo afin de comparer les effets des médicaments pris par l'autre cohorte, ce qui suppose que des délinquants sexuels potentiellement dangereux sont sans filet, faisant courir un risque à la société.
- 156.** En comparaison avec le Canada, la France dispose du même cadre légal pour le traitement de la récidive. En pratique le taux de récidive est moins élevé au Québec qu'en France ce qui s'explique par une orientation différente choisie dans le traitement médical. Dans les années 60, le Canada décide d'évaluer l'ensemble des moyens qui fonctionnent auprès de la réinsertion. Entre 1970 et 1990 l'augmentation de la criminalité pousse le gouvernement à prendre un virage répressif durant laquelle se développe la théorie de l'ensemble des mesures qui ne fonctionnent pas pour lutter contre la récidive. Dans les années 90, la théorie du *What Works?* « *fondée sur la démonstration de ce qui peut fonctionner pour réduire la récidive* »⁷¹² semble expliquer aujourd'hui l'écart entre la France et le Québec dans la lutte contre la récidive. En effet, le Québec développe des programmes à l'inverse de la France qui soigne le détenu. Les programmes québécois visent la réinsertion et la prévention de la récidive que ce soit en milieu ouvert ou fermé. Ils sont préalablement établis pour s'adapter aux besoins du condamné dans les établissements (même s'il existe une disparité de mesures entre les détenus provinciaux et les détenus fédéraux). Les programmes sont adaptés selon le profil du délinquant sexuel notamment son niveau plus ou moins dangereux. En France le traitement est dispensé à travers des SMPR depuis 1986⁷¹³ et des unités de consultations et de soins ambulatoires

⁷⁰⁷ B. Surig, Une psy à la prison de Fresnes, les éditions Demos, 2008, p 15.

⁷⁰⁸ Ibid, p 15.

⁷⁰⁹ Ibid., p 64.

⁷¹⁰ P. Bessole, 2007 in A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 65.

⁷¹¹ D.Grubin, « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », *AJ pénal*, 2012, p 624.

⁷¹² C.Stievet, « When Something Else Works, perspectives d'amélioration du traitement médical des délinquants sexuels en France à la lumière de l'expérience québécoise », *AJ pénal* 2012 ; p 626, V Supra n°524

⁷¹³ Art. 11 du décret n° 86-602 du 14 mars 1986.

(UCSA) depuis 1994⁷¹⁴ loin d'être adapté à la problématique de la délinquance sexuelle exceptée depuis la loi du 25 février 2008 qui instaure la rétention de sûreté La France choisit le cadre thérapeutique généraliste visant à appliquer un traitement médical social et psychologique dans un cadre pluridisciplinaire tel que pratiqué au Québec à l'exception quel est mise en place dès le prononcé de la peine et non à l'issue est que le prévoit la rétention de sûreté (exception faite depuis la loi du 10 mars 2010 qui conditionne le placement en rétention de sûreté à la prise en charge médicaux psychologiques antérieurs). En milieu ouvert, l'injonction de soins et le rôle du travail du médecin coordinateur s'appliquent.

Au Canada, l'approche cognitive ou comportementale se développe à la différence de l'approche psychanalytique freudienne française fondée sur les motivations et les peurs ressenties par l'auteur et qui crée un déficit relationnel. L'approche cognitive ou comportementale s'intéresse aux facteurs générateurs de récidive pour apprendre à l'agresseur à identifier les situations à risque et de développer des stratégies pour empêcher la récidive. « *L'objectif de ces traitements et d'apprendre aux délinquants à reconnaître les situations pouvant les amener à récidiver et à leur inculquer les stratégies nécessaires adaptation, d'évitement et de fuite permettant de réagir adéquatement à ces situations* »⁷¹⁵. Il s'agit d'inverser le comportement sexuel du délinquant. L'analyse psychanalytique française tend à se développer au travers des thérapies de groupe dans le cadre des programmes de prévention de la récidive au sein des SPIP qui intègrent de plus en plus des méthodes cognitives comportementales. On assiste donc à un rapprochement des méthodes d'évaluation de la France avec le Québec.

Cependant, les méthodes d'évaluation sur l'observation des détenus n'impliquent pas suffisamment de critères objectifs. Ce qui est appelé méta-analyse permet de réunir les résultats de plusieurs études indépendantes dont les conclusions objectives et fiables permettent de mettre en place des modèles de traitement des délinquants sexuels. Le traitement s'appuie sur une certaine idée de la réhabilitation du délinquant qui doit nécessairement reposer sur quatre principes résumés par le Risque, les Besoins et la Réceptivité (RBR) issus des travaux de Paul Gendreau⁷¹⁶. Le premier principe consiste à évaluer le risque de récidive selon une dangerosité objective ayant pour but de donner aux délinquants un programme adapté à son profil. Le deuxième principe est l'analyse des besoins criminologie laine et des besoins ont une gêne. La réceptivité quant à elle permet de créer une interaction entre le thérapeute et le délinquant, chapeauté par le principe d'intégrité indispensable à l'efficacité du programme. Plusieurs études ont permis de démontrer la réduction significative de la récidive des condamnés traités par le modèle RBR⁷¹⁷ associée à une approche cognitivo-comportementale contrairement à l'approche psychanalytique appliquée en France qui n'a aucun effet sur la récidive⁷¹⁸.

3. Les incidences juridiques du déni dans le traitement

- 157.** Le déni de l'agresseur sexuel durant le procès pénal a des incidences sur son traitement. L'aveu n'est pas pris en considération dans le code pénale. L'article 707 du CPP revoit à la prévention de la récidive mais pas à l'aveu. Les acteurs de justice confrontés aux

⁷¹⁴ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relatif à la santé publique et à la protection sociale.

⁷¹⁵ C.Stievet, « *When Something Else Works...* » *Chron. Préc.*, p 628.

⁷¹⁶ Ibid., p 630.

⁷¹⁷ V.Supra n°510, le modèle *Risk, Needs and Receptivity* (RNR).

⁷¹⁸ Ibid.

auteurs d'agressions sexuelles peuvent accueillir difficilement et diversement la réaction de ceux-ci. Si les aveux dans ce domaine sont souvent salutaires pour la suite de l'affaire il n'en demeure pas moins difficile à déchiffrer tant le déni revêt plusieurs formes dont il est essentiel d'en comprendre les contours psychologiques et psychiatriques, afin, d'une part, de ne pas provoquer la colère et l'effroi des personnels et, d'autre part, d'un point de vue pratique pour prévenir la récurrence.

Comprendre la réalité de ce que ressent l'auteur d'agression sexuelle a permis d'identifier la réalité d'une agression sexuelle vécue par l'auteur. Elle est étudiée sous l'angle clinique et apporte à travers les théories du déni une typologie qui a des conséquences juridiques notamment sur l'aveu. En effet, il est récurrent de rencontrer un déni plus ou moins prononcé chez l'agresseur sexuel et son étude permet de mettre au clair des points de convergences étudiés sous l'angle plus générale de la théorie du déni. Ainsi, les apports scientifiques sont en dehors du « *polymorphisme clinique de cette population et la grande diversité des configurations psychopathologiques* »⁷¹⁹ une meilleure approche de la prévention dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire. « *Les mécanismes de défense sont mis en jeu pour éviter les agressions internes des pulsions sexuelles dont la satisfaction s'avère conflictuelle pour le suspect et pour neutraliser l'angoisse qui en découle* »⁷²⁰. « *Le déni se caractérise par la coexistence d'une acceptation de la réalité d'une perception et d'un refus de celui-ci* »⁷²¹. Les chercheurs différencient des degrés de déni. Ils minimisent ou rejettent partiellement les faits pour limiter les conséquences sur la victime. Ils mentent ou se trouvent des excuses par un mécanisme de défense appelé le déni. Concernant la fréquence ou la gravité de l'acte. Ce mécanisme de défense est inconscient, involontaire⁷²². Pour eux cet acte est impensable.

- 158.** La conception psychanalytique du déni⁷²³ est la conséquence d'un comportement pervers dont l'origine est un trauma narcissique avec le désir de dominer par l'emprise sa victime. Le déni est ici un refus défensif pour rejeter la psychose. Ciavaldini en 1999⁷²⁴ analyse les niveaux de reconnaissance de l'acte qui oppose honte et culpabilité non différencié. Le refus de la violence ou considérer que la victime est séductrice, le déculpabilise et lui retire sa place d'auteur d'agression sexuelle. Il ne veut pas reconnaître sa place totale, ce n'est pas une forme de déni mais une reconnaissance à plusieurs niveaux. Pour d'autres c'est la dénégation⁷²⁵. Le *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM)*⁷²⁶ est une classification qui considère le déni comme faisant « *partie des mécanismes de défense inadaptes. Il est une réponse aux conflits et aux stress en refusant de reconnaître certains aspects douloureux*

⁷¹⁹ O.Vanderstukken et T. Pham, « Déni chez les auteurs d'agression sexuelle : perspectives théoriques et typologies », *AJ pénal* 2014, p 288.

⁷²⁰ Ibid.

⁷²¹ Ibid., p 289.

⁷²² V. S.Freud, *Les théories sexuelles infantiles*, In la vie sexuelle, PUF 1908 ; A.De Mijolla, dictionnaire international de la psychanalyse, Calman-lévy, 2002, A. Ciavaldini, *Psychopathologie des agresseurs sexuels*, Masson, 1999 ; in O.Vanderstukken et T. Pham, « Déni chez les auteurs ...op.cit. p 288 et 292.

⁷²³ C. Balier, *Psychanalyse des comportements sexuels violents*, PUF, 1996

⁷²⁴ A. Ciavaldini, *Psychopathologie...op.cit.*, 1999 in O.Vanderstukken et T. Pham, « Déni chez les auteurs ...op.cit. p 288 et 292.

⁷²⁵ Cornet, Giovannangeli, Mormont 2003, Ibid.

⁷²⁶ V. *supra*

de la réalité externe ou de l'expérience subjective qui sera évident pour les autres »⁷²⁷. Les approches intégratives mélangent la théorie du mécanisme de défense psychanalyse (inconscient) et cognitive comportementale (conscient le coping), pour en faire un « processus automatique qui protège l'individu de l'anxiété ou de la prise de conscience des dangers ou des facteurs de stress interne et externe »⁷²⁸. Le déni ou mécanisme de défense n'est pas pour autant un moyen de définir la personnalité de la personne car elle est un processus cognitif normal propre à l'humain. Il y a un déni interne (ce que pense et ressent l'auteur) et un déni externe en rapport avec ce qui l'entoure.

Ainsi McKibben concile les théories psychanalytiques et la dimension dynamique sociale. L'auteur a une motivation interne de défense inconsciente ainsi qu'une volonté de se préserver socialement (famille, travail) en raison de la peur du rejet et de la stigmatisation sociale. Chacun possède des schémas mentaux stables issus de l'expérience, des préjugés, des croyances, des pensées, des émotions ou des comportements. « Des structures cognitives stables, inconscientes qui se situent dans la mémoire à long terme »⁷²⁹. C'est l'exemple des théories sur la sexualité des enfants, implicitement décrite par WARD et Keenan⁷³⁰. Le déni peut alors se reposer sur l'explication de la sexualité des enfants basée sur des croyances erronées.

- 159.** La typologie du déni en France regroupe différentes formes en raison de sa dimension plurielle. Il n'existe pas de définition commune claire mais seulement des classifications qui sont pour la plupart non relayées sans pouvoir servir de trame aux professionnels. « *Aucun guide, pas de questionnaire structuré et systématique pour aborder ces thématiques* »⁷³¹. La typologie s'appuie sur la hiérarchie des normes ou sur une approche dynamique personnalisée. Ainsi, le déni est considéré comme une notion non statique mais évolutive ce qui crée des difficultés des représentations de la réalité. Celle d'Aubut regroupe quatre niveaux de reconnaissance du délit par l'agresseur sexuel. « *Négation complète du délit, reconnaissance de contacts sexuels mais pas du caractère délictueux, reconnaissance du caractère délictueux mais accusation des facteurs extérieurs et /ou l'auteur de dit « guérri » et affirme qu'il n'y aura pas de récurrence, reconnaissance du délit ainsi que d'autre déficit dans sa vie telles que les relations insatisfaisantes avec les femmes* »⁷³². Concernant les auteurs d'agressions sexuelles sur enfant, il est proposé une classification sur cinq niveaux : « *le déni des faits, le déni de l'intention sexuelle, le déni de la gravité des faits, le déni de son autodétermination (c'est arrivé, c'était mon idée, c'était sexuel et mal mais ils existent des facteurs atténuants)* »⁷³³. D'un autre côté les modes de classification sont basés sur la hiérarchie des normes : réfutation, minimisation, dépersonnalisation vu sous divers angles notamment le passage à l'acte (planification), et les fantasmes. Il s'agit d'une mesure de son comportement et de sa responsabilité compatible avec les exigences criminologiques, d'où l'intérêt de cette classification. Une dernière typologie évalue les faits et la responsabilité par rapport au délit, aux conséquences sur la victime en rapport avec les problèmes d'addiction ou sociaux⁷³⁴.

⁷²⁷ H. Chabrol, S. Callahan, Mécanisme de défense et coping, Dunod, 2004, in O.Vanderstukken et T. Pham, « Déni chez les auteurs ... » *op.cit.*, p 292.

⁷²⁸ Ibid., p289.

⁷²⁹ Ibid., p 289.

⁷³⁰ T.Ward et T. Keenan, *Child Molesters'Implicit Théories*, J Interpers Violence, 1999, 14: 821-838, in *ibid.*, p 292.

⁷³¹ Ibid. p291.

⁷³² Ibid., p291.

⁷³³ Pollock et Hasmail 1991 in *Ibid.*

⁷³⁴ Aubut, Dasylyva, MCKibbenn in *Ibid.*

160. Après avoir expliqué le déni sous l'angle psychologique et psychiatrique et d'avoir expliqué les différentes classifications il est intéressant d'analyser le lien existant entre ce déni et les risques de récidive. Comment le droit français appréhende-t-il la notion de déni et comment l'implique-t-il pour prévenir contre la récidive des auteurs d'agressions sexuelles ?

En France, il est difficile d'admettre le déni ou l'absence de reconnaissance de l'auteur des faits. Le déni tient donc une place importante alors que son lien de causalité avec le risque de récidive n'a jamais pu être scientifiquement démontré. Il tient une place importante dans le procès pénal et dans le choix de la sanction. Le déni de l'accusé n'empêche pas la déclaration de responsabilité et de culpabilité pénale. Il n'est pas pris en compte dans le soin thérapeutique ou socio-éducatif. Contrairement aux anglo-saxons notre culture judéo-chrétienne s'intéresse à la rédemption, à la confession pour obtenir le pardon de la société. L'aveu permet aussi à la victime de se reconstruire. La reconnaissance des faits est au cœur du système judiciaire et de la culture de notre société qui par conséquent admet difficilement le déni surtout lorsqu'il s'agit d'auteurs d'infractions sexuelles. C'est la raison sous-jacente du retard de la France dans le traitement préventif de la récidive des auteurs d'agressions sexuelles. L'héritage judéo-chrétien et le mouvement de la victimologie freinent la prise en charge thérapeutique de ces auteurs et en conséquence limitent la prévention de la récidive.

La question de la place du déni est loin d'être la préoccupation principale dans le traitement de la récidive. Conçu comme un mécanisme de défense, il fait l'objet de controverses dans la profession des cliniciens. Le droit français n'est pas à l'aise avec la notion de déni dans au niveau pré-sententiel que post-sententiel. Durant l'instruction l'auteur garde un intérêt à ne pas reconnaître les faits dès lors que le soutien familial intervient dans le but de minimiser les faits et donc de renforcer le déni de l'agresseur. L'aveu et la reconnaissance peut-être une stratégie judiciaire concertée avec l'avocat. Après la condamnation, l'obligation de soins conditionne les remises de peine supplémentaire et autre aménagements de peine motivant un aveu qui n'est pas sincère mais contraint. Le droit français se contente de ce dispositif considérant que le chemin pris vers la thérapeutique à l'extérieur de la prison conduira forcément à une amélioration de l'individu. L'existence d'une reconnaissance préalable des faits n'est plus une condition à l'injonction de soins depuis la loi du 10 août 2007.

Le champ sémantique utilisé par le droit français vise les auteurs d'agressions sexuelles à l'inverse des anglo-saxons qui utilisent le terme d'agresseurs sexuels (*sexual offender*). Il vise avant tout l'auteur pour le lier avec le passage à l'acte qui fait de lui l'agresseur. Les soignants, psychiatres, psychologues, infirmiers dépendants du ministère de la santé interviennent pour seconder le travail des travailleurs sociaux dans les SPIP. Ces derniers proposent un suivis sociaux éducatifs mais deviennent vite dépassés par leur absence de compétence pour mettre en place les programmes de prévention de la récidive (PPR depuis 2002) impliquant une prise en charge collective par un travail de groupe afin d'aider la non répétition de l'acte. Le programme de prévention de la récidive s'appuie principalement sur l'analyse du passage à l'acte la reconnaissance des faits, le vécu de l'auteur tant par ses intentions préalables que pendant l'acte lui-même) ainsi que sur l'existence de l'empathie pour sa victime et la conscience de violer la loi. Le domaine d'application de ces questions limite rapidement les compétences des travailleurs sociaux notamment pendant les entretiens individuels justifiant de déléguer cette tâche aux soignants, qui, par une approche thérapeutique vont placer l'individu auteur au centre du

soin et faire de la prévention de la récidive une question secondaire. « *Les objectifs du soin sont l'amélioration de la santé et du bien-être du patient, la diminution des troubles, ainsi que la qualité du lien intersubjectif* »⁷³⁵. Les agents du SPIP, n'ayant pas les outils nécessaires pour lutter contre la prévention de la récidive, s'en remettent aux autres auxiliaires dont les objectifs ne sont pas ceux édictés par le code de procédure pénale qui consiste à suivre une thérapie susceptible de limiter les risques de récidive⁷³⁶.

Le lien entre déni et récidive n'a jamais pu être prouvée dans une étude de scientifiques. L'intégrer dans un dispositif consistant à prévenir la délinquance sexuelle n'aurait donc pas d'intégrer. Dans certains cas le déni pourrait modérer ou aggraver le passage à l'acte en fonction de l'auteur d'agressions sexuelles à haut ou faible risque. Ainsi les auteurs d'agressions sexuelles ayant à haut risque de récidive ne voient pas ce risque aggravé lorsqu'ils sont dans un déni total car d'autres facteurs jouent. En revanche, il un facteur aggravant pour ceux qui présentent de faible risque de récidive en l'absence d'autres facteurs d'après les études de Nunes en 2007 et de Lund en 2000. La création d'outils d'évaluation du déni semble être au cœur de la réponse clinique et criminologique à apporter pour lutter efficacement contre la récidive des délinquants sexuels.

- 161.** À l'heure actuelle la place accordée au déni n'est pas la même en fonction des cultures et des législations. La France semble être très en retard par rapport au modèle anglo-saxon et notamment celui du Canada qui développe des modèles de réhabilitation et de prévention de la récidive basés sur le RBR⁷³⁷. Cette approche cognitive ou comportementale menée par des criminologues psychologues et sexologues mandatés par le ministère de la sécurité publique et travaillant dans ce qui équivaut au SPIP, intervient efficacement dans le risque de la récidive⁷³⁸. La responsabilisation de l'agresseur est l'élément essentiel du traitement efficace cognitif ou comportemental et dont le déni est la clé de voûte. La place accordée au déni divise la doctrine.

Une partie de la doctrine considère que la reconnaissance des faits par l'auteur est une condition nécessaire à l'efficacité du traitement⁷³⁹. Une autre école qui prend son essor avec le modèle RBR considère le déni comme un frein majeur à l'efficacité thérapeutique et en exclut ainsi une partie des agresseurs. Le déni des auteurs d'infractions sexuelles ne doit pas être un frein au bénéfice d'un traitement qui peut néanmoins diminuer le risque de récidive. L'enjeu n'est pas le déni mais l'achèvement du traitement. Ainsi, l'auteur finit sa participation s'il achève son traitement aura moins de risques de récidiver que celui qui reconnaît les faits mais qui ne va pas au bout de son traitement. Si le monde anglo-saxon n'apporte pas la même place au déni comme facteur diminuant ou aggravant la récidive il est cependant consacré comme un élément facteur de récidive est intégré dans le traitement thérapeutique à l'inverse de la France qui considère que le déni n'a pas de place centrale dans la prise en charge thérapeutique et socio-éducative.

⁷³⁵ O.Vanderstukken, T. Pham, « Déni ou reconnaissance des faits chez les auteurs d'agressions sexuelles : traitements et récidive en question », *AJ pénal* 2014, p 343.

⁷³⁶ Art 721-1 du CPP

⁷³⁷ M. Herzog-Evans, « Exécution des peines, délinquants sexuels et positionnement en tout fait : enjeux juridiques et Criminologiques », *AJ pénal* 2012, p 632.

⁷³⁸ Andrews et Bonta, *The psychology of criminal conduct*, Cincinnati, Anderson publishing, 2006.

⁷³⁹ Marshall Schneider Wright a measurement tool for reconceptualizing the role of denial in child molesters, J Interpers Violence, in O.Vanderstukken, T. Pham, « Déni ou reconnaissance des faits chez les auteurs d'agressions sexuelles : traitements et récidive en question », *AJ pénal* 2014, p 343et p 346.

162. L'histoire de la récidive et du schéma de la rédemption récidiviste ainsi que l'évolution de notre droit de la victime empêche l'ouverture de notre doctrine dans le traitement des auteurs d'agressions sexuelles. Il n'est plus question ici du droit et des critères objectifs ou subjectifs des instruments qui répriment ou réinsèrent le récidiviste. La recherche tente de répondre à la question du traitement médical de la dangerosité pour traduire en droit des principes et des moyens de protection contre les criminels les plus dangereux. La maîtrise de la dangerosité clinique et le soin du patient offrent au droit sententiel et post-sententiel les clefs du traitement et de la lutte contre la récidive. Cependant, le droit n'adopte pas la même définition de la dangerosité car l'objectif premier de la justice est de protéger la société et non de soigner l'auteur. La réponse pénale s'appuie sur des concepts juridiques de dangerosité et d'incorrigibilité déduit des actes passés et présents. Les apports cliniques ne sont qu'une aide à l'établissement d'une éventuelle responsabilité pénale.

B. Les tentatives de prédiction de la dangerosité

163. La prédiction de la dangerosité soulève de nombreuses interrogations concernant le champ sémantique de la dangerosité qui n'apporte pas de précision sur la définition juridique qui pourrait être adoptée (a). De plus, l'évolution de la pathologie mentale accentue la difficulté à poser un diagnostic ferme et définitif (b). Puis l'appréciation du risque se détermine à travers des référentiels psychiatriques mouvants voire contradictoires (c).

a. Une notion sémiologique non opératoire

164. La dangerosité est une « *notion sémiologique non opératoire* »⁷⁴⁰. La notion de dangerosité n'a pas de valeur scientifique quantifiable et pourtant elle fait le lien entre récidive et répression. Le récidiviste est présumé dangereux et c'est parce qu'il est dangereux qu'il va récidiver. La dangerosité est indissociable de la récidive. Elle est une notion subjective circonstanciée à l'acte et à son auteur. Définir et prévenir la dangerosité relève donc de l'aléa. La prévention de la récidive est-elle un objectif réaliste alors que la dangerosité ne peut être établie scientifiquement ? La loi, peut-elle, sans violer les droits de l'homme, employer des moyens *ante delictum* pour réduire le risque de passage à l'acte ? Le pronostic la dangerosité et donc de la récidive est impossible à établir, en l'état actuel de la science. Il semblerait que le droit se déleste de cette considération par la systématisation de l'emprisonnement. En effet, la dangerosité criminelle supplante les limites de la dangerosité psychiatrique, conditionnée par des impératifs cliniques qui restreignent le nombre de diagnostic. Plus le taux de récidive est élevé, plus le diagnostic de dangerosité ayant conduit à l'incarcération est fiable dans le cas où la prison est conçue comme ayant une fonction résiduelle. « *Se rapprocher d'un taux de 100 % de récidive après incarcération signifierait que seuls ceux sur lesquels avait été porté un diagnostic de récidive certain ont été incarcérés* »⁷⁴¹. Le critère de dangerosité se justifierait ainsi en s'accordant avec un taux élevé de récidive.

⁷⁴⁰ A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 58.

⁷⁴¹ C. Faugeron et J-M. Le Boulaire, Quelques remarques à propos de la récidive, Paris, CESDIP, coll. Etude et données pénales, 1992, in P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p 214.

165. La récidive s'est faite happée par la dangerosité, qui, autrefois n'était qu'un critère d'application des instruments. Le récidiviste est un dangereux. Ainsi la lutte ne s'oriente plus contre le récidiviste mais contre la dangerosité, élargissant le cercle répressif. La récidive peut être endiguée par une volonté politique contrairement à la dangerosité qui n'est pas une notion scientifiquement fiable. « *La dangerosité est la propension à commettre des actes dangereux sur autrui ou lui-même* »⁷⁴². Elle n'a que des points de connexion conjoncturelle avec la récidive, ou au pire, une de ses caractéristiques. Pour maîtriser la dangerosité il faudrait la prédire alors qu'aucun critère de prédiction n'est scientifiquement fiable. Elle est « *imprévisible et incontrôlable* »⁷⁴³. La définition juridique de la récidive diffère de la définition clinique plus complexe. L'acte judiciairisé caractérisé par la réitération de cette judiciairisation, n'englobe pas la notion plurielle qu'est la récidive. « *La récidive est toujours plurielle. Elle englobe différents aspects d'un acte criminel qui se reproduit mettant son auteur hors la loi* »⁷⁴⁴.
166. La notion juridique de la récidive s'oppose ainsi à celle des sciences criminelles cliniques. La définition clinique de la récidive criminelle est plus complexe car elle est « *à la convergence de l'expertise médico-psychologique dans ses aspects conceptuels (transgressions, rapport à la loi, analyse des conditions de passage à l'acte, fausses allégations, valeurs thérapeutiques de la peine, degré de responsabilité), méthodologiques et techniques (diagnostic différentiel, obligations de soins, injonction thérapeutique, dangerosité en matière de criminalité sexuelle), éthiques (agir fantasmatique, enjeux familiaux dans le contexte incestueux) et culturels du sens des criminalités génocidaires, de torture, d'épuration ethnique, de trafic des êtres humains* »⁷⁴⁵. Pour les défenseurs de la science criminelle clinique ou criminogène, le problème réside dans « *les confusions entre actes délictueux, délinquant et criminel qui révèlent combien l'épistémologie juridique et sociale gouvernent les circonscriptions cliniques et pathologiques* »⁷⁴⁶. Le problème épistémologique de la récidive est d'autant plus complexe que la notion juridique privilégie « *une conception du crime et du criminel en logique sociale et sociétale. Cette conception induit une approche déficitaire, transgressive ou de distorsion représentative ou cognitive du criminel* »⁷⁴⁷. Pour les cliniciens, ces confusions « *infèrent aussi des méthodologies de prise en charge standardisées ou le comportement déviant doit être éduqué ou rééduqué, la pensée et des idées normalisées, le comportement normaté* »⁷⁴⁸. Ces méthodes ont trouvé leurs limites.

La science criminelle clinique ou criminogénèse « *procède d'une compréhension clinique et psychopathologique du fait criminel en le restituant à une histoire singulière et ses impasses* »⁷⁴⁹. Le crime est « *un symptôme psychique dans le lien social et sociétal* ». La criminogénèse s'émancipe vers la géopolitique clinique interculturelle en s'attachant aux critères anthropologiques conférant une expression à toutes les formes de violences traduisant l'affecte (rumeur, viol, commerce d'organe, terrorisme). Elle met en avant les liens entre la criminalité et la sociabilité. La science criminelle clinique part du postulat que la représentation ou le fantasme du crime tient une place déterminante. C'est

⁷⁴² P.Bessoles, *Sciences criminelles cliniques...op.cit.*, p 88.

⁷⁴³ Ibid., p 88.

⁷⁴⁴ Ibid., p 88

⁷⁴⁵ Ibid., p87

⁷⁴⁶ Ibid., p 9

⁷⁴⁷ Ibid.,

⁷⁴⁸ Ibid.,

⁷⁴⁹ Ibid.,

le scénario du dessin criminel. Pour empêcher sa réalisation, paradoxalement, il faut promouvoir ce fantasme⁷⁵⁰. Dans ce processus thérapeutique, « *le crime devient un refuge* » dans lequel le criminel trouve plus de facilité à s'y recueillir que d'anéantir psychiquement sa pensée⁷⁵¹ (exemple de l'inceste, le meurtre). Par la loi, ces fantasmes sont contenus par des interdits et par la peur du châtement.

Inversement, l'évolution du droit se rapproche des conceptions avatiques de Lombroso. La récidive est le témoin de l'échec du soin qu'il soit carcéral ou post carcéral. La science juridique et la science clinique ne tendant pas dans la même direction même si l'objectif est de contenir la récidive. Les principes, les méthodes et les notions n'ont pas les mêmes objectifs. Cependant, la matière juridique empreinte des notions cliniques qui n'ont pas d'équivalent en droit et qui modifie le paradigme de la lutte contre la récidive. « *La notion de dangerosité est dépendante des normes sociales, culturelles, des critères sociopolitiques, du caractère surdéterminé des actes médico-légaux, du caractère composite de la criminogénèse* »⁷⁵².

b. L'évaluation de la pathologie mentale

- 167.** Les lacunes de l'expertise médico-psychologique sont dues au « *manque de repère clinique* »⁷⁵³. « *L'expertise n'a pas pour objet la justification ni l'explication. Elle a à comprendre la dynamique psychique ayant conduit l'irréparable afin d'en arrêter la morbide répétition* »⁷⁵⁴. « *Il en va du processus même de civilisation de penser la criminalité comme le produit d'une logique psychique défailante non réduite à l'horreur qu'elle produit* »⁷⁵⁵. L'appréciation du risque de récidive évoque les limites de la mission expertale. La justice leur demande aujourd'hui de dépasser les limites de leur profession pour devenir des visionnaires et ne plus seulement d'évaluer la dangerosité psychiatrique (maladie mentale) mais aussi de diagnostiquer la dangerosité criminologique c'est-à-dire d'évaluer les facteurs de dangerosité constitutive d'un risque de récidive. Actuellement, il existe trois mesures pour apprécier le risque de récidive. « *Le décroisement des regards, des connaissances, au profit de leur croisement, de leur mise en commun* »⁷⁵⁶. Les différents acteurs en contact avec le condamné (psychologue, expert psychiatre, surveillant, services sociaux) collaborent entre eux et échangent le regard sur lui. L'évaluation et le suivi psychologique du détenu se réalisent par un entretien avec un expert. Il permettra d'établir la dangerosité et le risque de récidive. En France, les experts défendent une évaluation clinique reposant sur une méthode d'évaluation de la dangerosité « *qui reste malgré tout difficile* »⁷⁵⁷. Une grille d'évaluation du risque reprend l'ensemble des éléments et opère comme un tampon entre le magistrat et l'expert. Cette grille représente un pont entre deux univers répondant à des règles spécifiques à chaque matière⁷⁵⁸.

⁷⁵⁰ Ibid., p 16

⁷⁵¹ Ibid.,

⁷⁵² Ibid., p 88.

⁷⁵³ J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique ...op.cit.*, p 19.

⁷⁵⁴ A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 57.

⁷⁵⁵ Ibid., p 57.

⁷⁵⁶ J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique ...op.cit.*, p 18.

⁷⁵⁷ F. Fiechter-Boulvard, « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ pénal* 2012, p67

⁷⁵⁸ voir une amélioration dans le rapport de Bussiere sur l'expertise, remis au garde des sceaux en mars 2011

168. L'évaluation de la pathologie mentale se réalise à travers plusieurs cercles d'analyse qui peuvent concerner des auteurs présumés d'homicide, agressions violentes, de viol, de maltraitance, d'infanticide, de pédophilie, mais aussi les acteurs de la grande criminalité. Ces derniers peuvent être exempts de troubles de la personnalité ou de maladies mentales. Ils sont normaux dans la mesure où leur histoire personnelle n'est pas symptomatique d'un clivage vis-à-vis de l'affectif. Déterminé, ils opèrent avec sang-froid, sans état d'âme dans des actes de cambriolage ou de séquestration de personnes, par exemple. Leur quotidien de délinquant est banalisé dès l'enfance. Leur déséquilibre mental se situe donc dans un trouble de l'adaptation sociale⁷⁵⁹. Leur manque de repère et d'apprentissage de la norme sociale symbolise le manque d'éducation familiale et scolaire. C'est d'abord la recherche d'une pathologie en évolution (délires, hallucinations, dépression avec dangerosité psychiatrique) pour conclure à l'irresponsabilité, l'expert doit constater une « *décompensation aiguë* »⁷⁶⁰ présente chez l'individu durant la commission de l'acte. La pathologie se traduit aussi par des conduites additives (alcool, drogue, médicaments), facteurs de risque de récurrence qui doivent être réduits par un traitement et des soins appropriés. La responsabilité est mise sur le compte du produit indicatif⁷⁶¹.

Ensuite, c'est l'appréciation du caractère pathologique d'une personnalité, en l'absence de constat d'une maladie mentale. C'est l'exemple de la schizophrénie, lorsque dans une phase de stabilisation le comportement se traduit par une absence de lien social avec les autres créés en des maladroites qui peuvent déboucher sur le passage à l'acte. Dans ce cadre-là une atténuation de responsabilité au sens de l'article 122-1 al. 2 du code pénal est proposée par l'expert avec une poursuite du traitement. En revanche, si l'expert constate l'arrêt brutal du traitement par le schizophrène, une déclaration d'irresponsabilité peut être prononcée. Il est recommandé par la fédération française de psychiatrie que « *dans l'hypothèse d'une récurrence contemporaine d'une rechute liée à un arrêt de traitement, la discussion médico-légale doit prendre ce facteur en compte, sans que l'on impute aux malades soit ni d'observance, qui est habituel dans les premières années d'évolution des psychoses schizophréniques quand l'alliance thérapeutique avec l'équilibre de soins n'est pas encore solide* »⁷⁶². Cette recommandation est vivement critiquée par certains experts professionnels qui n'acceptent pas le cas de malades qui pourraient manipuler à leur guise le traitement médical, facilitant le passage à l'acte voire l'excusant au passage⁷⁶³. Le laxisme des hautes instances de la psychiatrie est trop radical. Le droit, dispose pourtant d'une atténuation de peine avec injonction de soins et de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale, pour parer à l'éventualité d'une maladie mentale, pathologie aiguë ou trouble de la personnalité. Au sein de la communauté psychiatrique, les divergences d'opinion n'aident pas particulièrement l'orientation du magistrat dans la fixation de la peine.

Enfin, est évalué la capacité de réadaptation. Dans le cas d'une pathologie aiguë telle que la schizophrénie, la capacité adaptative dépend de la régularité du traitement qui favorise « *une évolution positive de la symptomatologie* »⁷⁶⁴. Sont différenciées les personnes déclarées responsables des autres irresponsables. Dans le contexte d'une

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p 63 et s.

⁷⁶⁰ J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique...op.cit.*, p 30.

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² Fédération française de psychiatrie, mai 2007 et Recommandations du groupe de travail de l'académie nationale de médecine, mars 2011-4 octobre 2011, *in Ibid.*, p 31.

⁷⁶³ *Ibid.*, p 31.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p 32.

insertion sociale antérieure, les personnes déclarées responsables disposent d'un pronostic positif quant à leur réadaptation. Le fait judiciaire n'aura été qu' « *un épisode de leur existence* »⁷⁶⁵. Cette insertion se caractérise aussi par « *une capacité d'introspection, un seuil faible d'impulsivité et de frustration, une absence de fonctionnement dans l'immédiateté, l'absence de conduites additives et un repère affectif stable* »⁷⁶⁶. Dans les autres cas l'expert recherche l'existence d'éléments positifs. « *Si la dangerosité psychiatrique n'est pas repérable au moment de l'expertise, la dangerosité criminologique est évidente, comme chez le psychopathe, par exemple* »⁷⁶⁷. Concernant les jeunes, il est important qu'ils verbalisent leurs sentiments par le biais d'une psychothérapie ou un encadrement éducatif sous contrôle judiciaire avec les éducateurs aguerris et supervisés par des psychologues afin que « *les mots soient dits, progressivement et à partir de situations concrètes, palpables, quantifiables, ne faisant pas appel à des associations d'idées, ni à l'introspection* »⁷⁶⁸. Les mots remplacent le passage à l'acte symptomatique de la dangerosité psychiatrique. Les pathologies mentales comportent un facteur de risque de récurrence qui augmente significativement lorsqu'est associée une autre maladie mentale (psychoses, trouble bipolaire, antisociaux, psychopathe) ou lorsqu'elle est associée à des conduites additives comme l'utilisation de drogue même douce qui augmentent la frustration, l'impulsivité et l'absence de contrôle comportemental.

- 169.** Le contrôleur général des lieux de privation de liberté, dans un avis du 31 janvier 2014, dénonce les incohérences du régime des mesures de sûreté. Cette privation de liberté en centres sociaux médicaux judiciaires n'a été la conséquence que d'une méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté (trois personnes sur les quatre placées en rétention de sûreté depuis 2011)⁷⁶⁹. Il constate que les textes sont imprécis et déplorent les violations des droits de la défense⁷⁷⁰. La notion de dangerosité reste équivoque. La France n'a pas tiré les conclusions nécessaires de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui caractérise la rétention de sûreté comme une peine⁷⁷¹. La peine fait bénéficier aux justiciables les garanties de procès équitable, principe de légalité des délits et des peines, principe de responsabilité pénale et de la présomption d'innocence ainsi que la non rétroactivité de celle-ci. La simple violation d'une surveillance de sûreté entraîne le placement au CSMJ de Fresnes sans qu'il y ait eu d'infraction commise. La défense est lacunaire ne serait-ce qu'au regard d'une faible aide juridictionnelle. Le seul critère reste celui d'une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récurrence parce que l'individu souffre d'un trouble grave de la personnalité. « *Le contentieux de la surveillance et de la rétention de sûreté se trouve, de ce fait, placé à mi-chemin entre la pénalisation de la maladie mentale et la persistance de la figure de l'homme dangereux, figure variable selon les époques, qui s'incarne aujourd'hui dans la personne du délinquant sexuel, du prédateur* »⁷⁷². Une ambiguïté est ainsi créée entre la psychiatrie et le crime qui touchera des individus à la limite de la débilité mentale comme c'est le cas

⁷⁶⁵ Ibid.

⁷⁶⁶ Ibid.

⁷⁶⁷ Ibid., p 33.

⁷⁶⁸ Ibid.,

⁷⁶⁹ « Les premiers placements sous surveillance de sûreté, dossier », *AJ pénal*, 2014, p 105.

⁷⁷⁰ V. Bianchi, Quels droits de la défense pour la personne placée sous surveillance de sûreté ou en rétention de sûreté ?, *AJ pénal*, 2014, p105.

⁷⁷¹ CEDH 24 nov.2011, n°4646/08, O.H c/ Allemagne ; CEDH 24 no. 2011, n°48038/06, Schönbrod c/ Allemagne.

⁷⁷² V. Bianchi, « Quels droits de la défense pour la personne placée sous surveillance de sûreté ou en rétention de sûreté ? », *AJ pénal*, 2014, p105.

d'un détenu créole dont la défense s'est faite par visioconférence entre Paris et Saint-Denis de la Réunion⁷⁷³. La rétention de sûreté concerne aussi particulièrement les condamnés à des crimes sexuels traduisant les peurs de notre Société actuelle. Le profil psychiatrique du premier et criminologique du second est regroupé sous le même vocable de dangerosité. Un amalgame est opéré entre le trouble psychiatrique et la dangerosité criminologique sans qu'une expertise puisse les dissocier. Sachant que les psychiatres sont dans la pratique hostile à détecter ou évaluer une dangerosité criminologique. Sauf pour certains qui défendent les vertus thérapeutiques de l'incarcération du malade mental⁷⁷⁴. La rétention de sûreté demande au psychiatre de soigner les détenus enfermés et de donner un avis sur leur personnalité, leurs chances de réinsertion et le risque de récidive. L'expertise psychiatrique dans le cadre de la juridiction régionale de rétention de sûreté semble spécifique⁷⁷⁵. En effet, le temps est donné à l'évaluation pluridisciplinaire. Le contenu de la notion de dangerosité est variable selon les époques. Le sens pluriel de la dangerosité nécessite une évaluation interprofessionnelle. Jusqu'à présent la loi du 17 juin 1998⁷⁷⁶ encadre les écrits du psychiatre comme une condition à la décision du magistrat. L'expert endosse une grande responsabilité. La surveillance judiciaire est subordonnée à une expertise médicale qui doit faire apparaître dans ses conclusions la dangerosité du condamné⁷⁷⁷. Il se prononce sur la pertinence d'un traitement mais pas sur la nature du traitement. L'injonction de soins est, quant à elle, tributaire de l'évaluation psychopathologique du sujet en relation avec les faits condamnés réalisés par un médecin coordinateur. Ce dernier se prononce sur l'impact du soin et pourra en discuter avec le sujet. En ce qui concerne la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté dans le cadre d'une rétention de sûreté, l'expertise de la dangerosité est renforcée. Deux experts réalisent une expertise médicale qui se prononce sur la particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive en raison du trouble grave de la personnalité. La loi du 10 mars 2010 élargit le champ de l'évaluation de la dangerosité prévue par la loi du 25 février 2008. L'expertise psychiatrique devient le centre du dispositif. Une évaluation est réalisée au centre national d'évaluation pendant deux à six semaines. Il s'agit d'une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité. Un ou deux experts peuvent ordonner cette expertise médicale. À l'issue le JAP saisit la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Dans tous les cas la haute autorité de la santé recommande que le diagnostic soit posé en fonction de l'environnement et de la situation des faits. En effet, certains traits névrotiques de la personnalité ne sont pas facilement détectables en société comme les personnalités perverses et narcissiques qui trompent, soumettent et humilient l'autre. Le diagnostic de la maladie mentale est mis en lien avec le comportement constaté. La psychiatrie française, qui se réfère à la classification internationale des maladies (CIM-10)⁷⁷⁸ de l'OMS répond plus à une approche catégorielle. Ainsi, l'approche dimensionnelle dans le diagnostic est encouragée par la haute autorité de santé.

L'expertise psychiatrique ne suffit pas à résumer l'évaluation de la dangerosité car elle ne constitue qu'un des éléments. Les grilles d'évaluation se réfèrent aujourd'hui aux

⁷⁷³ Ibid.

⁷⁷⁴ C. Canetti, La pénalisation de la maladie mentale : un retour de deux siècles en arrière, in M. Sassolas, *Maladie dans la psychiatrie*, ERES, Hors collection, 2004, p 157-161, *in ibid.*

⁷⁷⁵ S. Baron Laforet, A. Casanova « L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2014, p 111.

⁷⁷⁶ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

⁷⁷⁷ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relatif au traitement de la récidive des infractions pénales.

⁷⁷⁸ V. *Supra* n°217

échelles actuarielles. Ces dernières sont basées sur des secteurs d'éthiques relatifs passés et qui ne sont pas susceptibles de changer. Cet outil situe le sujet dans un ensemble de populations étudiées. Les critères actuariels dynamiques s'ajoutent aux éléments cliniques. Ils s'intéressent aux ressources que détient l'individu ainsi que ses déficits dans le cadre d'une formation plus ou moins longue. Il s'agit de mettre en œuvre le modèle RBR et celui de la désistance qui aide à la sortie de la délinquance. C'est donc en trois temps que l'expert évalue la dangerosité au-delà de son expertise clinique à partir des éléments structurels passés, une évaluation personnelle des ressources de l'individu (RBR) puis sa capacité à mener des actions de réinsertion (désistance). La haute autorité de santé recommande l'utilisation des échelles semi-structurées au lieu des échelles actuarielles qui ne seraient pas adaptées à l'évaluation psychiatrique. La pratique de l'évaluation pratiquée est prioritaire. Elle inclut de plus en plus l'utilisation d'outils actuariels ou structurés sans oublier l'entretien clinique avec le patient⁷⁷⁹.

La procédure est dévoyée et la Cour de Cassation du 31 janvier 2012 a condamné l'absence de continuité entre un placement sous surveillance de sûreté suite à une surveillance judiciaire⁷⁸⁰. De même que l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (CPMS) est censuré par la juridiction régionale de rétention de sûreté (JRRS) de Paris pour absence d'expertise obligatoire⁷⁸¹. Ainsi, la rétention de sûreté de manière quantitative conduit les individus à la rupture sociale et familiale. Un glissement s'opère des libertés individuelles vers les libertés publiques.

c. Les outils d'évaluation de la dangerosité

170. Les méthodologies se basent aujourd'hui sur des référentiels, dit fiables et opérationnels de l'association américaine de psychiatrie et de l'OMS) qui ont mis en place respectivement le DSM-IV et CIM-10. Le diagnostic se base essentiellement sur la parole de la personne évaluée et la compétence de l'évaluateur. « *L'expertise psychiatrique, demandée par le juge, vise à établir un diagnostic, à définir la responsabilité au moment des faits, et à proposer éventuellement un traitement psychiatrique et/ou l'encadrement éducatif pour les mineurs, afin de personnaliser la peine comme il est obligatoire dans le processus pénal français* »⁷⁸². L'expérience et la maturité de l'expert sont essentielles dans l'interprétation et l'évaluation de la parole du patient. La compréhension du fait juridique exige la maturité de l'expert qui aura, outre sa formation, la capacité d'appréhender la maladie du patient avec du recul et de l'impartialité. Il crée ainsi une relation de loyauté et de confiance bénéfique au bon déroulement de l'expertise. Ce degré de loyauté est à l'épreuve du temps qui s'écoule entre l'entretien et le passage de l'accusé aux assises⁷⁸³.
171. Les lacunes du système imposent toutefois la création d'outils de diagnostic permettant la mesure de la dangerosité criminologique par l'utilisation d'échelle psychocriminologiques⁷⁸⁴. Pour cela, il est nécessaire d'améliorer les enquêtes sociales et l'observation dans des centres régionaux. Pour, aller plus loin que le CNO, il est intégré le

⁷⁷⁹ Recommandation de la haute autorité de santé n° 41 in S. Baron Laforet, A. Casanova « L'expertise psychiatrique et l'évaluation de la dangerosité pour la JRRS rétention de sûreté », *AJ pénal*, 2014, p 111.

⁷⁸⁰ Art. 723-37 du CPP.

⁷⁸¹ Décision de la juridiction régionale de rétention de sûreté de Paris du 14 mai 2013.

⁷⁸² J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique...op.cit.*, p 23.

⁷⁸³ *Ibid.*, p 27.

⁷⁸⁴ P. Clement, Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive, 28 juin 2007, p7.

suivi du condamné à sa sortie et en prenant en compte la problématique de la récidive. Ceci s'accompagne d'une centralisation des informations sur les antécédents judiciaires par un outil informatique national. Ce dernier concerne précisément l'abolition des facultés mentales et facilite les expertises psychiatriques et psychologiques. Le projet de loi de programmation votée le 17 janvier 2012 fixe, en la matière, les objectifs de la politique pénale en matière d'exécution des peines jusqu'en 2017. Il « *renforce les dispositifs de prévention de la récidive grâce à la mise en place d'outils visant à mieux évaluer le profil des personnes condamnées, au développement de pratiques innovantes, de prise en charge des délinquants ainsi qu'à la réorganisation et au renforcement des services pénitentiaires d'insertion et de probation.* »⁷⁸⁵. Parmi les propositions phares, il est projeté de créer trois centres nationaux et d'augmenter le nombre d'expertises psychiatriques judiciaires. « *L'assise scientifique construite autour de l'évaluation de la dangerosité du délinquant n'est donc pas toujours garantie alors que le concept reste l'élément déterminant de l'application des nouvelles mesures de sûreté* »⁷⁸⁶. L'adaptation de la méthode actuarielle fondée sur des statistiques et des échelles de risque, évalue la dangerosité individuelle sur le long terme. Cette méthode n'est pas mauvaise en soi mais elle n'est pas adaptée aux sujets étudiés par la justice. L'expertise clinique individuelle est plus longue et plus coûteuse. En effet, il est plus facile de « *se laisser séduire par une grille de lecture systématique des hypothèses d'un point de vue de l'intégrité morale de chacun* »⁷⁸⁷. Quelles sont aujourd'hui les référentiels qui permettent de diagnostiquer la dangerosité criminelle ?

En premier lieu, les échelles actuarielles, très utilisées dans le monde anglo-saxon, semblent percer en France avec une certaine adaptabilité aux spécificités culturelles (1). Elles sont en concurrence avec d'autres modes de preuve de la dangerosité que sont les neurosciences (2). Néanmoins, les désaccords récurrents entre les doctrines se répercutent sur les méthodes d'évaluation de la dangerosité, ce qui rajoute une part d'incertitude à l'évaluation d'une notion floue (3).

1. Les échelles actuarielles

172. Les risques d'une re-condamnation ont fait l'objet d'une étude concernant les cinq années suivant la sortie de prison. La méthode de la régression logistique (*odds ratio*)⁷⁸⁸ « *permet d'évaluer le rôle des différents éléments introduisant simultanément les variations des taux de récidive* »⁷⁸⁹. Elle compare les risques des libérés à être recondamné dans les cinq ans. Cette étude met en relief l'importance de la nature de l'infraction initiale et de ses conséquences sur la probabilité de récidive. L'homicide volontaire comporte un risque de récidive ou de re-condamnations deux fois moins important que pour les auteurs déjà condamnés pour des infractions de vol ou de recel. Les auteurs d'infractions sexuelles ou de viol ont trois fois moins de risques de re-condamnations dans les cinq ans que les auteurs de vol ou de recel.

⁷⁸⁵ F. Fiechter-Boulvard, « La dangerosité : encore et toujours... » *AJ pénal* 2012, p67, note 4.

⁷⁸⁶ A.Santereau, Loi du 25 février 2008 relatif à la rétention de sûreté : repères juridiques et interrogations cliniques, Santé publique, 2009/4 vol. 21,p 427 in F. Fiechter-Boulvard, « La dangerosité : encore et toujours...op.cit. » *AJ pénal* 2012, p67.

⁷⁸⁷ Ibid., p 67.

⁷⁸⁸ Annexe 6 : Tableau représentant « la régression logistique (ODDS RATIO) sur la probabilité d'avoir au moins une nouvelle condamnation dans les cinq ans après la libération », A. Kensey in M. Mohammed, dir. *Les sorties de délinquance...op.cit.*, p 227.

⁷⁸⁹ A. Kensey in M. Mohammed, *Les sorties de délinquance... op.cit.*, p 225.

Le quantum de la peine est aussi variable dans le risque de récidive. « *Si la fréquence de la récidive dépend de la nature de l'infraction, elle variera aussi en fonction du quantum de la peine prononcée puisque ces deux caractéristiques sont statistiquement dépendantes* »⁷⁹⁰. Ainsi, les auteurs d'homicides condamnés à de lourdes peines récidivent moins que les auteurs de délits (vol et recel) condamnés à des peines plus courtes conduirait à penser que le taux de récidive est plus important dans ce dernier cas alors un que « *la régression logistique montre que la diminution du risque de récidive avec la durée de la peine initiale n'est pas aussi nette* »⁷⁹¹. Une nouvelle fois, les limites de l'absence d'aménagement de peine est soulignée dans sa contribution au risque de récidive 1,6 fois plus élevée que les condamnés bénéficiant notamment d'une liberté conditionnelle. Le risque de récidive d'une peine privative de liberté est deux fois plus élevé. L'analyse multifactorielle offre une meilleure lecture du taux de re-condamnations, même s'il les facteurs ne constituent pas forcément un lien de causalité avec la récidive. Il en est de même avec les instruments. L'aménagement des peines n'a qu'un impact positif sur la réinsertion du condamné dont l'attitude déjà exemplaire en détention prépare un projet solide de réinsertion favorisé par l'aménagement de peine.

L'insuffisance structurelle et les limites de l'évaluation clinique ne donnent qu'une lecture psychanalytique des causes du passage à l'acte. Une confusion s'opère entre le risque de réitération et de dangerosité. Les résultats des expertises dépendent donc des « *items sélectionnées par le clinicien qui peuvent ne pas être pertinentes* »⁷⁹² il existe dans les expertises une probabilité d'erreur du aux préjugés ou aux connaissances inexactes ainsi qu'au manque d'expérience de l'expert. C'est la question des « *biais heuristiques* »⁷⁹³ qui donne une réponse tronquée en fonction du contexte, de la culture, et de l'éducation de l'expert. Les préjugés mêmes infimes sont nécessairement présents dans la pensée de l'expert qui recherchera à corroborer la corrélation entre sa pensée et la pensée de la personne sans prendre en compte les distorsions. Comment prédire une dangerosité future sans qu'existe une dangerosité passée ? Les items prédictives utilisées dans l'expertise clinique sont insuffisants et nécessitent d'être complétées par une évaluation actuarielle, dont les résultats sont supérieurs aux expertises cliniques voire ont des résultats similaires. L'expertise reviendrait à « *tirer à pile ou face* »⁷⁹⁴, lorsqu'elle ne se trompe pas deux fois plus que les expertises fondées sur des évaluations actuarielles⁷⁹⁵.

- 173.** Les échelles actuarielles sont conçues pour combler les lacunes des expertises cliniques (longues, pas toujours fiables car plus qualitative que quantitative). Ainsi, elle peut s'adapter aux exigences judiciaires. Souvent critiquées certains auteurs les défendent de cependant. L'évaluation actuarielle « *est une méthode formelle qui recourt à une équation, une formule, un graphique ou une table actuarielle pour parvenir à la probabilité, ou à la valeur attendue, d'une issue donnée* »⁷⁹⁶. Elle se fonde sur des variables prédictives, autrement appelées, facteurs de risques ou items, quantifiés avec un

⁷⁹⁰ Ibid., p226.

⁷⁹¹ « La liaison, toutes choses égales par ailleurs, mais franchement significative que pour la recondamnation à de la prison ferme pour les sortants condamnés à cinq ans et plus », Ibid., V. Annexe 6.

⁷⁹² M.Herzog-Evans, « Outils d'évaluation ... » *chron.préc.*

⁷⁹³ Ibid.,

⁷⁹⁴ B.J.Ennis et T.R.Litwack, *Psychiatry and the presumption of expertise: flipping coins in the courtroom, California Law Review*, 1974, 62: 694-753, in Ibid., 76.

⁷⁹⁵ J.Monahan, *prédicating violent Behaviour : an assessment of Clinical Techniques*, 1981, Beverly Hills, CA, Sage, in Ibid.,p 76.

⁷⁹⁶ Ibid., voir aussi : D.A Andrews et J. Bonta, *The psychology of criminal Conduct*, LexisNexis, (ème éd, 2010, in Ibid.

haut degré de fiabilité. Cette méthode est encore beaucoup critiquée alors que l'utilisation de la statistique en droit des assurances par exemple, est admise depuis bien longtemps. En 1928, aux États-Unis, des libertés réelles conditionnelles sont suivies afin de d'identifier leurs caractéristiques⁷⁹⁷.

Les facteurs prédictifs se constituent sur la base de recherches empiriques et longitudinales qui mettent en avant les facteurs du passage à l'acte. Pour être incontestable, les facteurs prédictifs sont validés et répliqués. Les facteurs de risques répertoriés dans les outils d'évaluation actuarielle sont : « *le passé pénal (âge de la première infraction, nombre et nature des condamnations antérieures, etc...)* , *le passé personnel (placement dans l'enfance, modèle éducatif reçu...°des éléments démographiques (âge, place dans la fratrie, nationalité i pour déterminer si l'on fait partie d'une minorité) ; des traits de personnalité ; des facteurs environnementaux (pairs, parents antisociaux où déviant, vie de couple et ses qualités, lieu de vie...)* ; *des facteurs cliniques (consommation de stupéfiants, alcool impulsivité, niveau d'intelligence, santé mentale, erreurs cognitives, dépression ou détresse, estime de soi, pensées étranges, etc.)* *Et facteurs sociaux (scolarité, réussite sociale, travail, statut économique etc..)*⁷⁹⁸. A tous ces facteurs s'ajoutent les facteurs protecteurs concernant la désistance. Il s'agit ci-dessus de facteurs statiques qui ne changent pas avec des facteurs dynamiques susceptibles de changer. Les premières et deuxièmes générations d'items sont basées sur les facteurs statiques.

L'exemple d'outils actuariels le plus fiable dans la prédiction de la récidive est l'outil *Level of Service Inventory-Revised (LSI-R)* d'Andrew et Bonta⁷⁹⁹. Il s'agit d'un outil actuariel complet qui fonctionne à partir de ce corps quantifié. Il a un double objectif qui est celui de l'évaluation du risque de récidive avec la recherche d'un traitement approprié. Cet outil serait le plus fiable en visant une prédiction et un type de soin approprié. La traduction et l'adaptation en Europe de cet outil⁸⁰⁰ est envisageable, sans poser au préalable de lacune particulière. « *L'expertabilité de la plus part des instruments est bonne* »⁸⁰¹. Une fois combiné les liens entre eux, les facteurs de risques affichent des scores qui vont permettre de situer l'intéressé suivant une échelle plus ou moins à haute de dangerosité et de risque de récidives. Des reproches se focalisent sur ces évaluations dont les résultats souffriraient de l'effet échantillon. Cette critique serait faussent puisque les cas étudiés existent dans la réalité. « *Appauvrissement de la compétence professionnelle des praticiens* », trop binaire (système de croix). Alors que la méthode clinique repose sur des préjugés. La méthode actuarielle, contrairement à ce qui peut être supposé, repose sur une formation sérieuse et intensive pour des professionnels qualifiés, indispensable pour l'application de ces outils et notamment l'évaluation clinique structurée.

- 174.** En l'état actuel d'avancement de la recherche et de la science, les critiques et les rejets des outils actuariels ne sont pas fondées. Les outils actuariels de quatrième génération se

⁷⁹⁷ E.W. Burgess, factors determining success or Failure on parole, *in Ibid*

⁷⁹⁸ M.Herzog-Evans, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal* 2012, p 75.

⁷⁹⁹ D.A. Andrew et J Bonta, *The Level of Service Inventory-Revised*, Toronto: multi-health systems, *in Ibid*.

⁸⁰⁰ Autres outils : STATIC-99 pour les délinquants sexuels développé par le canadien, K. Hanson, STATIC -99R et STATIC-2002R pour les délinquants sexuels âgées, ou d'autres outils pour les femmes.

⁸⁰¹ M.Herzog-Evans, «Outils d'évaluation... » *chron.préc.*

présentent comme un complément aux outils cliniques⁸⁰² tels est le cas de l'outil anglais appelé *OASys*, qui reste lourd d'application. Il a permis d'insérer des éléments actuariels progressivement dans les bases cliniciennes. L'appréciation discrétionnaire rajoute à ces outils actuariels de quatre générations une complémentarité clinique. Il s'agit d'une évaluation clinique structurée (*Structured professional judgement* : SPJ) dont la part discrétionnaire est importante. L'inconvénient de la méthode est l'exigence de connaissances précises de l'intéressé. De plus, il existe un risque sérieux de biais puisque les items sont choisies par l'évaluateur (risque nul, modérer ou élevé). L'avantage consiste en l'utilisation de ces outils par un plus grand nombre d'acteur de la lutte tels que, les travailleurs sociaux, les agents du SPIP ou la police. Cette méthode a autant de succès que l'outil actuariel. En effet, les études montrent que les outils actuariels auraient une garantie de fiabilité. Elles surpasseraient les évaluations cliniques non structurées dont la fiabilité est plus faible. Cet outil d'évaluation est pourtant limité. L'outil SPJ demande une formation plus importante que celle exigée pour les outils actuariels seuls. En effet, « *sur le plan cognitif, il a été démontré que les humains avaient tendance à surestimer les informations concrètes et palpables et à sous-estimer les informations plus floues et plus abstraites ainsi qu'à opérer des raccourcis mentaux lors de toute activité d'analyse* »⁸⁰³. D'autres méthodes complètent ce modèle d'évaluation.

175. Le modèle de « *bonne vie* »⁸⁰⁴, *The Good Life Model* (GLM), est un programme prometteur qui rajoute aux méthodes statiques et dynamiques, les aspects positifs de la personnalité pour rompre avec ses habitudes de délinquant qui résiste à l'autorité. Le délinquant est appréhendé sous le prisme des droits de l'homme et non sous une relation avec praticien il est aussi sous le potentiel récidive. Cette méthode s'appliquée au cœur du travail des agents de probation, travailleurs sociaux et psychologues sollicitent une éthique et d'une déontologie à valeur de guide managérial. La méthode RBR est la plus aboutie en termes de management de risque. « *Il est plus efficace de proposer des programmes plus forts et plus intensifs pour les délinquants à plus haut risque de récidive que pour ceux qui sont à bas risque* ». Le modèle de mode de vie est guidé par deux objectifs thérapeutiques consistants à promouvoir la satisfaction des besoins humains et réduire le risque. Le traitement des délinquants sexuels sous le prisme des droits de l'homme permet aussi d'imposer une vie normale en se focalisant sur les problèmes spécifiques de l'individu notamment par le biais de la liberté individuelle qui permet de prendre une décision et de résoudre les difficultés. La transposition en France serait optimale. L'habitude française est l'évaluation qualitative s'appuyant sur des bases cliniques et sur la personnalité, contrairement aux anglo-saxon qui sont pragmatiques, et s'attachent à l'acte pour un résultat plus quantitatif⁸⁰⁵.
176. La science progresse et évolue rendant obsolète la procédure de Diagnostic à Visée Criminologique (DAVC)⁸⁰⁶ avec une évaluation clinique. Les résultats positifs dans les autres pays et la progression des neurosciences ne doivent pas empêcher la réflexion juridique et éthique. L'utilisation de cette méthode rationnelle d'évaluation doit cependant

⁸⁰² Tels est le cas de l'outil anglais appelé *OASys*.

⁸⁰³ D. Crighton et G.Towl, *Psychology in probation services*, BPS Blackwell, 2005, p 52, in M.Herzog-Evans, « Outils d'évaluation... » *chron.préc*, note 65.

⁸⁰⁴ C-A.Fortune, T.Ward, « Réduire le risque en promouvant une bonne vie : question relative au traitement des délinquants sexuels », *AJ pénal* 2012, p 640.

⁸⁰⁵ S. Faure, *Récidive : la tentation de prédire, la méthode anglo-saxonne évaluant la probabilité pour un détenu de commettre de nouveaux un délit séduit en France*. Au risque d'enfermer plus longtemps, *libération.fr*, 25 mars 2011.

⁸⁰⁶ Projet de loi de programmation relative à l'exécution des peines de janvier 2012, p30 n°96.

être analysée au vu des droits de l'homme et des droits de la défense. La prise en compte de la race, et de l'absence d'étude sont des critères discriminatoires, préjugant là où il n'y a pas lieu de préjuger. Elle ne doit pas être présentée comme une preuve reine tel qu'on le connaît avec l'ADN. Le juge américain selon la Cour Suprême de Virginie n'est pas obligé de prendre en compte cette évaluation⁸⁰⁷. Les instruments actuariels sont controversés dans les pays utilisateurs et notamment en Californie⁸⁰⁸ (manque de spécificité des outils par rapport au pays, surestimation de la récidive) lorsqu'ils ne sont pas séduisants pour des pays en quête d'un diagnostic prévisionnel de dangerosité fiable⁸⁰⁹. Les instruments de lutte contre la récidive de délinquant sexuel sont inefficaces que ce soit dans leur diagnostic ou dans leur traitement.

Le Conseil d'État annule le décret n° 2011-14 47 du 7 novembre 2011 qui créait le DAVC⁸¹⁰. Cet outil informatique permet « *au personnel des SPIP de stocker et faire circuler des informations sensibles sur les condamnés et relatives à leur suivi et auquel ont également accès les juges d'application des peines* »⁸¹¹ il s'agit d'un outil actuariel pour lesquelles les syndicats notamment la CGT pénitentiaire était farouchement opposée. Cette expérience fut annulée par la Garde des Sceaux en 2014. L'opposition française à l'outil actuariel s'explique par la difficulté de catégoriser des comportements humains sous forme de statistiques. « *Sous couvert d'un prétendu diagnostic, il est vrai modestement appelé à visée criminologique, il constituait un outil bricolé dont l'objectif patent était de donner l'impression que l'on mettait en œuvre les données acquises de la science en la matière* »⁸¹² ce que l'auteur qualifie de « *Canada dry* »⁸¹³ de la criminologie. « *Il était à l'évidence destiné à donner l'impression que la probation française se modernisait, sans pour autant avoir l'humilité de se faire aider par les institutions et chercheurs étrangers qui nous auraient permis de nous situer dans un cadre véritablement scientifique* »⁸¹⁴. Le DAVC exigeait du temps pour les SPIP alors qu'il était très peu utilisé par les JAP. Cet outil est en réalité une étape indispensable, recommandée par le conseil de l'Europe et les règles européennes de la probation⁸¹⁵. L'évaluation de masse des personnes existe par le biais d'expertises psychiatriques en vue d'une libération sans risque de récidive. Ces outils ne sont donc pas utilisés dans le but de déterminer les besoins du condamné pour la réinsertion. Le rejet de ces outils, qualifié d'actuariels, est critiquable en l'absence alarmante de moyens, d'information permettant au JAP d'orienter le suivi des condamnés. En effet, il s'agissait de la première étape d'évaluation des *criminogenic needs*. Cette amélioration pour le condamné est rejetée par l'administration pénitentiaire en raison d'une surcharge de travail des agents pénitentiaires. La tentation de prédiction ne touche pas uniquement la dangerosité et la

⁸⁰⁷ L'affaire John Gardner a provoqué une vive émotion en Californie. Ce violeur récidiviste avait été considéré comme non dangereux avec un risque très faible de récidive après une évaluation actuarielle ; F.Rousselot, La Virginie doute du diagnostic prévisionnel, l'utilisation des statistiques sur les délinquants sexuels américains commence à faire débat. Y compris dans les états pionniers, Libération.fr, 25 mars 2011.

⁸⁰⁸ Ibid.

⁸⁰⁹ S. Faure, Récidive : la tentation de prédire, la méthode anglo-saxonne évaluant la probabilité pour un détenu de commettre de nouveaux un délit séduit en France. Au risque d'enfermer plus longtemps, libération.fr, 25 mars 2011.

⁸¹⁰ CE 11 avr.2014, n° 355624, M.Herzog-Evans, « Feu le DAVC annulé par le conseil d'État », *AJ pénal* 2014, p 255

⁸¹¹ Ibid.

⁸¹² M. Herzog-Evans, *Moderniser la probation française, un défi à relever!*, L'Harmattan, 2013, p16.

⁸¹³ Ibid.

⁸¹⁴ Ibid., V. *supra* les programmes de prévention de la récidive issue de la génération *What Works ?*, influencé par la psychanalytique française et la méthode cognito-comportementale

⁸¹⁵ Recommandation européenne CM/Rec 2010 -1 article 66-71.

récidive mais aussi la prédiction des délits par la mise en place de logiciels informatiques basés sur des données chiffrés et statistiques⁸¹⁶.

2. Les nouveaux modes de preuve et les neurosciences

- 177.** L'article 427 du code de procédure pénale consacre le principe de la liberté de la preuve (dont l'administration de la preuve neuroscientifique peu reconnue) doit respecter le principe de loyauté et de licéité en attendant une meilleure connaissance de l'état de la science. Les avancées scientifiques et les nouvelles technologies ont profondément modifié l'administration de la preuve dont certains instruments peuvent aussi servir pour prédire le risque de récidive. S'intéresser aux nouveaux modes de preuve permet de comprendre comment le droit français appréhende les nouvelles technologies et sciences dans la lutte contre la criminalité et la récidive. La position du droit français reflète aussi sa position vis-à-vis de la vérité scientifique et judiciaire. Il s'agit des nouvelles technologies ainsi que des progrès scientifiques importants, les éléments de preuve à charge et à décharge dans le but de la manifestation de la vérité. Entre la vérité scientifique et la vérité judiciaire la mise en œuvre de ces méthodes criminalistiques doivent respecter les libertés individuelles⁸¹⁷. (ADN, morfonds amènent des taches de sang, audio analyse, odorant logis, profilage, analyse criminelle par l'utilisation de logiciels facilitant l'exploitation et le rapprochement d'informations pour mener les enquêtes).
- 178.** Le recours à la géolocalisation est aujourd'hui possible dans les enquêtes instructions pour des faits graves depuis la loi numéro 2014-372 du 28 mars 2014 (article 230-40 à 42) sous l'autorité judiciaire (garantie de protection concernant les personnes ayant concouru à l'installation du dispositif technique en soumettant à l'autorisation du juge des libertés et de la détention la transmission des informations dans la procédure afin d'éviter les représailles). Il n'y a pas d'atteinte au respect de la vie privée ni au respect des droits de la défense ainsi qu'au principe du contradictoire. La géolocalisation fait partie des nouveaux modes de preuve du XXIe siècle qui rapproche la vérité scientifique de la vérité judiciaire mais dont les limites quant à leurs règles de procédure peuvent entraîner l'annulation de ce mode de preuve avec des répercussions sur l'ensemble de la procédure pénale justifiant un encadrement législatif exhaustif notamment par l'adoption de la récente loi⁸¹⁸.
- 179.** Le développement des neurosciences⁸¹⁹ progresse dans le domaine de la prédiction du passage à l'acte. À l'origine, le polygraphe inventé en 1921 aux États-Unis procédait à la détection des émotions en relevant le niveau de stress des personnes (respiration rythme cardiaque). D'autres procédés permettent d'étudier la voix ou la lecture cérébrale des émotions pour détecter la peur, le mensonge et la jalousie. « *Il s'agit d'observer les zones cérébrales qui se mettent en mouvement lors de l'accomplissement d'une tâche mentale, en s'appuyant sur la mesure des flux de sang ou de molécules aqueuses au sein de la matière grise* »⁸²⁰. (Électrons encéphalogrammes et Imagerie cérébrale par Résonance Magnétique : I.R.M. fonctionnelle). Le neurobiologiste Lawrence Farwell avait à l'origine

⁸¹⁶ A 37 L. Couvelaire, « Le logiciel qui prédit les délits », Le Monde.fr, 05 janv.2013.

⁸¹⁷ Y. Desforges, « L'évolution de l'administration de la preuve pénale face aux défis scientifiques, le point de vue du policier », *AJ pénal* 2014, p 56.

⁸¹⁸ X.Perez Lopez, « La géolocalisation et la preuve pénale », *AJ pénal* 2014, p67

⁸¹⁹ M-C.Sodino, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience... ? », *AJ pénal* 2014, p56

⁸²⁰ Ibid.,

développée un instrument permettant de mesurer à l'aide de tests de vérité les effets engendrés par les produits sur les consommateurs. L'I.R.M. s'est améliorée par l'imagerie par diffusion spectrale (*diffusion spectrum imaging*) qui « observe les mouvements du sang de manière indirecte, celle-là s'appuie sur des particules d'eau contenue dans la matière grise, ce qui permet de suivre les trajectoires des neurones qui s'activent. Elle peut être un moyen de preuve à l'encontre du prévenu ou de l'accusé s'il respecte le principe de loyauté et de licéité. L'examen neurosciences hi-fi qui peut aussi être revendiqué comme un droit pour se défendre (réponses ministérielles du 16 août 2011) »⁸²¹. L'article 3 de la Convention européenne s'opposera-t-elle contre l'utilisation de la preuve neuroscientifique en raison de son atteinte à la dignité, au même titre que les détecteurs de mensonges et sérum de vérité. Ainsi, il est important d'obtenir de la personne poursuivie, faisant l'objet d'un examen neurologique, son consentement exprès et préalable⁸²². Un renforcement juridique s'impose pour maîtriser les dérives de l'utilisation de ces neurosciences car « en l'état actuel des données scientifiques, le recours à une telle expertise judiciaire neuronale semble prématuré, en raison, notamment, de la nécessité d'assurer une rigueur et une fiabilité qui n'existe pas encore »⁸²³

- 180.** L'arrivée des neurosciences dans la justice peut-elle faire progresser l'évaluation de la dangerosité et le risque de récidive ? Cette intrusion interroge les instances et surtout le législateur. L'article 45 de la loi bioéthique du 7 juillet 2011⁸²⁴ encadre le recours aux neurosciences c'est à dire la technique de l'imagerie cérébrale dans le cadre d'expertise judiciaire, c'est-à-dire l'utilisation d'IRM⁸²⁵ c'est « un outil clinique permettant l'identification d'anomalies cérébrales statistiquement liées à un dysfonctionnement mental pouvant engendrer un comportement déviant à une difficulté d'adaptation »⁸²⁶. Peut-il être déduit, après l'analyse du cerveau, une culpabilité pénale ? Une dangerosité ou un risque de récidive ? « Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment »⁸²⁷. Depuis l'agence de la bioéthique tient informé le parlement et le gouvernement de l'avancée de la recherche (connaissance et technique) et des problèmes rencontrés (information patient découverte)⁸²⁸. Il s'agit d'une question éthique⁸²⁹ que soulève l'utilisation de l'IRM quant aux droits et liberté individuelles. La question de la confidentialité et de la portée des informations utilisées n'est pas encore maîtrisée en raison du balbutiement de cette science dans le domaine de l'expertise judiciaire. La protection des données et de confidentialité restent les freins essentiels aux développements des neurosciences. Les neurosciences ont été activement utilisées pour

⁸²¹ M-C.Sodino, « Le procès pénal.. » *chron. préc.*

⁸²² Art 16-14 du C.Civ.

⁸²³ Ibid, p56.

⁸²⁴ Loi n°2011-814 du 7 juillet 2011, voir à ce sujet H.Gaumont-Prat, *D.2012* p 663.

⁸²⁵ A. Aubert et E. Coudret, « Prédicibilité du comportement : neuro-science et neuro-mythe », *AJ pénal* 2012, p 80.

⁸²⁶ Ibid.

⁸²⁷ At 16-14 du C.Civ.

⁸²⁸ Le rapport d'avril 2013, J-C Galloux et H.Gaumont-Prat, panoram droits et libertés corporels, *D.2014*, p 854

⁸²⁹ Avis du comité consultatif national d'éthique n°116 du 23 fév. 2012 sur les enjeux éthiques par les avancées technologies et les méthodes d'exploitation du cerveau.

comprendre les émotions à des fins commerciales (neuromarketing). Le risque étant de détourner les émotions du consommateur pour l'orienter vers des produits de consommation et ainsi créer une société sous l'influence de ses émotions. En matière médicale l'avancée de la recherche a pour objectif de faire le lien entre une partie de l'activité cérébrale et une sorte de pensée avec la technique de l'IRM. Ce travail est réalisé dans la science du langage et pour comprendre l'autisme⁸³⁰. Un ordinateur arrive déjà depuis quelques années à deviner des mots pensées en voyant une activité cérébrale dans une zone. Des lors que le sujet pense à un objet physique comme une chaise, un camion il y a une activité semblable dans le cerveau. Un logiciel permet de traduire cette pensée à partir de 2 choix. L'objectif est de détecter par de simples capteurs qui seront un jour portatif l'activité électromagnétique du cerveau et d'en comprendre la pensée. Le mental est mis à nu, ce qui constituera un risque certain si cette méthode n'est pas strictement encadrée au regard du respect de la vie privée. Nous entrons dans une nouvelle ère du développement des neurosciences qui si elles sont utilisées à de mauvaises fins pourraient modifier l'espèce. Cependant, comment les neurosciences sont-elles appréhendées par le droit ?

- 181.** Les neurosciences invitées dans les sciences humaines, philosophie, psychologie, marketing et éducation imprègnent aujourd'hui notre droit, neuro-droit ou neuro-loi⁸³¹. Cette science utilise des méthodes d'imagerie cérébrale ou par la prescription de traitement d'euros pharmacologiques. Les neurosciences dans le domaine juridique appellent à s'interroger sur les enjeux théoriques et éthiques⁸³². Les nouvelles modes de pensée ont-elles bouleversé les principes fondamentaux du droit. En quoi, la connaissance du cerveau humain, ses pensées, sa conscience constitue la promesse de matérialiser, par le biais de la neuroscience, la prévention de la récidive ? Aura-t-elle pour conséquence de remettre en question la notion juridique de responsabilité et de consentement libre et éclairé. Qu'en est-il de la notion de responsabilité pénale concernant la culpabilité ou l'amendement. Vérité scientifique et vérité juridique semble encore une fois s'opposer au nom des droits de l'homme et de la défense du prévenu ou de l'accusé. Les neurosciences peuvent-elles s'intégrer dans le droit pénal au nom de la prévention de la récidive, en lisant les pensées par IRM alors qu'elle prouve une vérité scientifique et non une vérité juridique s'opposant alors aux droits de l'homme et au procès équitable ?⁸³³ L'étude sur des neurosciences débute quant à ses apports à la manifestation de la vérité judiciaire et la charge de la preuve. Au même titre que l'ADN, elles constituent un indice permettant de découvrir la vérité. Les neurosciences sont aussi amenées à dévoiler objectivement la part de responsabilité du prévenu ou de l'accusé dans la commission de l'infraction⁸³⁴.

La science progresse dans la compréhension du passage à l'acte et des pulsions criminelles. L'accession au contenu mental de l'auteur présumé ou du condamné reste sensible en droit pénal en raison des dérives de prédiction à tort que cela pourrait entraîner. Autrefois déjà, la phrénologie mise en place par F.J. GALL a créé une science pour établir un lien entre la forme du crâne et la pensée criminelle. Le mythe est d'espérer localiser dans le cerveau la pensée, d'où le développement de la neuro imagerie (IRM, électro-encéphalographie) à des fins judiciaires. Jusqu'ici aucune méthode quantifiable ne

⁸³⁰ Emission de L. Serfaty, Neuromarketing : des citoyens sous influences, 22 avril 2014, sur la chaîne LCP (la chaîne parlementaire).

⁸³¹ P. Larrieu, « La réception des neurosciences par le droit », *AJ pénal* 2011, p231.

⁸³² Ibid.

⁸³³ *Minority Report*, film de science fiction réalisé par Steven Spielberg, 2002

⁸³⁴ Ibid.,

permet d'interpréter de manière criminologique les résultats. Cependant, il existe une interprétation subjective et une influence de ces méthodes sur l'issue du procès. Une étude a été réalisée auprès d'étudiants, sur la résolution d'un cas pratique relatant un homicide⁸³⁵. L'accusé avait fait l'objet d'une IRM, d'une thermographie et d'une polygraphie dont le sens prouvait la culpabilité supposée. En présence d'étude remettant en cause la fiabilité de ces expertises les trois quart des étudiants concluaient quand même à la culpabilité de l'auteur. Ceci montre bien l'impact subjectif important des neurosciences dans l'élaboration du lien de causalité entre les faits, l'intention coupable et la culpabilité. Il est possible d'imaginer quel pourrait être l'impact de preuve neurologique devant une cour d'assise même en présence de rapport d'experts contradictoire. Le fait scientifique ne doit pas être l'unique preuve à charge qui condamne. Il doit être corroboré, si possible, par d'autres éléments matériels et moraux.

182. Le détecteur de mensonge quant à lui « *est basé sur la quantification des modifications d'activité cérébrale dues à l'effort cognitif que nécessiterait le mensonge* »⁸³⁶ il est supposé « *une charge mentale élevée impliquant le mensonge.* » sauf que cette règle est générale et s'applique à un majorité de personne, dans laquelle ne figure pas celle atteinte de troubles psychologique et dont la zone du cerveau visé par l'effort cognitif ne témoigne pas d'une forte activité cérébrale. « *L'air du mensonge dans le cerveau n'existe pas* »⁸³⁷. Il existe encore de nombreux obstacles scientifiques pour prédire la récidive et la dangerosité criminelle de manière quantifiable. L'homme serait déterminé ou non à commettre un crime, et cela serait inscrit ou annoncé dans son cerveau, et non par son libre arbitre. C'est la preuve que le comportement criminel est un dilemme que la justice doit dans chaque affaire élucider, et l'utopie de la société du risque zéro n'existe pas.

3. Des méthodes controversées

183. La science expertale n'est pas définie par des principes fondamentaux. Bien au-delà de l'absence de reconnaissance de la matière, l'expertise pénale n'est pas reconnue par la communauté scientifique. Les connaissances scientifiques de l'expertise ne reposent sur aucun élément fiable. Les items d'évaluation pour établir un diagnostic sont insuffisants et les paradigmes utilisés sont subjectifs. Il concerne que des éléments cliniques et non juridiques ce qui fausse l'individualisation du jugement et de la peine. Il faut différencier le lien psychique et le lien social qui ne trouve pas de traduction comme dans les incriminations. Les symptômes comportementaux ne relèvent pas des mêmes registres juridiques. « *Le réel n'est pas la réalité psychique* »⁸³⁸. Le réel des faits rejoint-il le réel psychique ? Il existe un paradoxe dans des épistémologies, les méthodes et les sciences. « *Croire ou laisser croire, indépendamment des références épistémologiques, méthodologiques ou évaluatives que les techniques d'investigation sont objectives revient à accréditer l'idée que les sciences humaines peuvent circonscrire des facteurs criminels récidivants, délimiter des items, des chimères, discriminer les allégations fantaisistes, prévenir un comportement déviant, etc...* »⁸³⁹. Tout est une question d'interprétation pour

⁸³⁵ D.P.McCABE et A.D.Castel, M.G.Rhodes, the influence of MRI Lie Detection Evidence on Juror Decision-Making, Behavioral Science and the law, 29,566-577, 2011, in A. Aubert et E. Coudret, « Prédicibilité du comportement : neuro-science et neuro-mythe », *AJ pénal* 2012, p 80

⁸³⁶ Ibid.

⁸³⁷ Ibid.

⁸³⁸ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques et juridiques, Enjeux juridico-cliniques de l'expertise en matière pénale*, Presse universitaire Grenoble, 2008, p 163.

⁸³⁹ Ibid, p 160.

que l'expertise médico-psychologique distingue le vrai psychique du faux mental et concourir à la manifestation de la vérité juridique. Cependant la vérité clinique n'est pas la vérité juridique. La vérité d'un psychotique constate ses délires et ses hallucinations qui constituent une vérité clinique qui n'est pas la vérité juridique. « *Accorder à l'expertise médicopsychologique une valeur scientifique tient de la prétention sinon de l'imposture des sciences humaines et cliniques en matière de victimologie et de criminologie clinique* »⁸⁴⁰.

Les rapports d'experts font l'autopromotion de l'expertise, de l'utilisation de techniques défaillantes⁸⁴¹ et de l'absence d'analyse différentielle. L'absence de référentiel culturel fait de l'expertise un moyen de preuve inquisitoire. Les méthodes cliniques de l'expertise contreviennent à l'éthique et la déontologie de la profession. L'enjeu de la sécurité juridique impose un cadre minimal de l'expertise et une formation en sciences expertales. L'enjeu expertal est soumis aux variations de concepts et de méthodes au sein de l'expertise psychologique et psychiatrique qui doivent prendre en compte différentes variables dans l'évaluation de la récidive⁸⁴². Conceptuelle (facteurs déclenchant la transgression de la loi) les méthodes et techniques de diagnostic, différentiel, dans le cadre d'une injonction de soins, les questions éthiques (contextes familiaux) et culturelles par rapport à la nature des faits (grave, torture, terrorisme, trafic d'être humain). L'enjeu de l'expertise est éthique, culturel et méthodologique⁸⁴³. L'éthique se traduit ici par la criminogénèse⁸⁴⁴ et la microcriminogénèse⁸⁴⁵ dans le but de comprendre « *en quoi le criminel s'exile dans l'acte criminel pour échapper au sens possible que le processus thérapeutique lui restituera* »⁸⁴⁶. Il ne s'agit pas de comprendre le pourquoi de la déviance à travers l'histoire personnelle du délinquant ainsi que sa culture et ses liens sociaux. Les réponses sont circonstanciées rendant aléatoire l'évaluation de la dangerosité ou d'une récidive. La « *perversion de la clinique à des fins de la défense ou de l'accusation* »⁸⁴⁷ fait peser sur le juge tout le poids de la décision. La légitimité expertale équivaut-elle à la légitimité procédurale de l'expertise ? En l'absence de méthodes et de moyens crédibles la justice et la psychiatrie doivent répondre légitimement à l'impératif de punir et de soigner et pour cela d'incarcérer.

- 184.** De nombreuses études cliniques internationales sur la prédiction et la probabilité de récidive non plus des recherches scientifiques probantes⁸⁴⁸. De plus, la mouvance des critères de classement des maladies mentales et la disparité des référentiels empêchent les études comparatives scientifiques⁸⁴⁹. Il est démontré que « *les malades mentaux ne commettent pas plus de faits de violence que la population ordinaire* »⁸⁵⁰. Les programmes de traitement cognitif et comportemental structuré, semble être les seuls à

⁸⁴⁰ « *Comment peut-on justifier un champ disciplinaire duquel on parle de son référentiel épistémologique, sans méthodologie, sans techniques et sans formation ?* » Ibid., p 160.

⁸⁴¹ L'auteur critique fermement, les méthodes d'évaluation des expertises pénales et notamment l'utilisation de l'analyse d'une WAIS (Wechsler Adult intelligence Scale) l'absence d'analyse différentielle du Scatter, des Roschach, ibid., p 161.

⁸⁴² Ibid, p 56.

⁸⁴³ Ibid, p 56.

⁸⁴⁴ « *psychogénèse individuelle de causalité psychique de la criminalité* » Ibid.,p 56.

⁸⁴⁵ « *étude des mécanismes déclencheur de la criminogénèse* », Ibid., p 56.

⁸⁴⁶ Ibid, p 56.

⁸⁴⁷ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques ... op.cit.*, p 162.

⁸⁴⁸ voir à ce sujet C. Mormont 2003, C. Montandon, 1979, J. Proulx, 1999, *in ibid.*, p 58 et 59.

⁸⁴⁹ « *Les disparités des critères nosographiques de type DSM* », *Ibid*, p 59.

⁸⁵⁰ Ibid., p 59.

réduire la récidive de moitié par rapport aux autres programmes réalisés en groupe⁸⁵¹. Certaines études au contraire mettent en avant des facteurs dynamiques associés la récidive telle que la pauvreté, le style de vie, le caractère impulsif et coléreux⁸⁵². Pour comprendre le désordre psychique de l'auteur au moment du passage à l'acte, l'évaluation diagnostique est faite selon un tableau de classification clinique⁸⁵³, permettant un constat sémiologique (criminogène) mais ce tableau ne prend pas en compte les processus dynamique et économique. « *Les objectifs pronostiques et thérapeutiques sont posés en dialectique déficitaire* »⁸⁵⁴ cela signifie, que les éléments familiaux, psychologiques corroborent le crime, ce qui cause des erreurs, des biais. Il s'agit d'erreurs ou d'absences de pondération dans les analyses ainsi que les faux positifs et les faux négatifs concernant la récidive criminelle sexuelle, sont balayés dès lors qu'un seul récidiviste décrédibilise le reste des personnes non susceptible de récidiver. La récidive est toujours plurielle⁸⁵⁵. La nature du délit à des conséquences non négligeables sur la probabilité de récidive⁸⁵⁶. Cependant il est démontré que la récidive en matière sexuelle n'est pas aussi alarmiste que l'on veut nous faire croire seuls les attentats à la pudeur ou exhibition connaissent un taux de récidive de 19,6 % à la différence du viol 7,8 % et de l'inceste 2,5 %⁸⁵⁷. Le taux de récidive dans les cinq à six ans suivant la libération est d'environ 15 % que le délinquant soit traité ou non, la différence est peu significative⁸⁵⁸. Des travaux scientifiques ont même démontré des prédictions fausses à partir de méthodes et d'analyses variées (psychiatriques, psychologiques, comportementales)⁸⁵⁹. Ainsi est relativisé l'intérêt de la prédiction de la dangerosité. Il a aussi été démontré que « *le degré de dangerosité impossible à circonscrire sur le plan sémiologique, apparait de fait un critère majeur pour les magistrats* »⁸⁶⁰. La récidive criminelle met en opposition les défenseurs du soin contre ceux de la peine causant un désordre organisationnel dans notre société. D'une part la récidive est « *l'échec de nos systèmes de soins et d'incarcération* »⁸⁶¹, d'autre part, il est apporté des réponses qui ne tiennent pas compte de l'analyse multifactorielle ce qui revient à « *proposer des dépistages précoces inaptes et éthiquement douteux fussent-ils entendus par des oreilles attentives* »⁸⁶². L'enjeu de cette bataille sociopolitique est donc moral et sociétal.

Néanmoins, les études récentes montrent que la nature des délits « *peut avoir une incidence sur la probabilité de la récidive* »⁸⁶³. Cette étude est importante en matière pénale car elle inciterait à traiter différemment le récidiviste en fonction de la nature de

⁸⁵¹ V. les modèles de justices restauratives : Cercle de soutien et de responsabilité

⁸⁵² R.K. Hanson, A.J.Harris, 2000, *in ibid.*, p 63

⁸⁵³ DSM IV 1994, CIM10, DSM V, *in ibid.*, p 67.

⁸⁵⁴ A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p67.

⁸⁵⁵ V. à ce sujet les études de C.Mormont 2003 et 1998 qui précise que les individus dangereux ne présentent pas de conduites criminelles alors que d'autres dénués de facteur de risque récidive à leur sortie de prison (faux négatifs).

⁸⁵⁶ Le taux de récidive des pédophiles homosexuels est plus important (15 à 40%) que le taux de récidive des pédophiles hétérosexuel (13 à 20%) ; J. Proult, 1993, B.Mezzo et B. Gravier 2001, *in* A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p61.

⁸⁵⁷ Chiffres de l'année 2004, direction centrale de la police judiciaire, *in* A. Auret, P. Bessoles, *Interface ...op.cit.*, p 61.

⁸⁵⁸ R.K. Hanson, cité par Mormont, 2003, *in ibid.*, p 62.

⁸⁵⁹ Fausses prédictions variables de 54 à 99%, Travaux de J.A. Monahan *in* C. Montandon, 1979 et C. Mormont, 2003 *in* *Ibid.*, p88.

⁸⁶⁰ P.Bessoles, *Sciences criminelles cliniques*, MJW Fédition, 2009, p 88.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p 87.

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ Etude d'A. Kensey, *in* P.Bessoles, *Sciences criminelles cliniques...op.cit.*, p 89.

son crime ou délit. Les causes de son actes est objectivité par la nature de la condamnation justifiant telle ou tel peine. Le JAP dispose déjà d'outil d'adaptation de la peine (obligation de soin ou de travail etc.). Néanmoins, il s'agit ici d'aller au-delà de l'individualisation de la peine pour chaque individu et d'individualiser la peine selon le type d'auteur condamné à une peine type en réponse à la nature de son méfait. Les des mesures sont orientées vers l'accompagnement de groupe dans une justice restaurative qui sort du champ pénal. Les voleurs seraient intégrés dans des programmes de réhabilitation qui répondaient spécifiquement aux problématiques, sociale économique et culturel lié à cause du vol (pauvreté ou cleptomanie).

185. Les facteurs de la récidive sont multiples sous le prisme des facteurs sociaux ou de la causalité psychique criminelle⁸⁶⁴. La nature du délit à des incidences sur la récidive. Même si les taux varient de nombreuses études s'entendent sur le principe que la récidive dépend de la nature du délit primaire. Plus la période d'étude est courte plus le chiffre est grand. Si l'on s'étend sur une plus longue période la récidive est moindre. Par exemple l'étude d'A. Kensey et de P.Tournier met en avant que dans les 4 ans qui suivent la sortie de prison il est constaté un taux de récidive général de 34,3% alors qu'une autre étude⁸⁶⁵ sur 11 ans le taux de récidive des violeurs est de 2,3%, et 10% chez les exhibitionnistes. En général le taux de récidive des délinquants sexuels est de 10 à 15 %⁸⁶⁶ dans les 5 ans après leur sortie, qu'ils soient suivis ou non, le chiffre est quasiment le même. Ce qui permet de s'interroger sur l'utilité et la mise en œuvre des soins ainsi que sur l'efficacité des études et statistiques qui ne prennent pas en compte les mêmes critères d'appréciation de la récidive dans le temps. Pour d'autres auteurs, la récidive est commise pour la moitié d'entre elle la première année⁸⁶⁷. Au-delà de ces chiffres pouvant devenir des critères objectifs de prédiction de dangerosité il ne faut pas oublier qu'elle dépendant de l'histoire propre de l'individu et qu'elle augmente en fonction du passé criminel plus ou moins chargé⁸⁶⁸. Les délinquants sexuels sont plus propices à commettre des autres infractions non sexuelles⁸⁶⁹. Ce qui transcende la situation pénale de l'auteur, est sa situation sociale (chômage, classe sociale défavorisé, précarité affective, économique, médicale). Ce sont des facteurs mis en exergue par M. Mac Grath en 1991 à travers l'impulsivité (excès de colère), la situation maritale (être marié), l'alcoolisme, le jeunisme (inférieur à 40 ans). Le délinquant sexuel a cependant un risque plus élevé de récidive. Le style de vie antisocial est aussi un facteur dynamique susceptible d'évoluer avec le temps.

186. La causalité psychique criminelle est aussi un autre facteur qui peut prédire la récidive. Il s'agit ici de s'intéresser aux méthodologies et à l'efficacité des traitements ce qui divise encore une fois la communauté scientifique. R.K. Hanson, constate en 1989 la diminution de moitié de la récidive sexuel par l'application de traitement cognitivo-comportemental⁸⁷⁰. Le résultat inverse est constaté par l'étude de V.L. Quisey et A. Hanna, P.B.Malcolm en 1998 expliquant que les sujets traités ainsi récidivent plus fréquemment que les sujets non traités. Il peut être reproché à ces études de ne pas suivre la même méthodologie. Les cohortes ne sont pas choisies selon les mêmes seuils de

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p 90.

⁸⁶⁵ C. Mormont, *in Ibid.*

⁸⁶⁶ P.Bessoles, *Sciences criminelles ...op.cit.*, p89.

⁸⁶⁷ C. Burricand, *in Ibid.*

⁸⁶⁸ J. Proulx, 1993 *in Ibid.*

⁸⁶⁹ M. Cooper 1994, *in P. Bessoles* p 89.

⁸⁷⁰ *in P.Bessoles, Sciences criminelles ...op.cit.*, p90.

dangerosité. L'étude des facteurs de la récurrence peut difficilement se passer de l'approche clinique (compréhension de l'acte) mais les divergences de méthodologies, d'éthique et de technique ne rendent pas fiable l'appréciation du risque de récurrence. « *L'évaluation de l'efficacité thérapeutique des méthodologies en fonction du taux de récurrence apparaît biaisée* »⁸⁷¹. Face à cette difficulté les chercheurs « *constatent l'utilité de l'éventail des méthodologies* » et « *aucune ne peut faire l'économie d'une approche clinique favorisant une meilleure compréhension de l'acte et d'un accompagnement de longue durée sans lequel il n'est pas possible d'aborder les problématiques liées au passage à l'acte* »⁸⁷²

- 187.** Les facteurs et processus récidivants constituent « *l'approche psychodynamique fait de la récurrence une clinique du passage à l'acte par défaut d'élaboration fantasmatique* »⁸⁷³. Les prédictions cliniques sont, pour certains, trop subjectives, informelles, inefficaces et impressionnistes⁸⁷⁴. Elles manquent cruellement de critères de spécificité de choix. Elles sont marquées par l'ignorance des statistiques. Elles sont occultées de la vie des délinquants, à l'inverse des approches actuarielles fondées sur des variables objectives et spécifiques c'est à dire empiriquement validés mêmes elles sont statiques. Par exemple, le passé psychiatrique, le passé criminel, sociologique et démographique. Cette approche ne dénombre pas moins de biais du fait des cultures différentes. La variable dynamique stable est ici la déviance sexuelle. Or, en pratique, l'expertise clinique est variable tout au long du parcours judiciaire de l'incarcération au suivi post carcéral. Les représentations évoluent durant la thérapie. L'attitude face au viol, inceste n'est pas stable mais changeante, ce qui empêche de prédire la récurrence puisque « *à l'intérieur même du processus thérapeutique, ces représentations évoluent sans qu'il y est une adéquation entre la représentation d'une dangerosité et les risques de passage à l'acte. C'est souvent inversement proportionnel* »⁸⁷⁵.
- 188.** Les facteurs de risques récidivants selon la criminogénèse s'expliquent selon les trois principes propres à la matière. « *Les objectifs diagnostiques évaluent le sujet par rapport à un système de classification psychopathologique ou psychiatrique (DSM IV 1994, CIM 10)* »⁸⁷⁶. En réalité, il ne soigne que les symptômes car il ignore les facteurs dynamiques et le contexte de l'agir criminel. Il se restreint à une notion sémiologique. Ce système est très critiqué. Le but est ici de comprendre en quoi le sujet a été défaillant lors du passage à l'acte. « *Les objectifs pronostiques et thérapeutiques* » sont l'investigation de carence et de distorsion qui expliqueraient le crime (traumatisme, liens familiaux déstructurés, distorsions cognitives, sociales, psychologiques). Il existe une confusion de la scène mentale et psychique. « *L'évaluation socio-juridique est implicite dans l'évaluation clinique* » de l'expertise.

Ce sont des questions éthiques et déontologiques. Le danger de cette évaluation est son utilisation hors le champ clinique. « *L'effet pervers est sa dérive hors de son champ et sa cohérence épistémologique et son impact en termes de prononcé de peine* »⁸⁷⁷. Le clinicien est face à de multiples outils d'investigations, ce qui diminue la pertinence de son étude. Ces échelles ne permettent pas de répondre aux attentes des chercheurs

⁸⁷¹ Ibid.

⁸⁷² Ibid.

⁸⁷³ Ibid, p 91.

⁸⁷⁴ S.D Hart et al 1994, D.P. Boer 1997.

⁸⁷⁵ P. Bessoles, *Sciences criminelles cliniques...op.cit.*, p 91.

⁸⁷⁶ Ibid.

⁸⁷⁷ Ibid,p 92

(prédiction profil). Les représentations ne sont ni fidèles ni discriminantes pour autant. « *L'anticipation supposée d'une récidive criminelle ne peut se penser qu'à partir de facteurs de risque* »⁸⁷⁸. « *Ces difficultés sont indépassables du fait même que la dangerosité est une notion dynamique du psychisme. Toute prédiction en la matière, ne peut reposer sur une évaluation quantifiable sinon à relever de la seule probabilité du hasard* »⁸⁷⁹. De plus « *la propension à un acte récidivant ne peut se subsumer en terme de réponse oui ou non* »⁸⁸⁰. Jusqu'à présent, il est difficile d'étayer scientifiquement une réponse à la dangerosité encore moins de la prédire.

- 189.** Les facteurs ontogéniques de la criminalité concernent les récidivistes qui n'ont un caractère de dangerosité qu'à leur deuxième passage à l'acte. La classification de Pinatel et de Lombroso distinguait les criminels de passion ou d'occasion qui ne sont pas des récidivistes car ils ne commettent pas deux fois leur crime. La notion de dangerosité a trois fonctions. Une fonction mythique de protection, une fonction instrumentale et légitimiste du mal social dans le but de le canaliser, de le circonscrire et l'éliminer. Elle a une fonction paradigmatique qui « *récréer du lien social à partir d'une personne émissaire* »⁸⁸¹. La dangerosité est conçue selon deux degrés distincts de la récidive dans l'article 64 du CP de 1810. On comprend ainsi que la dangerosité peut être absolue ou relative. Elle n'est donc pas une notion statique. Elle est imprévisible. « *Les prodromes de dangerosité n'existent pas. Tout un chacun peut présenter de par sa violence fondamentale une telle propension* »⁸⁸².
- 190.** Prédire la récidive est donc une utopie. Il s'agit de prédire un aléa que la science ne peut établir avec certitude en l'absence de consensus sur le champ sémantique de la dangerosité qui pour l'instant est inopérant. S'appuyer sur cet aléa revient à mettre en place des politiques d'imposture. « *Le discours est rassurant et les mesures de coercition répondent à un climat d'insécurité entretenue qui ne correspond en rien avec les données épidémiologiques souvent biaisées* »⁸⁸³. Accorder à la recherche les moyens de ces investigations serait déjà le préalable d'une démarche dans la lutte contre la récidive⁸⁸⁴. La notion de dangerosité est une notion dynamique du psychisme, distincte de l'état mentale, cristallisée par une expertise et par les artifices d'une répression carcérale qui ne pourra pas empêcher la répétition de l'acte.

C. L'éternel retour de la dangerosité

- 191.** Dans les années 50, la dangerosité est de nouveau au cœur de la problématique de la récidive. Elle est corrélée à l'aliénation. Le récidiviste est présumé dangereux et incorrigible. Cependant, si l'incorrigibilité peut être prouvée par le casier judiciaire du criminel, il en est autrement concernant la preuve de sa dangerosité dont les critères font encore débat. La lutte contre la récidive peut-elle se dispenser de lutter contre la dangerosité ?

⁸⁷⁸ Ibid, p 92

⁸⁷⁹ Ibid

⁸⁸⁰ Ibid.,

⁸⁸¹ Y. Bogopolsky 1984

⁸⁸² Bessoles, p 93

⁸⁸³ Bessoles, p 94

⁸⁸⁴ Ibid.,

La relégation, peine spéciale pour les récidivistes n'a pas survécu à l'intégration des notions criminologiques de la dangerosité. Sa prise en compte dans le droit pénal est, depuis une dizaine d'année, une question importante dans les Etats européens. Comment traiter la dangerosité s'il est impossible de s'accorder sur une classification et une méthode d'évaluation certaine ? Il existe autant de définition de la dangerosité qu'il existe de domaines juridique, criminologique, scientifique, et autant de degrés de dangerosité qu'il existe de types de délinquants, criminels ou récidivistes. Comment le droit a-t-il consacré cette notion afin de déterminer la peine ? Quels sont les critères juridiques de la dangerosité ?

La relégation a, certes, éliminé pendant un temps l'incorrigible, mais elle n'a pas résolu le problème de la dangerosité. Pourtant, les récidivistes sont étudiés sous l'angle de la dangerosité. Cet instrument ayant été abrogé, l'étude de la dangerosité reste essentielle. L'éternel retour de l'homme dangereux, est l'aveu d'une impossibilité à définir juridiquement les critères de la dangerosité psychiatrique. Néanmoins, la dangerosité criminelle existe de manière subjective sans que le législateur ne l'ait définie clairement (a). Ainsi, plusieurs dangerosités criminologiques servent la construction d'une obsession créatrice d'instruments (b).

a. Une dangerosité juridique incertaine

192. La dangerosité fait communément référence à la folie. Le code pénal du 7 septembre 1791 ne traite pas de l'irresponsabilité pénale. L'article 64 du code pénal Napoléonien de 1810 qui consacre l'existence de l'état de démence dans le crime. « *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister* »⁸⁸⁵. La dangerosité est entendue ici sous le terme médical de la démence. Elle vise l'aliéné c'est à dire le fou au sens large. Le traitement médicamenteux ainsi que l'internement sont inutiles s'il n'est pas distingué les différents troubles mentaux. En effet, la définition de la démence ne se différencie pas des autres troubles tels que la manie, la mélancolie ou de l'idiotisme⁸⁸⁶. La dangerosité en revanche, est une notion beaucoup plus large qui intègre au-delà de la folie la notion de risque dont le contour est difficile à maîtriser en droit. Les caractères de la dangerosité ne sont pas clairement définis par les textes mais elle se déduit de l'internement perpétuel prévu par la relégation et de la classification des récidivistes. La dangerosité est un concept flou et complexe impossible à contenir dans un cadre juridique strict mais dans un cadre criminologique pluriel utilisé comme un outil politique.
193. L'article 1^{er} loi du 27 mai 1885 précise que « *la relégation consistera dans l'internement perpétuel* »⁸⁸⁷. La loi utilise le terme d'internement et non d'enfermement ce qui suppose une maladie. Elle introduit l'internement comme une nécessité de sauvegarde, de sécurité

⁸⁸⁵ Article 64 du code pénal de 1810.

⁸⁸⁶ « Tenter des médicaments contre l'aliénation, sans distinguer ses espèces, est-ce de contribuer au progrès de la médecine ? [...] le traitement de l'aliénation mentale dirigé sans la distinction des espèces, a été quelquefois superflu, rarement utile et souvent nuisible. A-t-on cherché à déterminer celles qui cèdent simplement au traitement moral, celles qui lui résistent, celles qui peuvent céder à l'action des médicaments ou à d'autres moyens dirigés avec habileté, celles enfin qui tiennent à des vices organiques et qui sont au-dessus des ressources de l'art et de la nature ? », P.Pinel, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*, Paris, Richard, Caille et Ravier, libraires, 1801, p249s.

⁸⁸⁷ Loi sur la relégation des récidivistes du 27 mai 1885.

publique, contre la maladie dangereuse du délinquant. La loi ne mentionne pas expressément le terme d'incorrigible ni de dangerosité caractérisant le récidiviste. Tous deux se déduisent de l'article 1^{er} qui précise que la relégation est un internement perpétuel dans une colonie dans le but d'éloigner de France les condamnés justifiés par une nécessité de sécurité publique. L'internement est un terme médical qui renvoie à l'enfermement dans un centre psychiatrique. Le condamné, dont le comportement doit être canalisé physiquement à défaut de trouver un autre remède est présumé dangereux. Son comportement asocial et incorrigible est corroboré par les multiples condamnations dans l'intervalle de 10 ans. L'état dangereux justifie une mesure d'éloignement sur les terres coloniales. La transportation agit comme un rempart de protection pour la société débarrassée de l'incorrigible. Le délinquant peut être condamné à un internement perpétuel de relégation, ce qui présume l'inutilité de sa resocialisation. Cette décision est logique puisqu'il est incorrigible de par son passé, et son statut d'incorrigible est irréversible pour son avenir. De facto, la présomption irréfragable d'incorrigibilité sous-entend la dangerosité, autre caractéristique du récidiviste. Du degré d'incorrigibilité dépend le degré de dangerosité du récidiviste.

De 1950 jusqu'à l'abolition de la peine de mort en 1981 une autre politique criminelle se développe. Les politiques sécuritaires du XXI^e siècle se sont fortement inspirées de la défense sociale nouvelle. Comment la défense sociale nouvelle a-t-elle pensé la notion de risque de dangerosité ? Plus humanistes que les positivistes, les acteurs de la défense sociale aménagent la peine⁸⁸⁸.

194. La question de la dangerosité émerge concrètement dans les années 50, dans le cadre d'une modification des politiques pénales dirigées vers une défense sociale nouvelle qui classe le récidiviste. La fatalité semble être la meilleure justification de la dangerosité. La malchance et la mauvaise éducation ont poussé l'individu à prendre le mauvais chemin. Il serait alors difficile d'en prendre un autre meilleur. Les observations sont rapides et ne reposent sur aucun critère scientifique et objectif reconnu. Cette expérimentation pénale est un échec. Dès 1958 la justification du caractère spécial des relégués explique plus l'absence de réinsertion d'une partie de la population carcérale. En 1969, ces relégués représentent 2,5 % de la population pénale⁸⁸⁹. Il est de plus en plus difficile d'élaborer une distinction entre les relégués eux-mêmes. Ils deviennent une race à part. Ils sont considérés comme des sous hommes différents du reste de l'humanité par leur handicap biologique. La classification lombrosienne est reprise à partir de 1960 dans les centres de Clermont-Ferrand et de Besançon, c'est le Neo-lombrosisme. La tentation est forte de créer une nouvelle catégorie de criminels basée sur les troubles mentaux, la permittivité et la perversité. Et plus encore on assiste à un jumelage avec la dégénérescence évoquée par Morel. En 1962 les archives du centre de Clermont-Ferrand ont conservé le rapport de l'éducateur qui explique que les récidivistes sont des dégénérés ayant « *mis au monde des dégénérés, qui ont déjà mis au monde des dégénérés et ainsi se perpétue la race.* »⁸⁹⁰. La dégénérescence est la caractéristique héréditaire d'une nouvelle race appelée récidiviste. Pierre Cannat élabore pour l'administration pénitentiaire une grille d'évaluation, des modèles de fiches qui décrivent le récidiviste⁸⁹¹. L'anomalie morphologique et les faciès dysmorphiques est de nouveau le principal critère du

⁸⁸⁸ Y. Jeanclos, La justice pénale en France, dimension historique et européenne, Dalloz, 2011, p 17 et s.

⁸⁸⁹ Rapport sur l'activité des services pénitentiaires pendant l'année 1968, RSC 1969, p 894-904.

⁸⁹⁰ Archives départementales du Puy-de-Dôme, 1124 W2 166, synthèse rédigée par l'éducateur en mai 1962, J. Danet, « L'histoire de la folie », RSC 2010 p 49.

⁸⁹¹ Ibid.

récidiviste : le prognathisme faciale, la saillie des arcades sourcilières, le front étroit et bas, le menton fuyant, les tailles anormales. Ces critères anthropométriques et le passé judiciaire des ascendants permettent l'identification de la gêne de la dangerosité. L'analyse de la personnalité selon ces critères et la méthode de triage n'auront pas de résultats concluant⁸⁹².

195. Le retour de l'homme dangereux depuis le milieu des années 2000 est le résultat au préalable d'une recrudescence de lois⁸⁹³ et de rapports⁸⁹⁴ opérant un lien entre dangerosité, récidive et trouble mentale concluant ainsi à l'existence d'une dangerosité criminologique et psychiatrique. Ainsi la loi du 12 décembre 2005 subordonne la surveillance socio-judiciaire à l'existence d'une expertise psychiatrique faisant apparaître la dangerosité du condamné et détermine si le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement. La dangerosité est appréhendée comme une maladie et donc comme un phénomène médicalement traitable. La loi de 2008 considère les récidivistes comme des personnes nécessitant un traitement psychologique ou psychiatrique justifiant la création de centres sociaux médicaux judiciaires de sûreté. Cette même loi dans le cadre de la déclaration d'irresponsabilité pour cause de troubles mentaux créait juridiquement le lien entre la récidive et la maladie mentale c'est-à-dire entre la récidive et la dangerosité. La définition de la dangerosité se déduit des textes qui applique des critères correspond aux troubles mentaux, à la morphologie du récidiviste ainsi qu'à son passé criminel. Ce sont les caractéristiques qui fondent une dangerosité non définie et qui pourtant débouche sur un traitement par l'internement.

b. Des dangerosités criminologiques

196. Les différentes dangerosités criminologiques sont étudiées sous le prisme du risque. Plus précisément c'est le risque de récidive de l'homme dangereux qui est devenu dans le langage courant un outil de propagande politique.

Quelle que soit la matière, le risque et la dangerosité sont intimement liés. Selon Michel Benezech, il existe plusieurs dangerosités⁸⁹⁵. D'une part, une dangerosité criminologique qui comporte un risque de récidive et d'autre part une dangerosité psychiatrique qui consiste à être dangereux pour soi-même et autrui en raison de l'existence d'un trouble mental. Il existe aussi une dangerosité carcérale caractérisée par un comportement violent qui ne peut se développer qu'en milieu pénitentiaire. L'absence de définition et de critères de la dangerosité seraient le propre de cette dangerosité. Il n'existe pas de « *contenu précis même si tout un chacun a une représentation spontanée* »⁸⁹⁶. La dangerosité est une « *notion séculaire et mutante devenue un opérateur de la politique criminelle et même du droit positif* »⁸⁹⁷. Elle est devenue un outil au service des différents modes de pensée. Au XIXe siècle, la dangerosité était l'argumentaire des déterministes.

⁸⁹² Ibid., p49, note 7.

⁸⁹³ La loi du 12 décembre 2005 sur le traitement de la récidive, loi du 25 février 2008 relatif à la rétention de sûreté et à l'irresponsabilité pénale.

⁸⁹⁴ Les rapports Burgelin, Santé justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive en 2005, Rapport Garraud (sur le traitement de la récidive et les échelles actuarielle en 2006), in p 50-40 note 42 ; et Rapport Lamanda (2008).

⁸⁹⁵ M. Benezech, C. de Beaurepaire, C. Kottler *Les dangerosités : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, John Libbey Eurotext, 2004.

⁸⁹⁶ A. Chauvenet, *La violence carcérale en question*, PUF 2008.

⁸⁹⁷ J. Danet, *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, Champ pénal, vol V, 2008.

Aujourd'hui, la notion du risque accessoire à la dangerosité permet de mettre en relation « *des données abstraites ou facteurs qui rendent plus ou moins probable l'avènement de comportement indésirable* »⁸⁹⁸. L'intérêt de catégoriser des individus pour insuffler des temporalités et des dynamiques pour transformer des espaces institutionnels et favoriser certaines pratiques. La modification de la terminologie et du sens donné à la dangerosité est devenu un outil pour les politiques pénales.

197. La dangerosité est couramment utilisée comme un outil politique servant à effrayer avant de devenir un outil d'évaluation psychiatrique⁸⁹⁹. Les mots : récidive, dangerosité, risque et prévention, ont-ils la même signification ou ont-ils été redéfinis et transformés par le discours politique ? Assiste-on à un « *ensorcellement des mots* »⁹⁰⁰ ? Les termes risque et prévention se sont même invités dans les maternités pour détecter chez les enfants de 2 à 3 ans des signes de vulnérabilité ou de frustration soi-disant à l'origine de la délinquance juvénile⁹⁰¹. Ces troubles du comportement seraient précurseurs d'une carrière criminelle. Des catégories d'enfants à risque ou à haut risque sont créées suite à une modification du sens linguistique du terme risque et prévention. Le but étant de faire de l'être humain « *un risque programmé, en identifiant très tôt la source de ces problèmes et en stockant les informations recueillies, repérage précoce fabrication des cibles artificielles* »⁹⁰². Le mot récidive est aussi l'objet de modification sémantique. L'actuel ministre de la Justice⁹⁰³ réforme l'arsenal de lutte contre la récidive en revenant sur les peines planchers, en repensant le concept de récidive⁹⁰⁴ et en créant une peine de probation⁹⁰⁵ devenue contrainte pénale. Dans le projet de loi le terme re-condamnation était privilégié à celui de récidive pour élargir le champ d'application du texte. Les études ne portent plus sur les facteurs de la réinsertion mais sur les facteurs de la désistance du délinquant qui abandonne la résistance à la sanction pénale. Ces changements sémantiques reflètent « *la rupture de philosophie opérée à la Chancellerie* »⁹⁰⁶.

En dépouillant les mots de toute ambiguïté, la liberté d'action et de penser sont réduites. « *La philosophie est la lutte contre l'ensorcellement de notre entendement par les moyens du langage* »⁹⁰⁷. L'utilisation de la dangerosité pour lutter contre la récidive prend la forme d'une guerre préventive basée sur le risque, ce qui déstabilise le principe de légalité. Doit-on avoir peur de l'utilisation de la dangerosité dans le procès pénal ? La dangerosité a-t-elle un rôle central dans la criminologie clinique ?

La définition, les critères de diagnostic d'efficacité prouvée de la dangerosité constituent le socle de réflexion de la criminologie. La dangerosité est le fondement, voire, la raison d'être de la criminologie. Elle se heurte à l'ensemble des matières scientifiques, médicales et juridiques. Elle brandit comme une arme cette dangerosité qui s'est retournée contre

⁸⁹⁸ R. Castel, De la dangerosité au risque, acte de la recherche en science sociale, vol 47 n°1, p 119-127, 1983

⁸⁹⁹ V. supra Evaluation de la dangerosité, échelles actuarielles.

⁹⁰⁰ D. Salas, *La justice dévoyée, critique des utopies sécuritaires*, Les arènes, 2012, p 52s.

⁹⁰¹ Rapport de J-M. Bockel sur la prévention de la délinquance juvénile remis le 3 novembre 2010 à N. Sarkozy ; Bockel remet son rapport sur la délinquance juvénile au chef de l'Etat, Lemonde.fr , 3 nov.10.

⁹⁰² D.Salas, *La justice dévoyée... op.cit.* p53.

⁹⁰³ C. Taubirat.

⁹⁰⁴ V., « Conférence de consensus, Rapport du jury du 20 fév. 2013 in E. Allain, Lutte contre la récidive : les autres propositions », *AJ pénal*, 2013, p 122.

⁹⁰⁵ J-C. Bouvier, « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal* 2013, p 132.

⁹⁰⁶ Laurence De Charette, article Le figaro, 30 janvier 2013.

⁹⁰⁷ Ludwig Wittgenstein in D.Salas, *La justice dévoyée... op.cit.* p 52.

elle-même, tant elle est difficile à maîtriser comme instrument de lutte contre la récidive. La dangerosité attise les divergences entre les scientifiques alors que s'impose dans le débat politique qui lui a conféré la légalité à défaut d'une légitimité. La loi du 25 février 2008 fait de la dangerosité le critère principal de l'application de la rétention de sûreté. Dans ces conditions, la dangerosité a-t-elle une valeur juridique ?

- 198.** La dangerosité est une notion sans valeur juridique⁹⁰⁸. Le piège tendu par la dangerosité est de croire en l'existence d'un lien causal avec l'infraction, et qu'il serait possible de prouver scientifiquement. L'objectif de la criminologie est l'étude des conditions du passage à l'acte et l'évaluation vers une probable rechute du délinquant. La recherche des facteurs de corrélation conduisant à une relation de cause à effet entre l'individu et le crime.

La notion de dangerosité est utilisée pour maîtriser une population instable de mendiants et de vagabonds. L'instrument des politiques pénales. Le contrôle social est le premier but poursuivi par l'utilisation de la dangerosité et non un moyen pour comprendre le comportement du délinquant⁹⁰⁹. La dangerosité est détournée de son premier objectif⁹¹⁰. La recherche scientifique de la dangerosité est d'autant plus discutable qu'il est sans d'objectif à atteindre. Il est seulement question de la compréhension du comportement. Le sujet est dénué de réflexion ce qui empêche le point de vue et l'existence d'un résultat probant de l'analyse. Les recherches n'ont pas pour objectif de comprendre la complexité d'un comportement mais plutôt de relever les indices pour établir la dangerosité future. Il existe une différence entre la réalité de la dangerosité et son utilité politique. Des raisons politiques maintiennent l'ignorance autour de la dangerosité. D'un outil de méthodologie pour appuyer les décisions des juges, la dangerosité est le critère de condamnation, un instrument d'élimination du récidiviste.

Existe-il un intérêt pour le juge de ne pas connaître le dossier de personnalité ni la dangerosité de l'individu avant sa prise de décision ? Le dossier de personnalité peut atteindre un niveau de complexité certain si celui-ci est réalisé avec sérieux. Sans celui-ci, le juge serait-il incapable de prendre une décision ? L'enquête de personnalité ou l'expertise psychiatrique empêche de ce fait le déni de justice. Cela empêcherait le juge de prendre la décision. Le niveau de précision de l'étude de personnalité du délinquant et les méthodes d'évaluation de la dangerosité sont au cœur de la question de la lutte contre la récidive et le poids des expertises remet en cause le déroulement du procès pénal. Les questions sont sommaires concernant l'enquête de personnalité durant la phase d'enquête l'objectif n'étant pas de se constituer des indices sur la dangerosité. Ces critères serviraient plus à déterminer un comportement habituel qu'une dangerosité psychiatrique que la défense sociale nouvelle tente d'introduire en droit.

⁹⁰⁸ La notion de dangerosité et sa mise en cause, 8ème journée internationale de criminologie, Gênes, avril 1981.

⁹⁰⁹ V., Houchon et M. Foucault, L'évolution dans la notion d'individu dangereux dans la psychiatrie légale 1981, Le dompteur face à la dangerosité. Déviances et sociétés, Vol 5 n°4 p 403-42.

⁹¹⁰ En 1978, lors de la conférence sur l'évolution de la notion d'État dangereux dans la psychiatrie légale du XIXe siècle, Michel Foucault insiste sur la notion de risque qu'il appelle «échangeur». Ce risque est issu du droit civil de la responsabilité et notamment dans le droit de la responsabilité sans faute suite à un accident. Le risque de la responsabilité est lié par une probabilité causale. La prise de risque fait peser sur son auteur une sanction qui n'a que pour fonction de défendre et de protéger la société. Le risque en droit civil est transformé dans la matière criminelle. « Le droit s'y retrouve en le rattachant à la notion nouvelle de responsabilité sans faute et la psychiatrie y trouve l'idée d'une imputabilité sans liberté. L'état dangereux, la pénibilité peuvent alors prendre leur envol », J Danet, « L'histoire de la folie », RSC 2010 p49.

Conclusion du Chapitre I

199. L'étude des fondements doctrinaux montre que la société, à travers le pouvoir du législateur, a créé la récidive et le récidiviste. Le phénomène s'est développé dans un contexte de mouvance doctrinale, politique, économique et sociale. La confrontation des deux paradigmes rétributifs et utilitaires fait ressortir la force des préjugées, autrement dit, l'absence de connaissance du récidiviste. La Défense sociale nouvelle a dépassé ce clivage doctrinal par la création de mesures de sûreté fondées sur une dangerosité psychiatrique puis criminologique. Cette dernière, mal appréhendée par le droit, supporte de nombreuses controverses quant aux nouvelles méthodes d'évaluation et de prédiction. La dangerosité devient, cependant, le critère qui justifie l'incarcération du fou et du déviant. Pourtant, le droit n'ignore pas la folie. L'irresponsabilité pénale est admise en raison d'une altération ou d'une abolition des facultés mentales lors du passage à l'acte. Cependant, cela ne suffit pas à déterminer une dangerosité future. Cette notion est large en l'absence de définition juridique, ce qui élargit son champ d'application à un nombre croissant de délinquants. L'étude de la représentation et du traitement de la récidive depuis le XIXe siècle, met en évidence deux périodes qui illustrent ce que B. Schnapper appelle une « *lutte pathétique* »⁹¹¹. La IIIe République est la première période qui met en place une grande loi d'exclusion des récidivistes. La transportation des relégués consiste à se débarrasser du criminel endurci. L'outil statistique ne fera que renforcer la légitimité de cette nouvelle mesure de défense sociale en vue de purifier la société des corrupteurs. Pourtant les mesures éliminatoires n'ont pas eu pour effet d'éliminer le récidiviste. L'humanisation des peines a ouvert une brèche au développement de ce phénomène en l'absence de moyens de réinsertion après la peine. La récidive est-elle un indicateur du bon fonctionnement du système pénal ? Est-ce une « *invention médiévale ou un symptôme de modernité ?* »⁹¹². La pratique médiévale du droit a montré que la récidive n'était pas une priorité. Elle était seulement envisagée en cas de vol⁹¹³. L'adoption de la relégation des récidivistes en 1885 marque alors un tournant dans l'histoire criminelle car elle s'oriente pour la première fois contre le récidiviste incorrigible et dangereux devenant l'unique but de la lutte contre la récidive. Il ne s'agit plus de régénérer les récidivistes mais de les éliminer par une simple peine de déportation. L'abandon des châtiments corporels, de la peine de mort puis de la perpétuité réelle, laisse un vide sententiel à combler par une peine de substitution. L'empilement des lois répressives depuis 2007, constitue la seconde période traduisant de l'obsession créatrice. Le gouvernement fait de la baisse de la récidive un enjeu électoral. En conséquence, les relations entre le gouvernement et le Parquet sont redéfinies, témoignant d'une « *préfectoralisation* »⁹¹⁴ des rapports hiérarchiques. Un phénomène de résistance et de contournement s'opère de la part des magistrats, compliquant davantage l'application des instruments et la cohérence du régime autonome des récidivistes.

⁹¹¹ B. Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, PUF, 1991, p 313-351 ; B. Schnapper, *La récidive, ...op.cit.*, p25-64.

⁹¹² V., X. Rousseaux, La récidive : invention médiévale où symptôme de modernité ? in F. Briège et M. Porret *Le criminel endurci, récidive et récidiviste du Moyen Âge au XXe siècle*, Genève, Droz, 2006, p55.

⁹¹³ Selon les théologiens, « *l'accumulation de péchés véniels constitue un péché mortel, pour les juristes l'accumulation de biens volés constituerait le criminel* », N. Gonthier, *Le châtimement du crime au Moyen Âge*, Rennes, 1998, p 27.

⁹¹⁴ J.-J. Jean, *Les politiques criminelles face à la récidive*, in J.P Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*,p 263.

CHAPITRE II :

UN REGIME PENAL AUTONOME

200. L'obsession créatrice se poursuit par la consécration juridique des présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité sur lequel s'est construit le régime pénal des récidivistes. Autrefois, le récidiviste portait les stigmates de son passé criminel : oreille coupée, amputation de la main, ablation de la langue. Il porte physiquement son identité d'incorrigible. Cet homme qui fait peur n'est pas digne de confiance. Il ne peut pas être un bon travailleur. En réalité, au bagne ou en prison, ses mutilations le rendent incapable de travailleur. A sa peine principale s'ajoutent la précarité financière et l'exclusion sociale. Dans ces conditions, il est condamné à récidiver pour survivre. Le « *punir pur* »⁹¹⁵ de la rétribution laisse peu à peu la place à une humanisation des peines qui pardonne le condamné si celui-ci est décidé à prendre la main tendue de la réinsertion. Concrètement, le récidiviste doit lutter pour faire tomber les préjugés. Les présomptions ne pourront être qu'exceptionnellement renversées s'il prouve ses capacités de réinsertion. La réhabilitation peut, elle, supplanter le marquage au fer ou le fichage qui alimentent les a priori.
201. Paradoxalement, à côté de la peur qu'il suscite, le récidiviste fascine. Au début du XXème siècle, sa ruse attire la curiosité des écrivains et sa folie celle des juristes, médecins et anthropologues. Les recherches sur les caractéristiques anatomiques de *l'huomo delinquente* ou l'homme dangereux, sont limitées par l'absence de lien objectif avec le passage à l'acte. L'existence, supposée, du gène de la dangerosité n'est pas une preuve scientifique suffisante pour déclarer l'homme dangereux. Seule, l'objectivité des condamnations antérieures, prouvent une incorrigibilité et donc une dangerosité. L'intérêt d'étudier l'histoire de l'autonomisation de la récidive est de comprendre comment les fondements juridiques de ce régime, consacrent dans les textes, les critères subjectifs et objectifs, tant respectivement, dans l'élaboration de la loi que dans l'automaticité de la peine. Depuis la libération de la France en 1945, comme en 1885 au temps de la relégation, la dangerosité est de nouveau au cœur de la lutte contre la récidive. Elle revient en force dans les milieux de la recherche psychiatrique, juridique et criminologique⁹¹⁶. Puisqu'il vient d'être démontré, précédemment, qu'elle est

⁹¹⁵ P.Poncela, *Par la peine...op.cit.*, p59.

⁹¹⁶ « Sa réhabilitation ne dissimule pourtant qu'imparfaitement les présupposés politiques ou idéologiques qui président à son usage dans la gestion pénale et pénitentiaire de la délinquance. Qu'importe ce que disent les psychiatres, la dangerosité est omniprésente. Elle peut être ressentie comme l'est la beauté, selon l'appréciation de celui qui la considère, le psychiatre qui doute affirme plutôt la dangerosité »; V.Vasseur, *La prison va changer...op.cit.*, p98.

difficilement évaluable et prédictible, la dangerosité est pourtant reconnue en droit pénal. L'incorrigibilité est consacrée par la relégation. La dangerosité quant à elle, entre dans les textes avec la rétention de sûreté en 2008, sans être ni définie ni caractérisée. Les fondements doctrinaux de la dangerosité sont donc fragiles et le régime pénal des récidivistes se construit sur des présomptions qui expliqueront la mise en œuvre complexe.

La récidive est engluée dans ses propres préjugés et dans une nébuleuse législative. La relégation, première peine complémentaire spécifique pour les récidivistes, est un échec en raison de son automaticité. Pourtant, pour la première fois cet instrument étudie et classe les récidivistes permettant ainsi d'assoir le régime. L'échec des instruments de lutte la récidive se caractérise par la consécration juridique de présomptions objectives d'incorrigibilité et des présomptions subjectives de dangerosité qui fragilisent l'autonomisation du régime pénal des récidivistes (**Section I**). La réponse pénale s'intensifie. Son champ d'application s'élargit de l'arrestation jusqu'à la réhabilitation. Le récidiviste est happé par un régime dérogatoire au droit commun. Les présomptions permettent ainsi d'élargir les instruments en aggravant les peines et en limitant les aménagements (**Section II**).

Section I. Un régime pénal de présomptions

202. L'étude et l'observation du récidiviste sont récentes dans l'histoire pénale. Aujourd'hui, l'incorrigibilité est moins au centre des réformes pénales que la dangerosité. La dangerosité *post delictum* a été consacrée par la procédure d'irresponsabilité pénale pour les auteurs dont la faculté mentale a été aliénée au moment du passage à l'acte. La dangerosité *ante delictum*, quant à elle, est prévue par la rétention de sûreté, qui encadre, en fin de peine, les condamnés dangereux⁹¹⁷. Les préjugés de la société civile, des Catholiques et des intellectuels concourent à faire porter sur les récidivistes le poids des maux de la société, en les marginalisant. Les scientifiques tentent, avec l'état de la science du XIX^e siècle, de faire rentrer ces individus dans une catégorie d'homme dangereux et incorrigible. Les présomptions sont d'origine doctrinale et scientifique (**I**). Cependant, les critères de la dangerosité ne sont pas prouvés scientifiquement ce qui oppose les courants de pensées. Néanmoins, l'incorrigibilité se fonde sur l'objectivité du casier judiciaire, ce qui suffit à consacrer l'automaticité de la peine de relégation (**II**).

I. Un condamné dangereux et incorrigible

203. La société civile perçoit le récidiviste comme un fou. Un homme difforme qui porte sur lui une débilité profonde qui le pousse à commettre les crimes les plus atroces. Il n'y a pas de raison ni de cause à son crime hormis lui-même. Rien ne semble pouvoir changer sa mentalité et sa constitution physique et génétique. Pour l'empêcher de nuire il faut l'éliminer. Pour la population du XIX^e siècle, le récidiviste est un vagabond misérable, crasseux et malade. Corrompu après avoir emprunté le chemin du crime, il est inquiétant, vicieux et sans scrupules. Il est par conséquent dangereux. A l'époque de la pasteurisation, le récidiviste est un microbe social. La perversité du criminel est innée donc inguérissable. Il est suffisamment incorrigible et dangereux pour causer un trouble à

⁹¹⁷ Elle fait actuellement l'objet d'un projet d'abrogation car elle ne correspond plus aux exigences politiques de 2013 ; Peines planchers et rétention de sûreté : Taubira confirme l'abrogation, 19 mars 2013 et « Les gouvernements précédents ont empilé les textes de loi », 22 juin 2012, Le Parisien.

l'ordre public⁹¹⁸. Pourtant, la littérature du XIXe siècle est fascinée par cet individu. L'écrivain du XXème siècle voit en cet homme l'intelligence et la ruse dans les actions qu'il entreprend, comme l'escroquerie. Il fait ressortir toute son humanité en évoquant son caractère mystérieux, audacieux et prudent, tant il déjoue les pièges de la police. Victor Hugo donne au récidiviste ses lettres de noblesse. Le plus connu de la littérature, Jean Valjean est érigé en héros⁹¹⁹. Cet homme banni est rempli de générosité et d'empathie malgré son apparence de vagabond. Il possède la faculté de se réinsérer sous une identité d'emprunt. Il franchit les barrières sociales pour prendre le chemin de la rédemption. Le génie du récidiviste est même reconnu par l'État lorsqu'en 1811, le préfet de Paris nomme entant que chef de la brigade de sûreté à Paris le multirécidiviste notoire François Vidocq⁹²⁰. Avec audace, il propose ses services d'indicateur en infiltrant les organisations criminelles pour le compte de la police. Sa maîtrise en matière d'escroquerie et de vol lui donne les moyens de révolutionner les méthodes d'investigations. Il se réhabilite en mettant son intelligence au service de la justice et non du crime. La récidive est causée pour une partie par la pauvreté sociale et morale du criminel et pour l'autre partie par son libre arbitre. L'homme est libre de choisir le chemin du crime. Ainsi, les présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité ont des origines multiples (A) avant d'être consacrées comme les critères de la circonstance aggravante (B).

A. Des présomptions aux origines multiples

204. Les origines des présomptions émanent de la société que ce soit des milieux populaires, intellectuels ou de l'Eglise ils contribuent à créer une position doctrinale qui défend une présomption d'incorrigibilité qui pèse sur le récidiviste (a). La science criminelle développe quant à elle, les critères scientifiques de l'homme dangereux (b).

a. Les fondements doctrinaux de l'incorrigibilité

205. Les fondements de l'incorrigibilité du récidiviste sont anciens et précèdent celle de la dangerosité. Platon distinguait les malades de l'âme, qu'il faut guérir par une peine médicinale dans un but préventif, et les malades incurables des pervers incorrigibles qui doivent être condamnés à une peine éliminatoire, c'est-à-dire, à la mort⁹²¹. Le pape Boniface VIII⁹²², explique que celui qui a été mauvais une fois est présumé l'être toujours. Le comportement du délinquant d'habitude, qui a de nombreuses fois été puni et qui rechute systématiquement prouve qu'il est inapte à l'amendement. Son incapacité à se repentir traduit la perversité incurable qui sommeille en lui et dont on ne peut que présumer son incorrigibilité. En conséquence une gradation progressive des peines justifie la peine de mort.

En 1559, Tiraqueau défend l'attitude sévère envers le criminel diffamé qui réitère son comportement. Il développe la présomption de dol qui pèse sur le criminel primaire et

⁹¹⁸ V. les différents faits divers de l'époque féodale à aujourd'hui ainsi que l'histoire criminelle des vagabonds, A. Bauer et C. Soullez, *Une histoire criminelle ...op.cit.*, p 31 et s.

⁹¹⁹ V. Hugo, *Les misérables*, Paris, 1862.

⁹²⁰ F. Vidocq, *Mémoires de Vidocq, chef de la police de Sûreté, jusqu'en 1827*, éd. Tenon, Paris, 1829.

⁹²¹ Platon, *La République III*, 410 a, cité par J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal ...op.cit.*, p 79.

⁹²² (1235-1303), J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal ...op.cit.*, p 137, n°68.

diffamé et qui sera repris sous le nom de récidiviste⁹²³. Le dol est en droit pénal l'« *attitude psychologique du délinquant consistant de sa part à avoir voulu commettre l'infraction* »⁹²⁴. En matière délictuelle, le dol est la faute intentionnelle consistant à causer un dommage à autrui. Il développe en détail les causes d'atténuation des peines et évoque de manière incidente les circonstances aggravantes dont la récidive. Elle est considérée comme un dol intentionnel, présumée dans le crime ce qui interdit toute forme de mitigation ou d'atténuation des peines. Le dol est présumé à travers les actes intrinsèquement mauvais, dès l'acte primaire même en cas de doute, il est évident que celui-ci se retrouve dans l'acte de récidive. L'acte non intentionnel n'étant pas encore reconnu par le droit à cette époque. Le droit Romain déduisait l'intention criminelle dans la gravité du méfait. Le droit canonique, quant à lui invoquait dans chaque péché une volonté intentionnelle. Tiraqueau se fonde sur les paroles de Dieu dans la Bible, qui ne pardonne pas aux pêcheurs qui retombent dans le péché. La rémission serait une invitation au péché car en supportant une injure ancienne on en appelle une nouvelle. Donner l'espoir au condamné d'être gracié l'encourage à continuer à pêcher. La peine attribuée à l'acte de récidive soulève la question du pardon. Issu de la morale religieuse, le pardon n'est pas inscrit dans le code pénal. En revanche, la nature et le quantum des peines sont la traduction d'une certaine forme de pardon encore difficile d'application dans nos sociétés modernes qui placent des obstacles à la réhabilitation⁹²⁵. Le pardon est cependant une sagesse d'esprit qui dépend de celui qui l'octroie après l'exécution de la peine. Le pardon contemporain est conditionné à l'effort de redressement de l'auteur, à défaut, il lui transmettrait un message d'impunité⁹²⁶. L'Évangile selon Matthieu invoquait la difficulté de pardonner la faute et que ce pardon était d'autant plus difficile à accorder selon la gravité et la répétition de cette faute⁹²⁷. Ainsi, s'il est déjà difficile de pardonner pour un premier méfait il l'est encore plus pour un deuxième voire plus. Le pardon s'efface d'avantage dans une société guidée par la vengeance.

- 206.** La récidive est une composante de l'infraction à travers l'intention dolosive, élément intellectuel qui constitue l'acte. Elle n'est plus une circonstance qui aggrave la peine après la question de la culpabilité. Avant la relégation de 1885, sous l'empire du Code pénal de 1810, la récidive n'était pas une circonstance aggravante pour tous les délits et les crimes. Elle deviendra seulement une circonstance aggravante pour certaines infractions, comme le vol. Le code pénal sanctionnait la gravité de l'acte et ne différencierait pas le primo délinquant du criminel d'habitude. A l'origine, il ne consacrait pas l'incorrigibilité du récidiviste sur le fondement de son passé criminel, mais il ciblait la dangerosité des personnes possédant des troubles mentaux⁹²⁸. Le critère subjectif de l'atrocité du crime est retenu et non le comportement dangereux et incorrigible de l'auteur récidiviste. La récidive pouvait être retenue même si des crimes antérieurs avaient été commis, mais non condamnés. Tiraqueau persiste à énoncer que le méfait est plus grave si le péché est habituel. La gravité de la peine dépend de la durée du crime. La condition du voleur ne peut s'améliorer si le vol perdure. Ce qui explique qu'en cas de récidive, la peine s'aggrave. Le mal perdure chez l'homme sans pouvoir renverser la présomption de dol qui pèse sur lui : le récidiviste est incorrigible. La gravité du crime conduit à la sévérité du châtement et non la récidive. Le caractère atroce et gravissime du

⁹²³ A. Tiraqueau et A. Laingui, *De poenis temperandis* de Tiraqueau, 1559, Paris economica, 1986, p 78 et s.

⁹²⁴ Lexique des termes juridiques, sous la direction de S. Guinchard D., Dalloz, 20^{ème} éd. 2013, p334.

⁹²⁵ V. infra La réhabilitation.

⁹²⁶ C. Gatto, *Le pardon en droit pénal*, Thèse, Nice, 2012 p6 et s.

⁹²⁷ Évangile selon Matthieu, *La Bible*, Le pardon (18, 15).

⁹²⁸ Art 64 du Code pénal de 1810

crime est relevé par l'arbitraire du juge mais aussi conditionné par la noblesse de l'auteur. Pour Tiraqueau cela est contradictoire car « *la gravité du crime est accrue par la dignité de son auteur* »⁹²⁹. Le juge se prononce ainsi à défaut de pouvoir librement classer les infractions autrement que selon les incriminations prévues par le Droit Romain : crimes légers, graves, atroces, ou énormes. En ce qui concerne les peines, l'échelle allant de la moins sévère à la plus sévère prévoit le bannissement à temps, l'amende honorable, le fouet, les galères à temps, la question sans réserve de preuve, les galères perpétuelles et la peine de mort⁹³⁰.

207. Concernant la jeunesse délinquante, la doctrine, même la plus sévère, montre une certaine forme d'indulgence avec le délinquant primaire. Il faut savoir pardonner cette jeunesse et « excuser le citoyen de fraîche date qui par ignorance, contrevient aux statuts de la cité »⁹³¹. Tiraqueau, entre autre, estime qu'il faut être indulgent face aux fautes des novices en raison de leur ignorance. Cela s'applique à des domaines précis, dans les cas où le jeune citoyen débute dans une profession ou qu'il prend pour la première fois son poste de soldat. Ils ignorent tout de leur nouvelle discipline. Les mineurs qui peuvent s'amender de leur faute méritent aussi le pardon. La faiblesse de l'esprit n'excusant pas toutes les conduites, certains mineurs pourront être sévèrement punis. La jeunesse doit acquérir les vertus qui les protégeront dans leur vie. Toutefois, il n'est pas prévu que la récidive pour des faits commis antérieurement à leur majorité soit invocable. L'incorrigibilité est limitée par l'absence de passé délictuel. Seul le critère de la gravité compte dans la condamnation. Les peines rétributives ne laissent aucune seconde chance au criminel, même mineur. Tiraqueau admet cependant une autre atténuation de peine pour celui qui se repent. Il prévoit alors une sorte de mise à l'épreuve qui permet d'abolir la faute par le temps. « *Ainsi une vie menée dans le droit chemin et absolument étrangère aux crimes montre assez, et de manière évidente, que la première infraction n'est pas le résultat d'une perversité d'esprit obstinée et invétérée* »⁹³². Si l'individu mène une vie convenable et honnête depuis un certain temps, il faut considérer qu'il s'est suffisamment amendé. Trois années d'épreuves suffiront à expier leurs fautes pour accroître leur vertu.
208. La doctrine et l'Eglise prônent la sévérité des actes dolosifs qui ne peuvent se dissocier de la récidive, elle-même composante de l'infraction. La récidive n'est pas une notion autonome relevée indépendamment de toute autre infraction. Elle n'a pas d'élément constitutif et ne fait pas l'objet d'une peine spécifique pour punir et prévenir la récidive. La gravité dépendant de l'atrocité de l'acte, que l'auteur soit primo délinquant ou récidiviste. Le repentir et la jeunesse dans certains cas limitent ainsi la portée définitive de l'incorrigibilité. La criminologie⁹³³ en 1878, considère la première que les récidivistes forment une catégorie différente de la délinquance ordinaire. Témibilité et périculosité deviennent les termes associés au récidiviste. Ils sont employés par les sciences criminelles pour illustrer la dangerosité intrinsèque des récidivistes.

⁹²⁹ A. Tiraqueau et A. Laingui, *De poenis temperandis ...op.cit.*, p178.

⁹³⁰ Ibid., p 176.

⁹³¹ Ibid., p 79.

⁹³² Ibid., p 311.

⁹³³ La criminologie est ici utilisée dans un sens large « Etude scientifique du phénomène criminel dans ses trois composantes : la norme pénale, le crime, la réaction sociale », S.Guinchard., *Lexique ...op.cit.*, p275.

b. Les justifications scientifiques

209. Dans un contexte de durcissement sécuritaire sous le Second Empire⁹³⁴, la matière médicale a tenté de définir la dangerosité scientifique dont la traduction juridique pose encore des difficultés. La perception d'incorrigible du récidiviste est devenue une présomption légale, grâce au casier judiciaire. Il permet de dissocier plusieurs catégories de délinquants. Dans un contexte d'indulgence pénal à l'encontre des récidivistes⁹³⁵ les idées de l'Ecole positiviste italienne prennent essor jusqu'à la première guerre mondiale. Les positivistes découvrent que des critères biologiques renforcent les préjugés sur l'homme dangereux. Désormais, ils portent sur eux le crime social. L'incorrigible est-il pour autant dangereux ? L'homme dangereux est-il automatiquement un récidiviste ? Quels sont les critères des présomptions reconnues par le droit pour traiter le récidiviste comme un être dangereux qu'il faut enfermer ou éloigner ?

La notion de dangerosité se substitue peu à peu à l'incorrigibilité en raison de sa potentialité accrue à faire récidiver l'homme et l'existence d'un critère plus large (1). La découverte de l'homme dangereux servira à la classification des récidivistes selon leur degré d'incorrigible et de dangerosité (2).

1. L'apparition de la notion de dangerosité

210. Le terme dangerosité est inventé par Garofalo en 1878 comme étant « *la perversité constante et agissante du délinquant et la quantité de mal qu'on peut redouter de sa part en sa capacité criminelle, d'où les termes parallèles, périculosité, redoutabilité, état dangereux* »⁹³⁶. Le caractère d'imprévisibilité est conféré au délinquant lors de son passage à l'acte. Le crime et la folie sont assimilés. Le criminel dangereux est dénué d'antipathie. Garofalo, un héritier de l'anthropologie criminelle et du déterminisme biologique de Lombroso⁹³⁷ ajoute le déterminisme social qui signifie que le libre arbitre est confronté à la société à son tour responsable.

Le Second Empire est caractérisé par un virage sécuritaire et contribue à l'élaboration de travaux sur les aliénés ainsi que le développement de la médecine légale. Selon, Lombroso « *l'acte volontaire est l'effet nécessaire de la réaction de caractères donnés dans des circonstances données* »⁹³⁸. Dans le code pénal de 1810, l'article 64 base la responsabilité pénale sur le libre arbitre différenciant la population irresponsable pour cause de trouble mental et la population responsable. Il s'agit d'une « *fiction anthropologique qui consacre le mythe de l'homme rationnel et raisonnable libre de se définir* »⁹³⁹. La dangerosité est alors conçue comme ayant une origine organique, c'est-à-dire biologique, ou avatique c'est-à-dire sociale. Les irresponsables auteurs d'infractions

⁹³⁴ Le second Empire (1852-1870).

⁹³⁵ Contexte d'indulgence des magistrats qui appliquent aux récidivistes des courtes peines. Par exemple, les peines de relégation se réduisent puisque le critère d'application de trois ans de prison est rarement prononcé par le juge. Entre 1880 et 1897 la récidive augmente mais elle amorcera une descente entre 1892 et 1897.

⁹³⁶ M. Kaluszynski, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexion sur la notion de dangerosité et ses usages », Champ pénal volV, oct. 2008 p 46.

⁹³⁷ Professeur de médecine légale à Turin en 1876.

⁹³⁸ C. Portais., *Sous l'emprise de la folie. La restriction du champ de l'irresponsabilité psychiatrique en France (1950-2007)*, Paris, Ecole des hautes études en sciences sociales, 2001, p74.

⁹³⁹ Ibid, p74.

sont sujets à l'hospitalisation civile. En l'absence de sanction pénale ils peuvent aussi être hospitalisés d'office dans un hôpital psychiatrique s'ils représentent un trouble à l'ordre public. Dans ce contexte, les positivistes infiltrèrent la matière pénale pour tenter de répondre à la question suivante : Faut-il juger la dangerosité de l'auteur ou la gravité de son acte ? Les Positivistes veulent substituer à la peine des mesures de défense sociale basées sur la dangerosité. Ce sont des mesures administratives, non plus fondées sur une responsabilité pénale, mais sur une responsabilité sociale du criminel. Les connaissances scientifiques s'imposent donc dans le système pénal, opposant le principe de responsabilité pénale au principe de la dangerosité criminelle. Dans le premier cas, la responsabilité pénale déclarée du criminel, impose la condamnation à une peine pour son acte alors que, dans le second cas, il faut déterminer le degré de nuisance sociale pour adapter un traitement. Les positivistes italiens contribuent au développement d'une défense sociale qui éradique la nature criminelle de l'homme.

2. La classification de l'homme dangereux

211. La classification de l'homme dangereux est étudiée, dans un premier temps par la biologie et l'anthropologie. L'incorrigibilité se détermine à partir du XIX^{ème} siècle selon des critères cliniques mis en place par les sciences médicales et psychologiques. A la fin du XIX^e siècle les préjugés évolueront de manière significative puisqu'ils seront basés sur des études sérieuses de physiognomonies, de biologie et d'anthropologie par les pionniers de la criminologie (Lacassagne, Gall, Garofalo et Lombroso). Leurs certitudes semblaient avérées au regard de l'état de la science. Pourtant, de nombreuses voix se sont élevées contre ce mode de pensée. Elles sont démenties à la Conférence de Saint-Pétersbourg qui marque un tournant dans l'appréhension du récidiviste en refusant de le considérer comme un incorrigible mais seulement comme un rebelle à l'action pénitentiaire⁹⁴⁰. L'école positiviste, à travers plusieurs axes de réflexion, a tenté de démontrer l'existence de stigmates physiques visibles, extériorisant le mal intérieur du récidiviste et permettant de l'identifier et de prévenir objectivement la récidive.
212. En 1840, Ferrus, un médecin des prisons, classe les détenus selon leur caractère physiologique et psychologique notamment les habitués des prisons⁹⁴¹. Il distingue les détenus dont les capacités intellectuelles supérieures à la moyenne sont mises au service du mal. Il s'agit souvent d'un trait de caractère héréditaire qui les délaisse de la moralité. Il les considère comme des joueurs malheureux, victimes de leur incorrigibilité. Une seconde catégorie de criminel habitué au vagabondage et aux mauvaises fréquentations ne sont pas forcément classés incorrigibles. La troisième catégorie de récidivistes se compose d'individus sans énergie et sans volonté dont la faiblesse est incurable. Cette classification distingue trois typologies de détenus dont le degré de dangerosité laisse présumer leur capacité à se redresser socialement et même physiquement.
213. En 1857, la classification comportementale du Docteur Lepelletier⁹⁴² attribue à certains comportements délictueux un vice spécifique. Il définit huit types pénitentiaires caractérisés par des traits distinctifs et visibles. La typologie met en évidence

⁹⁴⁰ M-S. Dupont-Bouchat, « Incorrigibles ou incorrigés ? Récidive et délinquance juvénile (1878-1912) », in J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes, représentation ...op.cit.*, p106.

⁹⁴¹ G.Bessiere, *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, Thèse, Paris, 1898, p39.

⁹⁴² M. Renneville, *Le criminel né : imposture ou réalité ?*, Archives d'anthropologie criminelle, Criminocorpus, revue hypermédia, <http://criminocorpus.revue.org/127>.

« l'animalisation du comportement et des traits physiques, l'identification du caractère à l'acte réprouvé, la projection du jugement moral sur la physionomie et l'importance du regard »⁹⁴³. Le criminel est un homme primitif. Le vagabond est un homme qui possède une « physionomie souvent malicieuse, fine et même assez intelligente, mais presque toujours, à la fois, sardonique, fausse, licencieuse, le vagabond est commun, familier, cynique dans ses manières »⁹⁴⁴. Le voleur est facile à reconnaître par son regard furtif, inquisiteur, pénétrant, il semble toujours occupé du besoin de prendre connaissance des lieux, des choses, des hommes pour mieux accomplir son acte.

La nature et les caractéristiques de l'infraction transmettent l'ensemble de ses vices à l'auteur qui ne peut plus s'en défaire. Voleur un jour, voleur toujours. Selon Lepelletier, l'intérêt n'est pas de créer des types de criminels mais plutôt des types d'offenses que la sanction pénale doit effacer pour y substituer la vertu manquante. Il souhaite dépénaliser « une foule de crimes imaginaires qui grossissent les recueils de nos lois »⁹⁴⁵. Par exemple, le vagabond aura forcément le vice de l'insouciance que la sanction devra remplacer par la vertu de la prévoyance. De même chez l'escroc, l'astuce constitue le vice au détriment de la bonne foi. Le voleur aura le défaut de la convoitise et non de l'équité. Le meurtrier sera un homme cruel à défaut d'être humaniste. Cette typologie pénitentiaire qualifie le comportement du délinquant mais ne constitue en rien un critère juridique permettant d'établir des présomptions d'incorrigibilité voire des critères de condamnation. En effet, la convoitise, vice du voleur, peut-être un défaut propre à la majorité d'une population spécialement en temps de guerre. Elle n'est qu'un sentiment et non une intention d'agir qui se manifesterait par l'acte matériel de la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Néanmoins, certains actes malfaisants peuvent être causés par une maladie telle que la kleptomanie qui pousse l'individu à voler.

- 214.** Certains préjugés ont aussi la vie dure surtout lorsqu'ils sont corroborés par des justifications biologiques. Par exemple, l'empoisonneur est présumé être une femme. L'empoisonneur, aurait le visage efféminé, prévenant, un œil caressant et faux comme celui du serpent qui veut assassiner sa proie. En générale, la criminalité est le fait des hommes. Elle échapperait à la femme, exceptée pour le crime d'empoisonnement. L'auteur est présumé être une empoisonneuse, ce que corroborent les faits divers du XIXe siècle⁹⁴⁶. La généralisation des présomptions en droit pénale ne touche pas que le récidiviste. L'empoisonnement est un crime grave. La femme peut-elle être aussi un Homme dangereux ? Les femmes n'ont pas historiquement la réputation d'être des criminelles ou des récidivistes. Cependant, en est-il toujours ainsi depuis qu'elles mènent le combat pour l'égalité des sexes, dont certaines, s'approprient des comportements d'hommes ? Les femmes peuvent aussi faire couler le sang au même titre que les hommes qui n'ont pas « le monopole de l'horreur »⁹⁴⁷. La femme préfère le poison à l'arme qui fait couler le sang. Sa constitution physique l'empêche de manipuler les cadavres trop lourds. Dans la mémoire commune l'image de la femme criminelle correspond à un certain *modus operandi* en raison de sa constitution biologique.

⁹⁴³ G.Bessiere, *La loi pénale ...op.cit.*, p 39.

⁹⁴⁴ Ibid., p 39.

⁹⁴⁵ in J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal ...op.cit.*, p 416, n° 223

⁹⁴⁶ Les affaires des empoisonneuses, dont la célèbre affaire de Violette Nozière en 1933 qui a tenté d'empoisonner ses deux parents, tuant ainsi son père; *Le crime 1912 2012, la brigade criminelle à travers 10 affaires mythiques*, Le point, hors-série, Juil. Aout 2012, p 24.

⁹⁴⁷ S.Haddad, *Les femmes tuent aussi*, city édition 2011, p7.

Depuis l'Antiquité, les femmes ont la réputation de posséder des pouvoirs surnaturels de sorcellerie⁹⁴⁸. La première empoisonneuse de l'histoire, au premier siècle après Jésus-Christ, est Locuste qui à la demande d'Agrippine empoisonne le mari de cette dernière afin que son fils Néron accède au trône. Reconnue coupable, elle est condamnée à mort sans connaître le nombre exacte de ses victimes⁹⁴⁹.

Le Moyen Âge n'est pas que le siècle de la torture et de la cruauté mais bien au contraire puisqu'il est appelé le siècle des poisons⁹⁵⁰. Ce crime raffiné sévit à l'époque des grandes tablées et de la « *consensualité du banquet et de la sociabilité du boire* »⁹⁵¹. Cette mort foudroyante ne laisse pas le temps à la victime de faire vœux de pénitence et l'auteur reste introuvable au temps où la police scientifique n'existait pas⁹⁵². L'empoisonnement est aussi une arme toxique, « *un instrument politique et idéologique permettant d'éliminer l'adversaire* »⁹⁵³. Parce qu'elle est une méthode hypocrite, elle est dédiée aux femmes. « *La prétendue prédominance d'empoisonneuses à l'imbécillitas sexus, jugée incompatible avec l'usage de la force, voire à la psychologie féminine tenue pour retorse, perfide et sensible, dans le droit fil d'une misogynie plus le primaire est quasi universel* »⁹⁵⁴. Ce rapport étroit entre la femme et le poison remonte à la genèse où Eve croque la pomme de l'arbre de la connaissance et assimile le venin du serpent qui répand le poison et le fléau sur la terre entière. La femme est la coupable idéale des maux du monde et de ce fait coupable des décès énigmatiques⁹⁵⁵. L'empoisonneuse est enfermée dans le *modus operandi* propre à son histoire culturelle et religieuse. Pendant le Moyen Âge l'ennemi public numéro un n'est pas le récidiviste mais l'empoisonneur ou plutôt l'empoisonneuse. La lutte contre cet ennemi commun crée une régulation sociale et resserre les liens de la population.

L'éducation des femmes et leur capacité à la socialisation les conduirait à maîtriser leur agressivité et canaliser leur frustration par rapport à celle des hommes⁹⁵⁶. Leur hormone neutraliserait leur passage à l'acte « *le cycle menstruel endosserait un rôle prépondérant dans la démarche criminelle* »⁹⁵⁷. La testostérone chez l'homme provoque au contraire des pulsions de passage à l'acte de l'homme violent ou agresseur sexuel⁹⁵⁸. Les femmes ont des prédispositions biologiques ne pas être des criminels à l'inverse des hommes en proie à la compétition et à la violence. Néanmoins, la violence des femmes existe dans la

⁹⁴⁸ Les satires de Horace, 1^{er} siècle av Jésus-Christ et la Pharsale du poète Lucain, 1^{er} siècle av Jésus-Christ, in G. Bessière, La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles, Thèse, Paris, 1898, p 47.

⁹⁴⁹ Agrippine est condamnée à mort en public après avoir été violée par un animal dompté à cette fin, p48.

⁹⁵⁰ F. Collard, *Le crime de poison au Moyen Âge*, PUF, 2003, p3. V. aussi le roman *Le nom de la rose (Il nome della rosa)* d'Umberto Eco 1980, LGF 1990 traduit par Jean-Noël Schifano.

⁹⁵¹ F. Collard, *Le crime ...op.cit.*, p8.

⁹⁵² Sous le Moyen Âge l'empoisonnement s'apparente au *toxication*. L'empoisonnement est complexe écartelé sous différentes formes qui distinguent les préparateurs et utilisateurs (*vene fici*) des substances toxiques et de l'empoisonnement (*extinguere veneno*) (Art. 5 de la Lex Cornelia en 385). Et d'un autre côté il y a l'administrateur de substances dangereuses détournées de la destination thérapeutique du produit (*le veneficium*). Il est assimilé à de la magie, à de la sorcellerie et non à un empoisonnement (incrimination autonome). C'est vers la fin du Moyen Âge que le péché de poison est classifié comme un homicide en plus d'être un acte de sorcellerie, *ibid.*, p 25.

⁹⁵³ *Ibid.*, p 283.

⁹⁵⁴ F. Collard, *Le crime ...op.cit.* p3, p 111 et 112 note 1.

⁹⁵⁵ Une femme serait à l'origine du décès du duc d'Orléans par exemple, V. à ce sujet : B. Guenee, *un meurtre, une société, l'assassinat du duc d'Orléans*, 23 novembre 1407, Paris, Gallimard, 1992.

⁹⁵⁶ Ruben de Lucas in C. Campa, *Histoire du crime au féminin*, Studyrama, 2010 p 16.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p 16.

⁹⁵⁸ V supra la délinquance sexuelle et les traitements chimiques.

maltraitance, l'abandon des enfants, la violence conjugale (agressivité, instabilité). Elles peuvent être des mères infanticides (déli de grossesse), commettre des abus sexuels. Le visage de femme tueuse consiste en six catégories⁹⁵⁹ : les veuves noires qui tuent mari et amant pour l'appât du gain, les femmes jalouses obsessionnelles qui tuent par vengeance, les psychotiques (hallucinations schizophrénie), les faiseuses d'anges qui pratiquent l'avortement illégal ou les mères infanticide, les femmes vénales qui déshumanisent leur victime et les tuent pour s'enrichir. Les mères infanticides ou déli de grossesse⁹⁶⁰ et pédophiles sont les plus durement jugées par la société car elles brisent la figure maternelle et la chaîne de l'humanité.

Les femmes aussi peuvent ressentir des pulsions meurtrières violentes et sanglantes et ne sont pas uniquement présumées être des empoisonneuses⁹⁶¹. Les parcours chaotiques de ces femmes peuvent aussi les conduire à ressentir les pulsions assassines sanglantes autres que l'empoisonnement. La faiblesse et la douleur légendaire des femmes est un préjugé qui peut tomber et rendre l'homme et la femme égaux, même dans le crime⁹⁶² et la récidive.

- 215.** Pour dépasser les préjugés, les stigmates morphologiques sont au cœur des études scientifiques du Docteur Morel⁹⁶³, puis de Lombroso⁹⁶⁴. Elles dépassent le stade des défauts de comportement du criminel pour s'intéresser à la déviance et à la dégénérescence de l'individu. Le champ de l'étude intègre, en plus des critères d'ordre physique et moral, le critère intellectuel. En 1864, Morel met en exergue l'idée que les personnes dégénérées sont frappées de troubles intellectuels constituant une catégorie à part d'individus. Il conclut radicalement qu'il appartient à une race à part dans l'espèce humaine. Cette analyse est corroborée par des vices physiques tels que des difformités squelettiques. En 1885, le Docteur Lacassagne⁹⁶⁵ tente de prouver que le vice moral à l'origine de la mauvaise conduite, a pour conséquence de créer une laideur, voire, des anomalies physiques. Ces stigmates seraient visibles notamment sur le visage du criminel. Marro⁹⁶⁶, médecin à Turin, publie en 1887, les caractères des criminels. Il part du postulat que les faits de l'homme sont la conséquence de causes externes contre lesquelles il est difficile d'agir tant leurs effets peuvent être grands sur le comportement humain. L'individu agit de manière différente selon sa personnalité et son caractère propre. Jusque-là les études organisées n'aboutissent pas à la création de catégories de criminels ce qui ne permet pas encore de prouver scientifiquement la dangerosité et l'incorrigibilité. Le comportement délictuel est déterminé, d'une part, suivant des facteurs endogènes héréditaires, aujourd'hui appelés génétiques, mais aussi déterminé par la constitution physique et psychique du criminel. D'autre part, son comportement est déterminé par des

⁹⁵⁹ C. Campa, *Histoire du crime au féminin*, Studyrama, 2010, p 137 et s.

⁹⁶⁰ Ces mères infanticides considèrent qu'un bébé ne dépassant pas une journée de vie n'est pas un être humain mais une chose sur qui elle a un droit de vie ou de mort. L'âge de l'enfant avant ou après un an préfigure les raisons de cet infanticide conditionné à l'État psychologique de la mère. Les raisons de l'infanticide de la maltraitance varient en fonction de la vie de la mère.

⁹⁶¹ Exemple d'Elisabeth Bathory, la comtesse qui inspira le film Dracula, dites la comtesse sanglante en 1575 ; V. Aileen Wuornos en 1989, Hélène Jegado, Les sœurs Papin condamnées en 1933, Violette Nozière, Marie Besnard in C.Campa, *Histoire du crime ...op.cit.*, p 137, 155, 179,219, et s.

⁹⁶² Ibid., p 236.

⁹⁶³ M. Renneville, « Le criminel né : imposture ou réalité ? », Archives d'anthropologie criminelle, Criminocorpus, revue hypermédia, <http://criminocorpus.revue.org/127>.

⁹⁶⁴ Lombroso, L'homme criminel, 1876, in J.M. Carbasse, *Histoire du droit ...op.cit.* p448, n°245.

⁹⁶⁵ M. Renneville, « Le criminel né : imposture ou réalité ?... » *chron.préc.*

⁹⁶⁶ Ibid.

facteurs exogènes, autrement dit extérieurs, tel que le milieu social, familial ou géographique. Les causes du comportement criminel sont aux frontières de plusieurs disciplines : sociologie, médecine, physionomie, anthropologie. Sur la question de la dangerosité, ces matières scientifiques auront pour objectif de classer et de catégoriser les comportements dans le but de prévenir les conduites à risques par des instruments spécifiques.

- 216.** Les avancées médicales et scientifiques veulent se mettre au service de la justice et du droit pénal. Pour ce faire, le corps, la morphologie et le squelette sont étudiés à la mort du criminel. Son cerveau fait aussi l'objet d'une analyse biologique. L'objectif est de trouver les caractéristiques physiques en lien avec le mal qui le ronge.

Parmi tous ces axes d'études, Lombroso, Professeur de médecine légale à Turin élabore en 1876 une étude anthropologique de l'homme criminel, qui essuiera de nombreuses critiques⁹⁶⁷. Il considère l'homme criminel comme un être anormal et atavique qui commet des actes par nécessité biologique. Il est reconnaissable par son allure primitive ainsi que par son manque d'éducation, sa façon de parler qui trahiront ses origines sociales modestes. Physiquement, il a une forte mâchoire et des arcades sourcilières proéminentes, il est psychologiquement fort et robuste puisque insensible à la douleur. Pour aboutir à ces conclusions il réalise diverses expérimentations scientifiques sur des squelettes humains et n'hésite pas à présenter des crânes de criminels pour appuyer sa théorie lors d'une série de Congrès périodiques d'anthropologie et de sociologie criminelle⁹⁶⁸.

Lombroso détermine des catégories de criminels. Le criminel-né, dont la constitution physique et psychique le conduit nécessairement sur le chemin du crime, le criminel d'occasion, l'aliéné, le criminel passionnel sans oublier le criminel d'habitude. Ce dernier est le récidiviste qui réitère de manière naturelle et irrésistible ses méfaits. Chaque type de criminel présente des stigmates physiques caractéristiques de leur comportement qui en conséquence doit être traité en adaptant les sanctions pénales à leur spécificité. Dans tous les cas, la société doit se protéger et se défendre face à la menace de ces criminels. Pour pallier à ce danger social, il faut les éliminer de manière radicale. Ainsi, les récidivistes seront bannis de la société.

En 1922, J.F Gall⁹⁶⁹, médecin, dépasse les études de Lombroso avec la phrénologie. Il découvre chez les récidivistes la bosse de la violence. Il présume que les récidivistes ne peuvent plus être ni corrigés ni éduqués. Il les considère comme des bêtes féroces qu'il faut tuer pour protéger l'humanité⁹⁷⁰. Gall devance la simple étude de la physionomie en s'intéressant corrélativement à la biologie et à l'anthropologie. Il s'agit de la phrénologie aux sciences des crânes. Il démontre le premier qu'il existe dans les actes du délinquant une relation avec son organisation cérébrale. Il s'intéresse notamment aux criminels sanglants qui auraient un instinct primaire et carnassier particulièrement développé. Son influence scientifique sera grande chez les grands noms de la recherche criminologique⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p 43 et s.

⁹⁶⁸ Congrès périodiques d'anthropologie et de sociologie criminelle, tenus à Rome du 17 au 23 novembre 1880, à Paris du 10 au 17 août 1889, à Bruxelles du 7 au 13 août 1892, à Genève du 24 au 28 août 1896.

⁹⁶⁹ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op. cit.*, p 44.

⁹⁷⁰ V. J-F. Gall, Sur les fonctions du cerveau et sur les fonctions de chacune de ses parties, Paris, Boucher, 1922 p183 et s.

⁹⁷¹ J-P. Allinne, *Les récidivistes...op cit.*, p 44.

217. Les études sur les criminels, récidivistes, anomaux et aliénés, dévoilent le critère infallible de dangerosité. Ces êtres sont présumés dangereux en raison d'une biologie, d'un physique ou d'une nature de crime qui les associe définitivement sans aucun moyen de défense pour renverser cette présomption. Ils sont irrémédiablement condamnés à l'exclusion sociale. Cependant, la dangerosité est un concept tellement fort à la fin du XIX^{ème} siècle qu'il devient la caractéristique principale du récidiviste et englobe même la notion d'incorrigibilité. Parce qu'il récidive, le condamné est un être anormal qui ne comprend pas les règles de la société, il est forcément dangereux dont incorrigible. Ils ont la maladie innée du crime et sont de ce fait incorrigibles. Le commissaire du gouvernement, lors de l'Assemblée des Députés du 1^{er} mai 1883, qualifiera les récidivistes de malades incurables et de sauvages⁹⁷².

Parallèlement la première classification des maladies psychiatriques est réalisée en 1896 par E. Kraepelin. Il différencie la démence précoce appelée plus tard schizophrénie de la psychose maniaco-dépressive. L'organisation mondiale de la santé reprend en 1948 une première classification qui sera révisée à de nombreuses reprises jusqu'en 1992 pour aboutir à une classification internationale des maladies (CIM 10) ou *International Classification of Diseases* (ICD) actuellement en révision pour 2017⁹⁷³. Cette nomenclature propose des critères de diagnostic répertoriés par l'échange de données et d'opinions internationales. Parallèlement, une classification américaine de la psychiatrie est réalisée en 1952 le DSM I (*Diagnostic and Statistical Manual* - Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux) élaboré par l'American Psychiatric Association. En 2013, est publié le DSM V qui actualise la conception de la psychiatrie américaine consistant en une analyse dimensionnelle et catégorielle. Le DSM V regroupe cinq axes de diagnostic. Le trouble clinique psychiatrique (axe 1), le trouble de personnalité et le retard mental (axe 2), les affections médicales générales avec ou sans troubles psychiatriques (axe 3), les problèmes psychosociaux et d'environnement facteurs de stress (axe 4) puis l'évaluation globale du fonctionnement qui s'effectue sur les plans psychologiques, social et professionnel (axe 5). Cette classification réalisée sur le même modèle que la CIM, n'a que quelques divergences avec la classification de l'OMS. Ces divergences peuvent être de taille dans la pratique. De plus le DSM V s'émancipe et tend de plus en plus à supplanter l'OSM notamment dans la base des recherches en psychiatrie. Alors que la CIM favorise l'approche catégorielle, le DSM favorise aussi l'approche dimensionnelle. Ceci expliquant l'approche actuarielle anglo-saxonne de la prévention de la récidive qui prend en compte les éléments extérieurs pour établir un diagnostic de dangerosité.

B. Des présomptions consacrées

218. L'autonomisation du régime des récidivistes se caractérise par l'automaticité des peines plus sévères. Elle applique les circonstances aggravantes qui sont des « *événements ou qualités limitativement énumérés par la loi et dont la constatation entraîne l'application d'une peine plus lourde que celle normalement applicable* »⁹⁷⁴. Quels sont les critères subjectifs et objectifs qui justifient l'aggravation de la peine du récidiviste ? Une

⁹⁷² Herbet, Chambre des Députés, Journal Officiel, 1883, t1, 1^{er} mai 1883, p 811.

⁹⁷³ <http://www.who.int/classifications/icd/en/>

⁹⁷⁴ S.Guinchard, *Lexique ...op.cit.*

corrélation s'opère donc entre le passé criminel et l'automatisme de la réponse pénale actuelle. Grâce au principe de la présomption de dol, l'incorrigibilité du récidiviste est consacrée (a) dans le but de créer les fondations d'un régime d'exclusion sur la technique de l'aggravation de la peine (b).

a. Une incorrigibilité et une dangerosité consacrées

219. Des présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité sont élaborées et consacré en droit pénal à partir de la notion juridique du dol. Il aggrave la peine du récidiviste. La technique juridique de la présomption de dol permet de juger incorrigible et dangereux un homme pour l'avenir par le simple fait qu'il a récidivé. Ces présomptions se déduisent de la preuve objective du passé criminel, lorsque celui-ci est traçable. Le régime de la récidive est encore aujourd'hui fondé sur cette technique juridique pour appliquer une procédure pénale dérogatoire plus rapide, plus sévère et moins respectueuse des droits de la défense comme la comparution immédiate. La présomption de dol issue de la religion définie par Tiraqueau est reprise par Menochio⁹⁷⁵.

Au XVI^{ème} siècle, Menochio, distingue les présomptions *juris et de jure* qui excluent l'admission de la preuve contraire avec les présomptions simples, *sed juris tantum*, qui n'excluent pas la preuve contraire⁹⁷⁶. La présomption est un « *mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé. La présomption est dite de l'homme ou du juge lorsque le magistrat tient lui-même et en toute liberté ce raisonnement par induction, pour un cas particulier ; elle n'est admise que lorsque la preuve par témoin est autorisée* »⁹⁷⁷. En revanche, la présomption est légale, c'est-à-dire générale « *lorsque le législateur tire lui-même d'un fait établi un autre fait dont la preuve n'est pas apportée. La présomption légale est simple lorsqu'elle peut être combattue par la preuve contraire. Lorsque la présomption ne peut être renversée, elle est dite irréfragable ou absolue* »⁹⁷⁸. Il existe aussi un mode de preuve mixte, dont la preuve contraire est réglementée par le législateur. Il s'agit ici, notamment de la présomption en droit civil⁹⁷⁹. Le droit pénal quant à lui, prévoit une présomption d'innocence comme principe fondamental⁹⁸⁰ pour protéger le prévenu ou l'accusé contre toute forme d'arbitraire ou de préjugé tel que des présomptions de culpabilité ou de responsabilité⁹⁸¹ mais encore d'incorrigibilité ou de dangerosité. « *Toute personne poursuivie est considérée comme innocente des faits qui lui sont reprochés, tant qu'elle n'a pas été déclarée coupable par la juridiction compétente* »⁹⁸². Lorsque la recherche de la preuve est difficile à établir, un renversement de charge de la preuve est possible. Le mis en cause prouve qu'il n'a pas commis l'acte reproché, puisqu'une

⁹⁷⁵ Voir à ce sujet, G. Menochio *De adispiscenda, retinenda et recuperanda possessione, Coloniae Agrippinae*, 1599, (<http://www.idref.fr/136920438#070>).

⁹⁷⁶ J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal ...op.cit.*, p 139, n°68

⁹⁷⁷ Lexique des termes juridiques, 2012.

⁹⁷⁸ Ibid.

⁹⁷⁹ Art 9-1 du C. civ.

⁹⁸⁰ La Présomption d'innocence est inscrite à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, Article 6-2 de la CESDH, réaffirmée par l'article préliminaire du CPP issu de la loi de 2000.

⁹⁸¹ Exemple de présomptions de responsabilité qui admettent la preuve contraire : mécanisme de responsabilité pécuniaire du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule pour certaines contraventions au code de la route art L. 21-2 du code de la route ; présomption de responsabilité pour trafic de stupéfiant si l'auteur ne peut justifier de son train de vie art. 222-39-1 du CP.

⁹⁸² Présomption d'innocence intégrée à l'article préliminaire du CPP.

présomption de culpabilité⁹⁸³ pèse sur lui. Cette présomption est une dérogation exorbitante à la présomption d'innocence qui oblige en certains cas la personne poursuivie à démontrer qu'elle n'est pas coupable. Dans cette logique le récidiviste est présumé incorrigible au regard de son passé criminel puisque les peines successives n'ont pas d'impact positif sur lui.

L'intention coupable, élément constitutif de l'infraction n'est pas un élément constitutif de la récidive. Elle n'est pas une infraction mais un état attrayant aux récidivistes. La récidive légale quant à elle constituera un élément de circonstance aggravante. Cependant, l'intention criminelle existe bien pour le récidiviste sur qui pèse une présomption de dol, c'est-à-dire une présomption de culpabilité, du fait qu'il a une nouvelle fois agit en connaissance de cause. Il savait qu'en récidivant il serait plus sévèrement sanctionné. La présomption de dol dépasse la notion d'intention coupable qui se résume à « *la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est terminé par la loi ; c'est la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales (qu'il est toujours censé connaître)* »⁹⁸⁴.

La présomption d'incorrigibilité n'a pas d'équivalence avec la présomption de culpabilité puisque les règles de protection du prévenu ont évolué. Il est difficile pour le récidiviste de prouver qu'il va se corriger et qu'il ne sera pas ou plus dangereux. Néanmoins, des dérogations sont prévues pour éviter la condamnation à une peine plancher. Il s'agit d'un moyen pour le récidiviste de prouver des garanties de réinsertion dès lors qu'elles sont sérieuses et exceptionnelles⁹⁸⁵ que la juridiction doit spécialement motiver sur la base d'éléments factuels⁹⁸⁶ et qui prouvent l'existence de facteurs de stabilisation sociale familial, affectif, psychologiques, morale⁹⁸⁷. Un travail d'enquête est nécessaire sous l'autorité du Parquet. Jusque-là, présumer l'incorrigibilité du criminel revenait à présumer de manière intemporelle sa culpabilité justifiant l'adoption de peine rétributive telle que la relégation.

- 220.** La définition juridique de la présomption remonte aux XIV^e siècles. Les plaidoiries du Parlement de Paris évoquent pour la première fois la notion d'incorrigibilité⁹⁸⁸. L'incorrigible désigne le condamné qui n'a pas tiré les leçons de sa peine et qui réitère son acte. Au Moyen Âge, le droit coutumier médiéval ne distinguait pas la récidive générale de la récidive spéciale. Le domaine de la définition n'envisageait pas une pluralité d'infractions séparées par une condamnation devenue définitive mais elle se contentait d'une récidive spéciale se limitant à la réitération du même délit. De plus les incriminations susceptibles d'être réitérées sont celles qui ne prévoyaient pas la peine de mort. Ainsi, en 1330, la récidive était envisagée que pour le vol et le blasphème⁹⁸⁹. Les quelques cas de récidive ne pouvaient à eux seuls caractériser le phénomène de la récidive tel qu'il sera connu plus tard. Ces incorrigibles ne sont pas classés dans une catégorie de criminels récidivistes. Le juge déterminait le caractère persistant de sa dangerosité grâce à

⁹⁸³ La culpabilité suppose l'imputabilité acquise. La culpabilité est le fait de reprocher à une personne l'élément moral d'une infraction au titre de l'intention ou de la non-intention (Art. 121-3 CP) alors que l'imputabilité est le fondement moral de la responsabilité pénale, reposant sur le discernement et le libre arbitre (art 122-1 et 122-2 C.P).

⁹⁸⁴ E. Garçon *in* R. Bernardini, *Droit criminel...op.cit*, vol II, p 143.

⁹⁸⁵ Art 132-19-1 du CP.

⁹⁸⁶ Ibid., n°1.2.5.

⁹⁸⁷ Circ. Crim. 07-10-E8 du 13 août 2007, n°1.24.

⁹⁸⁸ C. Gauvard, *Violence et ordre public au Moyen Âge*, Paris, Picard, 2005, p 64.

⁹⁸⁹ L'ordonnance de Philippe VI en 1330 aggrave la peine à chaque récidive de blasphème.

une enquête sur sa personnalité et son passé. De manière générale, il est apparu que ces récidivistes étaient des vagabonds et autres bandits de grands chemins. Au XVI^e siècle les termes, criminel d'habitude, criminel diffamé et invétéré étaient destinés aux plus dangereux des condamnés sont largement utilisés pour évoquer la récidive en générale.

En 1564, la compétence de traiter des délinquants récidivistes est attribuée aux maréchaux⁹⁹⁰. Cette compétence sera officialisée par l'ordonnance criminelle de 1670. Avant même la consécration de l'autonomie pénale du traitement de la récidive, cette catégorie spécifique de criminels, les récidivistes, fait l'objet d'une vigilance particulière. Présomés incorrigibles et dangereux uniquement sur la base de préjugés et de présomptions, ils font l'objet d'une surveillance et d'un traitement qui dépend d'une police spécialement investie par cette mission.

- 221.** Albertus De Gandino⁹⁹¹ évoque en ce qui concerne l'homicide, le fait de commettre pour la seconde fois un crime fait présumer, dans le doute, que l'individu a agi par dol c'est-à-dire intentionnellement. De la présomption de dol se déduit des actes intrinsèquement mauvais. Le dol étant présumé dans l'acte primaire (premier terme de la récidive) alors il est logique de le retrouver dans le second et de définir la récidive par une présomption de dol. Lorsqu'il est prévu par les textes d'incrimination, même excusable, il existera quand même une présomption de culpabilité puisque l'infraction n'aura pu être commise qu'avec une intention dolosive. Dans le cas contraire, lorsque l'infraction pour être constituée n'exige pas de dol alors un doute subsiste quant à l'intention des actes en faveur de l'auteur.
- 222.** Dès le XVI^e siècle, la présomption de dol est inhérente au récidiviste, elle est l'élément intentionnel qui constitue l'acte de récidive, indépendamment de la nature de l'infraction. Sa deuxième et ses autres condamnations, sont plus faciles à prouver, en cas de doute, car il pèse sur lui une présomption de rechute. En plus de ne pas pouvoir se défendre comme un autre citoyen (primo délinquant), il doit supporter une double peine. Pour autant, la présomption de dol du récidiviste existe-elle pour le futur comme une présomption de prévision de récidive ? Parce qu'il a déjà été condamné, on présume qu'il va récidiver. Une présomption d'incorrigibilité et de dangerosité qui s'extrait du procès pénal et sert d'apport à la prédiction d'une nouvelle infraction et être conditionnée uniquement par le fait d'être un récidiviste qu'il faut exclure par une mesure de sûreté. La présomption de dol fixe définitivement l'état de récidiviste. Préssumé, criminel d'habitude, Le récidiviste a-t-il un intérêt à entamer des efforts de relèvement ? La science pénitentiaire a-t-elle le pouvoir de réinsérer des éternels coupables ?⁹⁹² En attendant, une double peine les frappe sur le fondement des circonstances aggravantes.

b. La circonstance aggravante de la récidive

- 223.** Alors que l'incorrigibilité est un fondement subjectif, il est légalement adopté une échelle d'aggravations de peines dont l'application est objective. En l'absence de régime autonome de la récidive, ces échelles concernent dans leur ensemble les infractions les plus graves. L'aggravation des peines s'est lentement construite en parallèle de l'appréciation des circonstances aggravantes entourant la gravité de l'acte et la

⁹⁹⁰ L'édit de 1564 confirmé par une déclaration de 1731, M. Cusson, *L'art de la sécurité, ce que l'histoire de la criminologie nous enseigne*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2011, p 87 et s.

⁹⁹¹ J.M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2009, p 138, n°68

⁹⁹² G.Bessiere, *La loi pénale ...op cit.*, p 5.

personnalité de l'infracteur. Concernant les récidivistes, dès le Moyen-âge, la peine est déterminée selon un barème de peines qui correspond automatiquement à la nature et à la gravité de l'infraction incluant la réitération. Dans un système arbitraire où le juge reste maître de ses décisions, des atténuations peuvent-elles être néanmoins admises selon les circonstances de l'infraction ou de la personnalité ? Est-il possible pour le récidiviste de combattre l'automatisme de la circonstance aggravante ?

Lorsque l'état de récidive est retenu dans le prononcé de la peine par l'autorité judiciaire, la sentence correspond automatiquement à une nature et un quantum de peine défini par la loi suivant une hiérarchie croissante. A l'origine, seuls quelques textes épars relèvent la perversité du criminel, pour des infractions de vol ou le blasphème. Sous le prisme de la gravité de la peine une présomption de dol est déduite. L'échelle des peines est une réponse pénale à la circonstance aggravante (1). L'aggravation des peines se généralise à l'ensemble des récidivistes présentant un caractère incorrigible et dangereux. Pourtant, la portée limitée de la circonstance aggravante dans la lutte contre la récidive remet en cause sa légitimité (2).

1. Le fondement de l'échelle des peines

224. Durant l'Antiquité, l'aggravation des peines ne vise pas particulièrement le délinquant d'habitude mais plutôt les hommes de loi tels que les avocats de mauvaise foi et les notables accusés d'« attentats à l'omnipotence de la cité, à son organisation religieuse et politique »⁹⁹³. Les professionnels du droit mis en cause voient leur sort aggravé par ce qu'ils sont avertis. Le droit pénal antique ignore le malfaiteur de profession. Le contexte historique apparente ce type de criminel aux pirates c'est-à-dire aux mercenaires à qui est appliqué les règles de la guerre et non celle de la justice des citoyens de la cité. Peu de textes font état de la répression de la récidive. Quelques textes Justinien⁹⁹⁴ visent des cas particuliers en matière de vol⁹⁹⁵. La peine de mort est requise dès la deuxième récidive car déjà à cette époque le criminel incorrigible doit être rendu inoffensif. « *Ce n'est point à la grandeur du vol que la loi veut qu'on ait égard en punissant un délinquant plus que l'autre ; mais à ce que l'un est peut-être susceptible de guérison, tandis qu'il faut désespérer de l'autre* »⁹⁹⁶. La sévérité des peines s'accroît en fonction de la perversité du criminel. L'Antiquité appliquait l'exil, privant l'homme d'eau et de feu. Il est condamné à l'élimination sociale et familiale, sans qu'aucun citoyen ne puisse ni lui parler ni le recevoir⁹⁹⁷.

Au Moyen Âge se sont des bandes inoccupées, après des mois d'expédition, qui pillent et incendient les villages. Des ordonnances royales interviennent ponctuellement pour réprimer sévèrement ces vagabonds et autres truands par la prison, le pilori, le marquage au front, la mutilation des oreilles ou le bannissement qui émanent de l'ordonnance royale de 1350⁹⁹⁸. Pour les mendiants il existe des maisons de travail, prévues dans l'ordonnance de 1612. Il n'existe pas de système structurel dont le champ d'application est large, mais

⁹⁹³ Ibid., p55.

⁹⁹⁴ Sous le règne de Justinien à partir de 527, est compilé dans un Code appelé *Corpus juris civilis* (529 et 534), l'ensemble des textes législatifs antérieurs du Droit Romain antique dont le Code Théodosien de 438 qui recueille lui-même les textes redescendant jusqu'à Hadrien (117-138).

⁹⁹⁵ Ibid p 54 et s.

⁹⁹⁶ Platon, Les lois, livres 12, traduction Saisset, tome 9, p 294.

⁹⁹⁷ Fustel De Coulanges, La Cité antique, 13^{ème} édition, p 234.

⁹⁹⁸ G.Bessiere, *La loi pénale ... op.cit.*, p 57.

des mesures de circonstances faisant suite aux crises ponctuelles⁹⁹⁹ et dont l'opportunité soulève des interrogations. « *N'y a-t-il pas comme une divination des problèmes actuels, dans cette ordonnance de mars 1680 qui ordonne de détenir à vie, en cas de quatrième récidive, les vagabonds professionnels, et de les employer aux travaux les plus rudes que les forces pourraient supporter ?* ». La lutte contre la récidive est imbriquée dans une lutte globale contre la criminalité réprimée au cas par cas selon la nature des infractions de l'époque.

- 225.** L'élimination, est consacrée au Moyen Âge pour la première fois dans les cas de vol. La première et la deuxième récidive sont punies par la mutilation des membres, la troisième fois est punie par la pendaison.¹⁰⁰⁰ En 1330, une ordonnance de Philippe VI aggrave les peines pour les récidivistes de blasphème. Puis, Louis XII en 1510 mettra en place un système d'échelle comprenant huit étapes et sept concernant la récidive sur le territoire français. Mais dans la plupart des cas la peine de mort est prononcée dès la deuxième récidive. On considérait que le délinquant était incontestablement incorrigible. En ce qui concerne cette échelle des peines une amende modérée est prévue pour le délinquant primaire. Le juge fixe arbitrairement son montant. L'amende double lors du deuxième délit puis triple et quadruple pour les suivants. S'il ne peut payer le condamné est emprisonné¹⁰⁰¹. À la quatrième récidive c'est-à-dire lors de la cinquième infraction une peine de carcan est appliquée. Des peines corporelles seront exécutées par la suite lors de la sixième fois : la lèvre supérieure est coupée. Le récidiviste porte physiquement et ostensiblement son histoire criminelle. La septième fois la lèvre inférieure puis la langue. Jusqu'à la révolution française, ce système de peine était appliqué moyennant quelques modifications suite à une déclaration du 30 juillet 1666 du roi Louis XIV. Le nombre de récidives se limitera non plus à sept mais à six. En 1714, le blasphémateur récidiviste était condamné à la langue percée. Pour les blasphèmes les plus graves la peine capitale était encore prononcée. La fermeté des châtiments n'a pas empêché la prolifération des blasphèmes contre l'Eglise dans tout le pays¹⁰⁰².

L'homme qui tourne en dérision les peines ordinaires est incapable de s'amender. Il mérite le recours à la peine de mort. La graduation rapide dans l'échelle de la sanction est justifiée par l'incorrigibilité présumée du délinquant qui a pour habitude de réitérer ses actes. Ce système est empirique. Il n'est pas fondé sur des idées précises ou rationnelles. Seul le critère de l'incorrigibilité présumé le rend coupable et justifie l'aggravation de la peine. Le principe d'incorrigibilité n'est pas écrit dans les textes mais il découle de la philosophie juridique des instruments d'aggravation des peines appliqués aux récidivistes pour certaines infractions.

- 226.** Au Moyen-Age la récidive était déjà prévue mais uniquement à travers son caractère spécial, c'est-à-dire la réitération d'un même délit. Alors que les Italiens du XVIème siècle distinguent les crimes légers, atroces, plus atroces et très atroces, les français

⁹⁹⁹ Exemples d'ordonnances ponctuelles : Les Edits de Jean Le Bon, Charles VII, Louis, XI, Henri II, Henri IV, Louis XIII. Le même schéma se dessine en Europe comme en Angleterre sous le règne d'Henri VIII qui réprima violemment 72 000 vagabonds en les pendants, Garrofolo, criminologie, p 285.

¹⁰⁰⁰ La Caroline, chapitre CLXII.

¹⁰⁰¹ Ce système existe encore dans certaines démocraties occidentales telles que les États-Unis qui ont mis en place un système de caution qui permet au prévenu en attente de son jugement de payer sa liberté au lieu d'être emprisonné.

¹⁰⁰² Les autres incriminations de l'ancien régime au XVIIIe siècle : hérésie, magie, sorcellerie, suicide, sacrilège et lèse-majesté, adultère, bigamie, viol, homosexualité (crime contre nature), homicide, infanticide, avortement, injure, coups et blessures. Crime contre les biens : vol et incendie ; J.M. Carbasse, *Histoire du droit ...op.cit.*, p267 et s.

opèrent la simple distinction entre crime atroce et non atroce. L'atrocité du crime a des conséquences sur la responsabilité pénale ainsi que sur la peine. L'acte est jugé et non le délinquant. L'atrocité du crime est le critère d'appréciation flou et non défini invoqué par les juges pour aggraver la peine. Quant au degré de dangerosité de l'homme infracteur, il n'entre pas en considération dans le choix de la peine. La classification des crimes atroces, énormes, graves ou légers reposait essentiellement sur le droit Romain. Le juge décidait arbitrairement de la place donnée à l'infraction. Il apprécie selon la gravité du crime. La récidive n'a pas au XVIème siècle, la définition technique d'aujourd'hui telle qu'elle sera appliquée pour les peines planchers qui gradue le quantum de la peine d'emprisonnement. A l'origine, la récidive est conçue sur le fondement subjectif d'une présomption de dol, sanctionnée dans le cadre général de quelques infractions dès lors qu'elles sont graves, ayant pour conséquence juridique d'aggraver objectivement la peine, suivant une échelle automatique de sanctions pénales

227. Le caractère de la peine au sommet de l'échelle évolue en fonction de valeurs supérieures d'une société et d'une époque donnée. La graduation des mutilations, l'aggravation du quantum de la peine de prison, ou la honte suscitée par la nature de la peine peuvent néanmoins subir de rares atténuations selon l'âge et le milieu social de l'auteur. Tiraqueau nuance l'automaticité des peines aggravantes relatives à l'atrocité de l'acte par des éléments extrinsèques à l'acte c'est-à-dire attaché à la personnalité de l'auteur. Les incriminations et leurs peines sont fixées par les Rois, mais les jugements sont rendus par des magistrats dont l'arbitraire est symbolique de l'époque qui a vu naître les premières utilisations d'échelles de peines pour les récidivistes. Antérieurement à cette construction, la qualité de récidiviste et l'atrocité du crime¹⁰⁰³ étaient déjà prises en compte de manière équivalente dans le prononcé de la peine, comme le vol¹⁰⁰⁴. Le voleur primaire est condamné à une peine d'amende ou à des coups de fouet. Lors de la première récidive, l'oreille est découpée puis il est pendu lors du troisième vol ainsi que pour le blasphème. Le blasphème est soumis à l'appréciation du juge qui fixe la peine en conséquence, pouvant aller jusqu'à la mort comme dans l'affaire retentissante du jeune Chevalier de la Barre¹⁰⁰⁵.

En 1559 est apparu le premier ouvrage complet de Tiraqueau sur « *les causes qui permettent de tempérer ou de remettre les peines prévues par les lois, les coutumes ou les statuts* »¹⁰⁰⁶. Il envisage dans son ouvrage les causes d'atténuations des peines telles que le fait de pardonner les erreurs des novices qui débute dans l'exercice de leur profession comme les soldats. Les citoyens de fraîche date qui, par ignorance contreviennent aux statuts de la cité selon les croyances de dieu inspirent la tolérance. A l'inverse, il faut être miséricordieux avec la première faute. Lorsqu'un mineur atteint la majorité, sa punition ne pourra être aggravée pour ce même délit. Le délinquant primaire ou délinquant par accident est qualifié de malheureux puisque pour la première fois qu'il enfreint la loi. En conséquence il bénéficie d'une atténuation de peine pour sa première condamnation. Le

¹⁰⁰³ Ibid p 205 et s. cause 49 et 50.

¹⁰⁰⁴ Ibid, p 128 et 191.

¹⁰⁰⁵ Le Chevalier de la Barre est condamné, pour avoir dégradé une statue du Christ, à la torture, à l'amputation de la langue, à la capitation puis au bûcher par une décision d'appel du Parlement de Paris le 4 juin 1766. Alors que l'ordonnance du 30 juillet 1666 ne condamne pas le blasphème de la peine de mort, la décision serait le résultat de l'arbitraire des juges sévères contre les anticatholiques. « Il y avait même si peu de corps du délit que les juges dans leur sentence se servent de ces termes pour avoir chanté des chansons abominables et exécrables contre la Vierge marie, les Saints et Sainteté », Voltaire, Relation de la mort du Chevalier de la Barre à Mr le Marquis De Beccaria, 1766, p 17.

¹⁰⁰⁶ A. Tiraqueau et A. Laingui, *De poenis temperandis...op.cit.*

patronage et la réhabilitation des délinquants primaires consistaient en des corrections plus douces. Il est différencié du délinquant d'habitude c'est-à-dire du délinquant professionnel qui bénéficiera une aggravation de peine puisqu'il est incorrigible et que l'affliction corporelle n'a pas d'emprise sur lui. La rémission c'est-à-dire le fait de pardonner une offense ne doit pas être une invitation au pécher. Ainsi, les causes d'atténuation des peines ne concernent que les délinquants primaires. Tiraqueau se demande alors comment les mineurs doivent-être punis pour éviter la récidive ? Il considère que « *c'est agir sagement que de punir les jeunes gens avec une particulière sévérité, afin de les amener dans l'âge qui est le plus propice, à acquérir les vertus qui protégeront leur vie entière* »¹⁰⁰⁷. L'atrocité du crime doit aussi s'apprécier selon les conditions sociales de l'accusé. Le rang qu'il occupe dans la noblesse aggrave plus ou moins la peine. « *La gravité du crime est accrue par la dignité de son auteur* »¹⁰⁰⁸. « *Dans la mesure, donc, où la noblesse ou la dignité accroissent la gravité du crime, comme la peine doit correspondre au délit, il y a lieu d'aggraver le châtement d'une faute qui est elle-même plus grave* »¹⁰⁰⁹. Le noble paye sa faute, même si le prix est élevé, à l'inverse du pauvre. La pire des punitions n'est donc pas le prix élevé, mais la honte qui s'abat sur son nom et sur sa famille. Le déshonneur puni l'infamie par la décapitation ou pire la pendaison car la corde qui balance le corps est une ignominie. Dans l'échelle des peines, le déshonneur engendré par la peine atteint l'ultime punition des sociétés de l'Ancien régime.

228. Le code pénal de 1810 ne distinguait pas les primo délinquants des délinquants d'habitude. Dans un mouvement croissant d'indulgence, la loi du 28 avril 1832¹⁰¹⁰ a instauré des circonstances atténuantes. Elle s'inscrit dans le début de la recherche scientifique sur la découverte des causes et des raisons qui poussent le délinquant à perdurer dans le crime.

L'aggravation des peines d'emprisonnement en raison de l'état de récidive, augmente la population carcérale au point que le système est au bord de la rupture. La loi du 5 juin 1875 réforme les prisons départementales pour s'adapter en vain à la recrudescence des hôtes accoutumés des prisons¹⁰¹¹. Les caractéristiques du récidiviste ont changées et l'incapacité de l'Etat à le réinsérer en raison de l'absence de méthode et de moyen soulève la question d'une autre échelle de peine qui ne serait plus déterminée par la qualification juridique de l'infraction mais par la nature de celle-ci. L'amende serait exclusivement réservée aux contraventions, les délits soumis à la probation avec pour alternative l'emprisonnement, et les crimes punis par de l'emprisonnement. Pourquoi une telle approche ? Parce que les paradigmes préventifs et répressifs ne fonctionnent pas lorsqu'ils sont complémentaires en raison d'absence de certitude de la peine. Notre système est entièrement basé sur la prison, ce qui reviendrait ici à l'exclure de la majorité des infractions mais la garder uniquement pour les plus graves.

Pour tenter de résoudre la surpopulation carcérale, une peine de déportation est instaurée spécifiquement pour les récidivistes. Au XIXe siècle l'observation des prisonniers et les études statistiques criminelles ainsi que le travail sur les facteurs individuels et sociaux

¹⁰⁰⁷ *ibid*, cause 7, n°5.

¹⁰⁰⁸ *Ibid* p178, n°19, cause 31, la noblesse de l'accusé.

¹⁰⁰⁹ *Ibid*, p172 n°18.

¹⁰¹⁰ G. Petit, *Ces peines obscures...op.cit.*, p277 ; sur la majorité sexuelle, A. Auret, P. Bessoles, *Interfaces cliniques ...op.cit.*, p 192

¹⁰¹¹ V. supra l'effondrement de la prison.

permettent une plus grande précision dans la classification des criminels. Les études s'orientent vers la spécialisation d'une peine contre les récidivistes professionnels. Dans ce contexte, Lamartine fait l'éloge de la transportation des récidivistes pour dépasser les limites de la loi pénale qui place le rôle de la prison dans une impasse¹⁰¹². En 1885, est votée la peine complémentaire de relégation des récidivistes dans les colonies durant un temps ou à perpétuité après avoir exécuté leur peine initiale. « *L'indulgence pour l'égaré et le repentir, la rigueur pour la malice et l'endurcissement* »¹⁰¹³, résume l'esprit qui guide le législateur à surenchérir dans l'échelle des peines en ajoutant un niveau supplémentaire spéciale pour les récidivistes. Puis, la loi du 26 mars 1891¹⁰¹⁴ modifie les articles 57 et 58 du code pénal pour retenir la récidive comme cause d'aggravation de la peine dans les cas où la condamnation antérieure prononcée était supérieure à un an d'emprisonnement quel que soit la nature de l'infraction. La récidive se généralise à l'ensemble des infractions et instaure le critère du quantum minimal de la peine antérieure comme condition d'application.

2. Des circonstances aggravantes limitées

229. L'aggravation de la peine qui touche le quantum et la nature est inefficace dans la lutte contre la récidive voire illégitime. Certains pénalistes ont pu démontrer l'illégitimité de toute aggravation de la peine en cas de récidive. Le législateur s'il élève le quantum de la peine ne peut modifier sa nature car « *la récidive ne change point les éléments constitutifs du délit ; elle n'est qu'une aggravation de la culpabilité* »¹⁰¹⁵. Pour un même acte matériel un délinquant primaire sera puni de quelques mois de prison alors qu'un autre pourra subir une peine perpétuelle. La loi doit punir un acte matériel en faisant abstraction des circonstances entourant le délinquant. En conséquence, la peine complémentaire s'oppose à l'idée de réparation et de proportionnalité en rapport avec l'acte perpétré. Cette théorie minoritaire s'oppose donc aux circonstances atténuantes et aggravantes qui aboutissent à l'aggravation de la peine inefficace contre la récidive professionnelle. Ce système a déjà été utilisé en Angleterre en 1871 notamment pour certains délits comme le vol. La première condamnation allant de 10 jours à un mois d'emprisonnement, la seconde de six mois à deux ans, la troisième fois la peine peut aller de sept ans de servitude pénale à plusieurs années de surveillance. Mais il ne semble pas satisfaire aux exigences de la lutte contre la récidive.

En France, seules deux exemples étaient visés par l'aggravation progressive des peines notamment l'ivresse publique issue de la loi du 23 janvier 1873¹⁰¹⁶. La récidive générale est aggravée en proportion arithmétique alors que la récidive spéciale est aggravée selon une proportion géométrique, c'est à dire plus sévère¹⁰¹⁷. Sous l'empire du code pénal de 1810 l'aggravation progressive concerne le vol simple. Le premier délit est puni d'une peine allant de un an à cinq ans, la première récidive d'une peine de 5 à 10 ans. La deuxième récidive, de 10 à 20 ans pour la récidive spéciale et de 10 à 15 ans pour la récidive générale. La troisième récidive quant à elle peut aller de 20 à 40 ans pour la récidive spéciale et de 15 à 20 ans pour la récidive générale.

¹⁰¹² G.Bessiere, *La loi pénale ...op cit.*, p61 note1.

¹⁰¹³ A.Bonneville, *De la récidive*, Paris, 1854 p 11.

¹⁰¹⁴ Loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines.

¹⁰¹⁵ Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, p517, in, V. Carnot, *Commentaire du code pénal t 1^{er} p 162*, in G.Bessiere, *La loi pénale ...op cit.*,p 68 note 1.

¹⁰¹⁶ Art 199 et 200 du code pénal de 1810.

¹⁰¹⁷ G.Bessiere, *La loi pénale ...op cit.*, p 69.

Les pénalistes s'interrogent sur l'efficacité de l'aggravation progressive des peines et de la conséquence de l'automatisme imposé aux magistrats. Les juges réfractaires à la prison à ce système sont plus cléments et modifient leur façon de condamner. En effet, Bessière explique que « *le système de l'aggravation progressive, excellent peut-être tant qu'il s'agit de récidive simple est inapplicable à la récidive professionnelle : impuissante ou injuste, voilà ce que donne le système pénal classique quand il s'agit d'incorrigibles* »¹⁰¹⁸. Il convient donc pour les récidivistes d'habitude de réfléchir à une autre nature de peine plus efficace. Il est question de l'isolement dans des cellules individuelles qui produiraient suffisamment de regrets et de repentir pour relever le récidiviste. Le rythme de travail et la régularité de la vie le couperet de son milieu pervers et de ses mauvaises influences. Cependant, croire au pouvoir moralisateur de la cellule est utopique. Ces êtres brisés sans repère ni éducation ni culture, ne pourront pas se détacher physiquement et mentalement de ce qu'ils sont pour devenir des êtres meilleurs, des êtres imaginaires à travers les soi-disant bienfaits de la solitude de la cellule¹⁰¹⁹. En France les peines de prison sont courtes, sauf pour le récidiviste professionnel condamné à de longues peines qui pourra profiter de ce temps pour apprendre un métier. Là encore l'utopie est de croire que l'incorrigible paresseux utilisera ce temps pour apprendre une profession difficilement exerçable en prison.

- 230.** L'aggravation des peines sur le fondement juridique de la circonstance aggravante est aussi un moyen pour la société de se venger sur le récidiviste en l'excluant plus longtemps en prison. Hors, assez rapidement, les effets pervers de la prison sont révélés sans pour autant revenir sur ce choix de société qui alimente la rechute du condamné. G. Clemenceau durant les débats à la Chambre des Députés (sur la relégation), défendait l'idée d'une réforme sociale et pénitentiaire pour lutter contre la récidive. La récidive est un problème pénitentiaire¹⁰²⁰. La société opère une vengeance mesquine et injuste dirigée contre le passé. Lorsque le relégué embarque sur le bateau qui le déporte, il amène avec lui tous ses problèmes : pauvreté, addictions, maladies, solitude. La communauté est complice de son incorrigibilité par le maintien des vices de ses institutions telle que la prison, la relégation et ses méthodes de procédure pénale.

La France tente de créer des centres de défense sociale pour pallier les inconvénients de la prison, notamment pour les condamnés qui présentent des troubles mentaux. La question des aliénés et des vagabonds divisent les juristes, préoccupés par la construction de l'III^e République, et les anthropologues criminels. En 1844, une note de Baillarger, explique la nécessité de créer des établissements spécialisés pour les aliénés les vagabonds et les criminels¹⁰²¹. Le code pénal de 1810 opère une distinction en prévoyant l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹⁰²². Les conditions d'internement des malades mentaux dans des établissements psychiatriques sont améliorées. Les aliénés peuvent être placés volontairement ou d'office. Plusieurs propositions tentent d'allier un traitement semi pénal et médical. Caujole propose une annexe psychiatrique et un laboratoire de criminologie dans les prisons alors que Matter-Ceron soutient une mesure

¹⁰¹⁸ Ibid., p 70.

¹⁰¹⁹ V. L'étude réalisée sur les maisons cellulaires en Italie, C. Lombroso et Laurent, Les Palimpsestes des prisons, Paris et Lyon, 1893, in G.Bessière, *La loi pénale ...op cit.*, p72.

¹⁰²⁰ « la récidive est surtout un problème pénitentiaire » ; G. de Montvalon, La récidive, Paris 1897 in G.Bessière, *La loi pénale ...op cit.*, p 63.

¹⁰²¹ G.Bessière, La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles, Thèse, Paris, 1898, p63 et 60 et s.

¹⁰²² Art 64 du CP de 1810 modifié par la loi sur les aliénés du 30 juin 1838.

de sûreté¹⁰²³. Ces deux propositions seront rejetées. La théorie de la défense sociale trouve difficilement à s'appliquer dans le système pénal français de la fin du XIX^{ème} siècle. En 1877, la société générale des prisons est fondée suite à une réforme pénitentiaire. Alors qu'en parallèle une loi de défense sociale créait un instrument spécifiquement destiné à l'ensemble des récidivistes, la politique pénale française abandonne les centres pénitentiaires psychiatriques. Les prisons sont surpeuplées et délabrées. Une réforme du système carcéral est politiquement inenvisageable, d'où la création dans l'urgence de mesures d'élimination du sol métropolitain des individus les plus nuisibles pour la société, les vagabonds, mendiants, prostituées et les sortant de prison qui sont bien souvent récidivistes.

- 231.** L'emprisonnement plus long des délinquants d'habitude dans des conditions difficiles brise encore plus des hommes et des femmes qui n'avaient déjà pas avant leur condamnation les capacités de vivre en conformité avec les règles de la société. A leur sortie, ils repartent d'encore plus loin avec de nouvelles difficultés à surmonter, maladies, trouble de la personnalité, rupture du lien social, logement, emploi. Ils replongent rapidement dans l'illégalité pour survivre. La circonstance aggravante et l'échelle de peines est appliquée selon des règles objectives inhumaines, car la subjectivité si elle est nécessaire crée une aggravation de leur situation rend la société complice de la fabrique de récidivistes¹⁰²⁴. Parler d'incorrigibles remet donc en question l'ancienne conception du système pénitentiaire classique dont le but est d'abattre les révoltés en les soumettant à la crainte. Le débordement des prisons est le symbole que l'échelle des peines est cohérente. La saturation du système carcéral impose de trouver des solutions alternatives pour se débarrasser des récidivistes. Le droit pénal dispose de suffisamment de fondements juridiques subjectifs et objectifs d'incorrigibilité et de dangerosité pour créer l'éloignement d'une population grandissante qui déstabilise la sécurité intérieure. Pour se détourner du problème de la pénitentiaire, une peine spéciale est créée pour construire un régime dédié uniquement aux récidivistes quel que soient la nature de leurs infractions ou les caractéristiques de leurs personnalité et vices. La Relégation est le premier instrument qui marquera le début de l'autonomisation de la récidive et du récidiviste. La peine n'est plus considérée uniquement comme une sanction mais comme une compensation d'un fait passé dans le but social d'un meilleur avenir. La peine se mesure par rapport au fait accompli et doit avant tout être conçu comme un « *instrument de relèvement individuel ou de préservation sociale* »¹⁰²⁵. Toutefois, parmi les récidivistes s'opposent les malfaiteurs dangereux aux malheureux incapables de vaincre leur destinée. Quelques soient leurs caractéristiques, ils supportent une peine spécifique.

II. Une sanction spécifique de relégation

- 232.** La relégation est une peine complémentaire de sûreté, créée par la loi du 27 mai 1885. Cette mesure de préservation sociale est destinée à éliminer définitivement de la société les multirécidivistes, par une privation de liberté perpétuelle. Elle s'exécute par leur transportation en Outre-Mer jusqu'en 1939. Albert Camus disait à propos de ces hommes que la société les rayait de l'humanité¹⁰²⁶. La politique criminelle, opportuniste des Républicains élimine les délinquants d'habitudes, mendiants, vagabonds et prostituées.

¹⁰²³ G. Bessière, *La loi pénale... op. cit.* p 64.

¹⁰²⁴ Ibid., p64.

¹⁰²⁵ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, 1898, p11.

¹⁰²⁶ A. Camus, 1938 s'exprimant dans Alger République, in *L'observation des relégués en France*, 1947 1970, J-C Vimont, Droz, vol 13 n°1, 2009, p 50.

La présomption d'incorrigibilité et de dangerosité du récidiviste est traduite en droit par la création d'un premier instrument d'élimination du récidiviste. Les conditions d'application de cette peine purement rétributive sont conditionnées à l'existence préalable de critères objectifs relevant du passé criminel du récidiviste. La relégation est une réponse radicale à la Commune de Paris et à l'augmentation de la criminalité. A cette occasion, cet instrument entérine la création du régime des récidivistes. Pourtant, elle est un échec malgré une tentative d'humanisation. Quelles sont les principes et les critères d'application qui ont failli ? La relégation jusqu'en 1970, est le modèle le plus abouti de la rétribution dans l'histoire de la lutte contre la récidive et dans un Etat moderne. Depuis, l'élimination du récidiviste reste une tentation renouvelée notamment avec le retour des peines planchers et la rétention de sûreté. L'étude de la relégation démontre pourtant qu'il est difficile de tirer les leçons des échecs passés. La relégation s'est adoucie en personnalisant la peine pour tenter de réinsérer le relégué. Elle est supprimée et remplacée par la tutelle pénale en 1970¹⁰²⁷. Le processus de détention et d'observation des relégués est long et complexe. Il en ressort diverses méthodes de classification des récidivistes selon leur degré de dangerosité, selon des critères physiologiques et comportementales (A). La relégation même si elle se réinvente au milieu du XIX^{ème} siècle ne dispose pas des moyens adéquats pour aider le récidiviste à se réinsérer. Le fonctionnement de la relégation sur le terroir française et l'ouverture de la science pénitentiaire à d'autres disciplines dont la psychiatrie, révèle l'ampleur du défi à relever. Sa mise en œuvre est complexe dans une société en perpétuelle contradiction. La relégation ne trouve pas de réponse adaptée aux problèmes des récidivistes les plus dangereux (B).

A. Des récidivistes relégués

233. L'incapacité de la doctrine à s'accorder sur les critères et de définition de la dangerosité explique en partie les raisons de l'échec de la relégation¹⁰²⁸. Quels éléments d'appréciations permettent de mieux connaître le délinquant ? Quelles sont les conditions de détention et à quels fins ? Une double peine et une double procédure permettent à la relégation d'appréhender l'incorrigible avant de lui infliger une peine. Les conditions d'application de la relégation sont d'interprétation stricte (a). Après les horreurs perpétrées pendant la seconde guerre mondiale, la détention par l'encellulement, n'est plus en adéquation avec les principes humanistes de la paix sociale et militaire. Sous l'égide de la construction européenne, la relégation s'exécute sur le sol métropolitain. Elle intègre une logique préventive et utilitaire pour devenir un outil d'observation scientifique et de classification du récidiviste afin de le guider dans ce régime à l'issue incertaine (b).

a. Les conditions d'application de la relégation

¹⁰²⁷ Son champ d'application sera plus restreint et ne concernera qu'une dizaine de condamnés. La faible portée de cette peine explique sa suppression en 1981.

¹⁰²⁸ Loi sur la relégation des récidivistes du 27 mai 1885.

234. La transportation des relégués dans les colonies est une peine d'élimination (1). Elle s'applique selon des critères objectifs d'incorrigibilité (2) qui rendent automatique cette peine rétributive obligatoire et complémentaire (3).

1. *L'élimination des récidivistes*

235. Le décret du 24 vendémiaire an II du code pénal de 1791¹⁰²⁹ créé la déportation pour les criminels coupables d'un second crime à l'expiration de leur peine. Cette transportation a pour objectif premier, de repeupler les terres coloniales avec une population française issue du continent¹⁰³⁰. Après les grandes guerres orchestrées par Louis XIV, il s'agit du moyen idéal pour se débarrasser des hérétiques, des filles perdues, des mendiants et vagabonds devenus trop nombreux¹⁰³¹. Dans le code pénal de 1810 la transportation tombe en désuétude. L'arrivée de la statistique criminelle en 1830, le problème ressurgit en masse et Dupont De L'Eure demande le renvoi des repris de justice dans les colonies selon le système du débarras. Il faut se débarrasser des éléments nuisibles à la société, des éléments de décomposition morale et de sécurité. Les délinquants présumés incorrigibles seront aussi transportés.

236. Le 31 octobre 1849, Louis Bonaparte charge Rouher d'élaborer un projet de loi permettant la mise en application de la déportation¹⁰³². Victor Hugo la compare au rétablissement de la peine de mort, abolie depuis peu en matière politique, pour cibler les auteurs d'attentats. La déportation comble le vide juridique laissé par l'abolition partielle de la peine de mort. Il sera appliqué une triple peine. Le climat difficile de Madagascar et des Marquises est meurtrier et devient le tombeau des exilés européens. « *Le climat donne sa malignité, l'exil son accablement, la prison son désespoir* »¹⁰³³. La déportation est une peine ni proportionnée ni nécessaire. Elle intimide et ne règle pas les raisons actes politiques et des insurrections. La Commune de Paris en 1870 marquera la répression de la révolte des communistes par la déportation¹⁰³⁴. Cette réponse judiciaire transforme ces militants politiques en martyrs dans ces « *prison –sépulcre* »¹⁰³⁵. L'homme politique est violemment arraché à sa famille, à sa patrie et « *jeté dans les ténèbres tropicaux, isolés, face à ses remords, gardé par un océan, désarmé, brisé, découronné, impuissant, incapable de nuire, les tortures de l'exil s'ajoutent à celle de la prison* »¹⁰³⁶. Les récidivistes suivent le même chemin de miséricorde sous le régime de la relégation. Davantage de délinquants et de criminels de toutes natures sont ainsi réprimés.

¹⁰²⁹ Code pénal 1791, 1ère partie, titre II, art. 1er : « 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 et du carcan, sera condamné à la peine prononcée par la loi contre le crime ; et après l'avoir subi, il sera transféré, pour le reste de sa vie, au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs ».

¹⁰³⁰ Les équipages de Christophe Colomb se composaient principalement de repris de justice. En France, l'édit de 1540, puis 1542 et 1578 autorisent de choisir dans les prisons des criminels pour les établir au Canada mais sans réel succès. Voir à ce sujet G.Bessière, *La loi pénale ...op cit.*, p58 note n°1 et p 59 note n°1 sur la déclaration royale du 8 janvier 1719 qui relate l'échec de la « colonisation par les criminels ».

¹⁰³¹ Le décret précise que sont transportés : « les mendiants, arrêtés comme tels qui ne pouvaient justifier d'un domicile, après un an de détention ; les mendiants ou vagabonds qui ayant été arrêtés une première fois pour causes aggravantes, étaient de nouveaux arrêtés ; les mendiants arrêtés repris en troisième récidive ». La durée de cette transportation était de huit années au moins, *Ibid.*

¹⁰³² G.Bessière, *La loi pénale ...op cit.*, p58 et s.

¹⁰³³ V.Hugo, *Le droit et la loi*, La déportation 5 avril 1850, *Œuvres complètes ...op.cit.* p 109.

¹⁰³⁴ V. infra l'Etat d'urgence.

¹⁰³⁵ V.Hugo, *Œuvres complètes ...op.cit.*, p 110.

¹⁰³⁶ *Ibid.*

Cependant, il existe une réelle confusion entre l'objectif répressif et d'éloignement du récidiviste par la transportation. L'élimination est une expulsion brutale de l'incorrigible en dehors de la société. Le terme élimination n'est pas approprié à la réalité. Elle est conçue sur l'idée d'un accomplissement imposé des devoirs civiques du relégué envers la société qu'il protège de ses méfaits. Le code pénal sous Napoléon III rajoute une dimension humaine à la transportation des condamnés. L'objectif est la régénération morale et le reclassement des relégués dans les colonies pour créer une France nouvelle dans les territoires d'Outre-mer. Les colonies sont repeuplées par ces hommes pour en faire des honnêtes travailleurs sortis des mauvaises conditions de détention dans les prisons surpeuplées¹⁰³⁷. Le bague est censé agir et supprimer la cause de son incorrigibilité¹⁰³⁸. La transportation est l'instrument qui a détourné les regards oubliant que la prison fabrique les récidivistes. Sans réforme pénitentiaire la société se rend complice de l'augmentation de la récidive¹⁰³⁹.

Le bannissement sous la forme de la déportation est apparu au XVIIIème siècle comme une mesure spécifique contre les incorrigibles. Son champ d'application fut restreint par les crises politiques qui ont empêché la déportation des révolutionnaires sauf durant le Directoire et le Consulat. Le bannissement, caractéristique des sociétés archaïques, n'est pas une idée révolutionnaire mais il est réutilisé par la doctrine utilitaire. L'élimination quel que soit sa forme (transportation ou relégation), ne résout pas le problème des causes de la criminalité et de la récidive mais elle le camouffle et le supprime. La doctrine est profondément divisée sur les critères et les objectifs de l'élimination¹⁰⁴⁰. L'instauration de la relégation est l'occasion de consacrer et d'établir dans la loi les critères de l'incorrigibilité des récidivistes.

2. Le critère de l'incorrigibilité

237. La transportation bannit du territoire national les plus grands criminels dont les récidivistes à partir de critères qui ne sont pas clairement établis par les textes¹⁰⁴¹. L'esprit de la loi se repose sur l'interprétation par le juge de l'incorrigibilité alors ce terme n'est pas expressément utilisé dans le texte. Il incombe au juge la responsabilité de se prononcer sur la capacité de redressement du condamné ou prédire sa rechute. Quel est le seuil qui fixe, dans la loi pénale, le critère d'incorrigibilité ? Plusieurs conceptions s'opposent sous le régime de la transportation dans ce choix cornélien. Soit l'incorrigibilité commence dès le premier acte de récidive, soit après de nombreuses condamnations lorsqu'il s'agit de petits délits, ou alors concernant la rechute dans les mêmes délits opposant ainsi les malfaiteurs professionnels de la récidive simple¹⁰⁴². Pour une autre partie de la doctrine l'incorrigibilité est une notion indéfinissable qui confond récidive et réitération.

Le système de la relégation prend en compte la gravité de la nature des délits en fonction de la perversité et du danger social¹⁰⁴³. En fonction du nombre de condamnations

¹⁰³⁷ V. supra. L'effondrement de la prison

¹⁰³⁸ G.Bessière, *La loi pénale ...op cit.*, p 111.

¹⁰³⁹ *Ibid* p 65.

¹⁰⁴⁰ Congrès pénitentiaire de Saint-Petersbourg en 1890 et Congrès d'anthropologie et de sociologie criminelle de Bruxelles en 1892, G.Bessière, *La loi pénale ...op cit.*, p 81 et s.

¹⁰⁴¹ G.Bessière, *La loi pénale ...op cit.*, p 81 et s.

¹⁰⁴² Théorie défendue dans l'acte du congrès d'anthropologie criminelle de Bruxelles, 1893 p14, rapport de M.Thiry, *in ibid* p 81.

¹⁰⁴³ Bulletin de l'union internationale du droit pénal, 1889, p92, *in ibid*, p 81.

antérieures¹⁰⁴⁴ la peine de la relégation est prononcée puis, plus tard, sa durée qui dépendra du seuil des condamnations antérieures fixées ainsi par la loi du 27 mai 1885 : « deux condamnations criminelles aux travaux forcés ou à la réclusion ; une condamnation travaux forcés ou une condamnation à la réclusion et trois condamnations à plus de trois mois d'emprisonnement ; quatre condamnations à plus de trois mois d'emprisonnement ; sept condamnations dont deux à plus de trois mois d'emprisonnement et cinq pour vagabondage ou infraction à l'interdiction de résidence à condition que ces cinq dernières aient été de plus de trois mois d'emprisonnement »¹⁰⁴⁵.

238. Le barème des condamnations antérieures fixe objectivement le seuil d'incorrigibilité du récidiviste¹⁰⁴⁶. Ce procédé cherche à savoir si le malade est incurable à travers la quantité de remède absorbé sans effet. Peu importe le nombre de ses condamnations ou de la durée, si les causes de l'incorrigibilité se trouvent en son milieu social ou psychologique alors la simple réitération d'infractions sera la preuve de son incorrigibilité. La rechute ou autrement dit l'échec de la peine c'est-à-dire de la détention ou de la relégation suffit à proclamer l'incorrigibilité. Ainsi encore aujourd'hui cette notion s'appuie sur l'échec pénitentiaire et non sur le caractère physiologique ou psychologique qui caractérise ou non le délinquant. Dans le but d'éviter le jugement arbitraire, les seuils des condamnations antérieures permettent automatiquement de préjuger l'incorrigibilité du récidiviste. « La loi doit fixer le nombre des condamnations à partir duquel il appartient aux tribunaux de décider, d'après la nature des condamnations encourues et le degré de perversité de l'agent, si l'inculpé était malfaiteur de profession »¹⁰⁴⁷. Ajouter des critères subjectifs là où le texte n'en mentionne pas serait contraire au principe de légalité criminelle. Dans le régime des peines rétributives, l'individualisation de la peine n'a pas ce fondement légal. « Il semble donc impossible, d'établir l'élimination sur des bases rationnelles si l'on refuse de violer ouvertement l'un des principes les plus élémentaires, les plus universellement reconnus de l'ancienne théorie pénale, celui qui protège les libertés individuelles contre l'arbitraire des tribunaux ou des administrations »¹⁰⁴⁸.

239. Dans ce contexte, on s'interroge sur le cas du délinquant qui ne remplirait pas les conditions requises mais qui afficherait un penchant pour l'incorrigibilité ou la dangerosité. En d'autres termes les critères de l'incorrigibilité d'application de la relégation sont-ils d'interprétation stricte ou peut-il admettre des dérogations dépendantes des circonstances ? Le juge a-t-il le pouvoir d'individualiser la peine ? La doctrine rétributive de la relégation empêche toute d'adaptation des règles de droits aux cas particuliers. Elle exécute une politique pénale répressive qui s'emploie à être rapide et efficace. La relégation est automatique et obligatoire plaçant le juge dans un rôle d'exécutant qui serait coupable d'un déni de justice s'il devait individualiser la peine.

3. Une relégation automatique

¹⁰⁴⁴ Art 25 du CP de 1810 la relégation est prononcée « contre tout individu qui après avoir été condamné à cinq ans d'emprisonnement au moins... ».

¹⁰⁴⁵ Loi sur la relégation des récidivistes du 27 mai 1885, art 4.

¹⁰⁴⁶ En Suisse, par exemple, le critère du nombre de condamnations s'applique aux incorrigibles des longues peines de prison. Le juge a des pouvoirs illimités. En Belgique, la loi du 27 novembre 1891 offre au juge l'appréciation souveraine de l'incorrigibilité alors même qu'aucune condamnation antérieure n'était prononcée contre le malfrat.

¹⁰⁴⁷ Le congrès pénitentiaire de 1895, mais il ne résout pas le problème de la base de la loi qui doit permettre cette détermination.

¹⁰⁴⁸ G.Bessiere, *La loi pénale* ...op cit., p 83.

240. La relégation a vocation à éliminer les récidivistes du territoire. Pour être efficace et empêcher d'éventuels traitements de faveur envers certains récidivistes les conditions d'applications sont strictes. La relégation est une peine complémentaire et obligatoire. Sous la III^{ème} République, les juristes et publicistes s'interrogent sur la définition de la récidive et sur les critères qui caractérisent le récidiviste. La première loi qui édictait une peine spéciale pour les récidivistes incorrigibles est celle du 27 mai 1885 qui met en place la relégation des récidivistes. «*La relégation est une peine complémentaire et perpétuelle de droit commun subie à l'expiration de la peine principale. Elle est automatiquement prononcée par le juge de la dernière sentence au vu des condamnations antérieures subies par l'accusé*»¹⁰⁴⁹. La loi se base sur une récidive temporaire exigeant un intervalle de 10 ans entre les deux infractions, qui n'inclut pas dans ce délai la peine subie par le condamné¹⁰⁵⁰. Cette peine complémentaire élimine le récidiviste par la déportation dans les colonies¹⁰⁵¹. Elle s'applique à l'expiration de la peine principale déjà exécutée, souvent dans une prison en métropole¹⁰⁵². La peine de relégation est prononcée en même temps que la peine principale¹⁰⁵³.

Il existe deux modes de relégation. Pour les relégués qui possèdent des moyens de subsistance, un métier ou un savoir-faire la relégation est individuelle. La relégation représentera pour cette minorité un exil dans les colonies. Pour la grande majorité la relégation équivaudra à vivre comme prisonnier dans un établissement pénitentiaire selon les règles de la relégation collective.

241. Les critères quantitatifs dans l'article 4 de la loi de 1885 ont pour conséquence l'application automatique de la relégation et empêchent l'individualisation de la peine par le juge. L'automatisme de la peine aggravée pour le récidiviste est la traduction concrète de la présomption d'incorrigibilité. La preuve contraire de sa corrigibilité n'est pas admise, voire difficile à établir contrairement aux garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion par le travail, l'hébergement ou la vie familiale qui dérogent aux peines planchers. Ce régime fondé sur des critères objectifs restreint considérablement en pratique les droits de la défense malgré l'intervention d'un défenseur à peine de nullité¹⁰⁵⁴. Le texte de la relégation ne cite pas expressément l'incorrigibilité mais elle consacre indirectement une présomption irréfragable d'incorrigibilité. L'article 4 détaille les critères d'application de la relégation, quantifie les années d'intervalles de 6 ans sans condamnation pour ne pas appliquer la relégation. La loi gradue jusqu'à 7 condamnations pour déclencher automatiquement la relégation. Elle instaure une échelle graduée d'antécédents judiciaires qui présume la dangerosité et l'incorrigibilité du condamné imposant une relégation. La présomption d'incorrigibilité est de ce fait intimement liée à la dangerosité présente et future du récidiviste dont le degré de gravité est mesuré par une échelle qui calcule automatiquement la qualité de son passé criminel.

¹⁰⁴⁹ V. à ce sujet J-C Vimont, *L'observation des relégués...op.cit.*

¹⁰⁵⁰ Loi sur la relégation des récidivistes du 27 mai 1885, art 4 : « Si, dans un intervalle de 10 années, les condamnations antérieures et l'ultime condamnation aboutissent au quatre ensemble suivant, la relégation est appliquée : deux condamnations criminelles aux travaux forcés ou à la réclusion ; une condamnation travaux forcés ou une condamnation à la réclusion et trois condamnations à plus de trois mois d'emprisonnement ; quatre condamnations à plus de trois mois d'emprisonnement ; sept condamnations dont deux à plus de trois mois d'emprisonnement et cinq pour vagabondage ou infraction à l'interdiction de résidence à condition que ces cinq dernières aient été de plus de trois mois d'emprisonnement».

¹⁰⁵¹ Art 8 de la loi du 27 mai 1885.

¹⁰⁵² Ibid., Art 12,

¹⁰⁵³ Ibid., Art 10.

¹⁰⁵⁴ Ibid., Art 11.

242. Les juges sont majoritairement hostiles à cet instrument qui relègue les récidivistes. D'une part, cette peine est vécue dans des conditions inhumaines extrêmes pour les relégués soumis aux travaux forcés dans les bagnes coloniaux, en Guyane, Saint-Jean du Maroni. Les conditions de vie lors de la transportation éliminent une partie des relégués durant leur chemin vers les colonies. La relégation brise les hommes plus qu'elle ne les rééduque. D'autre part, la relégation est automatiquement prononcée après constatation des critères quantitatifs d'antécédents judiciaires et limite considérablement le pouvoir d'appréciation et d'interprétation du juge. Les magistrats contournent l'automatisme de la peine en prononçant des peines inférieures à trois mois afin que le condamné ne puisse tomber sous le coup de la relégation. La même attitude d'indépendance se retrouve dans les décisions des juges qui ne souhaitent pas appliquer une peine-planchers. Au-delà de l'automatisme du prononcé de la relégation, pouvant être contourné en pratique, l'absence de personnalisation de la peine limite considérablement sa portée. Cette peine complémentaire spéciale pour les récidivistes ne distingue pas les auteurs selon leurs profils ou leurs actes criminels ou délictuels. Les modifications d'application de la relégation répondront aux exigences humanistes des républicains. Ils jettent l'idée d'une étude et d'une observation en vue de les classer. Cet instrument *pur et dur* se transforme en un outil d'observation scientifique dans le but d'obtenir l'amendement du récidiviste ainsi que sa réinsertion. La défense sociale nouvelle des années 1950, fortement inspirée du courant des années 20, critique la fermeté des peines rétributives, la peine de mort, les peines pour les anormaux mentaux et la relégation. Elle propose un autre sens à la peine. La peine a un objectif de défense de la société et la relégation ne doit plus servir uniquement à punir mais elle doit être un instrument d'observation scientifique sur le sol métropolitain.

b. Des récidivistes classifiés

243. La relégation est vivement critiquée surtout en matière d'efficacité contre la récidive. La relégation doit s'adapter aux politiques humanistes de l'après seconde guerre mondiale. Les travaux forcés en outre-mer sont supprimés¹⁰⁵⁵, la relégation métropolitaine remplace la relégation coloniale¹⁰⁵⁶. Cet acte bouleverse la prise en charge des récidivistes. Il n'est plus seulement question de punir mais il est aussi question de prévenir. Pour cela, il faut comprendre les causes de la récidive en observant et classifiant les relégués. D'un instrument automatique et obligatoire, la relégation devient une peine aléatoire et incertaine que ce soit sur le fond ou sur la forme. Sur quelle méthode les relégués sont observés et sur quels critères sont-ils classifiés ?

La traduction en droit de ces études comportementales et physiques aboutissent à établir une nomenclature objective de plusieurs types de récidivistes incorrigibles et dangereux, qui subiront des peines différentes. La relégation métropolitaine instaure une procédure d'observation des relégués dans des établissements et prisons spéciales, sans limitation de durée (1). L'objectif est d'adapter la peine en fonction des caractéristiques asociales ou antisociales du relégué en vue de sa réadaptation (2). La nouvelle formule de la relégation est plus souple, basée sur des critères subjectifs accordant une possible libération conditionnelle à différentes étapes du processus (3).

¹⁰⁵⁵ Le décret-loi du 17 juin 1938 supprime les travaux forcés en outre-mer

¹⁰⁵⁶ Loi du 6 juillet 1942.

1. Des relégués observés

244. L'observation des relégués au centre du processus de la relégation¹⁰⁵⁷ rappelle quelques similitudes avec la procédure de la rétention de sûreté de 2008. L'observation du délinquant ou criminel dangereux conduit à une décision de maintien par la commission pluridisciplinaire, pendant une durée déterminée ou indéterminée. Une étude du processus d'observation des relégués montre qu'il est un véritable « *chemin de croix parsemé d'instance d'observation* »¹⁰⁵⁸. Quels sont les critères d'observation des récidivistes à l'époque de la relégation ? Comment s'organise cette observation ?

En 1905, Camille Aymard¹⁰⁵⁹, constitue une typologie des récidivistes. Il convient de différencier le récidiviste combatif du résigné ou de distinguer comme au Moyen Âge le bon du mauvais¹⁰⁶⁰. En 1945 seulement, l'administration pénitentiaire met en place de nouvelles expérimentations pour réinsérer, réadapter et humaniser la peine. La Défense Sociale Nouvelle de Paul Amor, Pierre Cannat, Marc Ancel ou encore Charles Germain se distingue des théories criminologiques de Lombroso¹⁰⁶¹. La Défense sociale nouvelle est inconsciente de l'ampleur de la tâche et de la difficulté que représente l'étude du récidiviste. Sans tomber dans la catégorisation de Lombroso elle distingue plusieurs profils de récidivistes. L'étude de la personnalité du récidiviste permet ainsi d'individualiser une peine utile qui prévient la rechute.

245. La réforme pénitentiaire de Pierre Cannat en 1944 donne pour mission aux magistrats l'organisation de la relégation en métropole. Un réseau de cinq d'établissements spécifiques est créé: centre pénitentiaire, centre de triage et d'observation, prison et quartiers de maisons centrales, centre de semi-liberté et des foyers de réinsertion. Lorsque le récidiviste a exécuté sa peine, si le jugement prévoit la relégation à l'issue, le relégué subit en plus une durée d'épreuve de trois ans dans un centre pénitentiaire de Mauzach et de Saint-Martin De Ré. Sous ce régime pénitentiaire, il pourra soit être soumis aux travaux forcés soit bénéficier d'une libération conditionnelle ou être admis dans un centre de triage pour observation durant six mois. Dans ce dernier cas les relégués sont renvoyés dans un centre de triage et d'observation situé à Loos-Les-Lille, Rouen, Besançon ou Saint-Étienne¹⁰⁶². Ce centre fait suivre aux relégués un régime progressif. Les trois premiers mois, le relégué est isolé. Ils sont observés par des éducateurs en maison d'arrêt qui rédige des fiches de synthèse suite à leurs entretiens. Une assistance sociale enquête sur le milieu familial et un psychologue réalise une expertise. L'administration pénitentiaire remet elle aussi à son tour un rapport sur la bonne conduite du récidiviste (rapport d'incident). Puis une période d'enseignement de trois mois se succède. Les relégués bénéficient de sorties et de promenades. Durant les trois derniers mois, il peut être placé en semi-liberté pour exercer un travail en journée tout en retournant, le soir, dormir en prison. Leurs conditions physiques et mentales faisaient souvent échec au centre de relèvement par le travail. Ces hommes finissaient à l'asile ou à l'hospice. S'ils

¹⁰⁵⁷ V. ; J-C Vimont, *L'observation des relégués en France (1947-1970)*, Droz, Vol13, n°1, 2009, analyse du processus d'observation des relégués à travers 1465 dossiers et rapport de synthèse aux archives départementales du Puy-de-Dôme, de la Seine-Maritime.

¹⁰⁵⁸ Ibid., p 54.

¹⁰⁵⁹ C. Aymard, *La profession du crime*, thèse, Paris, 1905, p 13 et s.

¹⁰⁶⁰ L. Mucchielli (dir), *Histoire de la criminologie française*, PUF, 1994, p 457 et s.

¹⁰⁶¹ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op. cit.* p 36.

¹⁰⁶² A Loos-lès-Lille en 1947, puis à Rouen en 1952, Besançon en 1953 et à Saint-Étienne en 1955.

violaient les obligations de la semi-liberté ils retournaient dans le circuit de l'observation. Ce processus pouvait donc s'articuler sans fin, décourageant les récidivistes.

À l'issue, une équipe pluridisciplinaire étudie la personnalité du relégué et se prononce sur sa nature asociale ou antisociale dépendant de deux classifications distinctes. Ces critères s'inspirent fortement des travaux de Lombroso. La commission présidée par un magistrat décide dans quelle catégorie le récidiviste appartient. « *Il serait exagéré de soutenir que, pour la catégorie des relégués par exemple, tout effort de reclassement doit être abandonné. Sans doute est-ce par un effort nouveau de classification et de distinction des condamnés en groupes différents que la solution du problème sera recherchée dans les années à venir* »¹⁰⁶³. En fonction de leur classement, une solution de reclassement leur est proposée qui peut aller jusqu'à la liberté conditionnelle. Cette doctrine part du principe que tout récidiviste est potentiellement reclassable ce qui contredit le principe de la présomption d'incorrigibilité initialement à la base de la relégation. Des prisons d'antisociaux sont aménagées à Lure en Haute-Saône et à Gannat dans l'Allier. Le travail est obligatoire et la surveillance est renforcée. Quelques cas d'insurrection des relégués qui refusaient l'allongement de leur incarcération sont relatés alors qu'ils étaient victimes de troubles mentaux. Les relégués violents et dangereux sont internés dans des hôpitaux psychiatriques. La majorité rejoignait les asociaux dans les centres de semi-liberté¹⁰⁶⁴.

246. La science criminelle fournit les outils de l'observation des centres d'observation et de triage à partir de 1947. Jean Pinatel considère les centres d'observation comme un moyen de faire un pronostic social à travers des méthodes scientifiques mais aussi sociales et psychologiques. Il met en application la criminologie. Des critères d'évaluation accordent la liberté conditionnelle aux relégués. « *Le comportement des relégués est sans cesse scruté, doté, évalué. Leur passé pénal, leurs antécédents familiaux, leur personnalité, leur attitude et leur physique sont analysés. Ils comparaissent devant des commissions de classement ou de mise en liberté qui peuvent repousser la date de la mise en liberté et les transférer dans un établissement adapté à leur personnalité* »¹⁰⁶⁵. L'observation se cumule avec celle effectuée durant le parcours du condamné hors la procédure. Cette observation est différente des autres car elle cible particulièrement les récidivistes. L'observation des relégués s'ajoute dans le casier pénitentiaire du détenu. Durant l'instruction, le détenu suit un régime progressif dans les prisons soumis au centre national d'observation (CNO) tel qu'il existe toujours à Fresnes.

En 1960, les éducateurs précisaient dans des rapports que certains d'entre eux étaient encore dangereux ou que leur personnalité inquiétante empêcherait la réinsertion sociale¹⁰⁶⁶. Le JAP pouvait prendre en compte ces rapports de synthèse dans sa décision de libération conditionnelle. Les éducateurs avaient le grand pouvoir de s'y opposer et de ce fait, éliminer définitivement de la société le récidiviste. Les criminologues influencés par Lombroso, ont perduré dans ce genre de politique sécuritaire jusque dans les années 60. Les juges, confrontés au risque présumé de récidive n'hésitent pas à justifier le maintien en prison de certains récidivistes tels que les pervers sexuels. En effet, la frontière entre l'asocial et l'antisocial est parfois ténue.

¹⁰⁶³ M. Ancel, in C Vimont, *L'observation des relégués ...op. cit.*

¹⁰⁶⁴ Clermont-Ferrand, Saint-Sulpice la pointe et Bordeaux.

¹⁰⁶⁵ J-C Vimont, *op.cit.*, p 52.

¹⁰⁶⁶ Archives départementales du Puy-de-Dôme et les synthèses rédigées en 1966, in, J-C Vimont..., *op.cit.*, p 139.

2. L'antisocial et l'asocial

247. Après la seconde guerre mondiale de nombreux partisans de défense sociale s'affirment. Malgré les réticences de l'administration pénitentiaire, le décret de 1936 intègre des services d'examen psychiatriques organisés par des centres d'orientations régionaux¹⁰⁶⁷. Dans les années 50 de nombreuses études sur les centres médicaux psychologiques et sociaux ont été réalisées afin de trouver une méthodologie de l'étude de la personnalité préalable au jugement ou dans le cadre d'une mesure de sûreté. La réforme pénitentiaire de Pierre Cannat en 1944 rapatrie la relégation en métropole. Le texte fait dorénavant référence à l'internement tout en gardant la possibilité d'une libération anticipée¹⁰⁶⁸. L'absence d'éloignement géographique est compensée par la durée de l'internement dont les critères de défense sociale contournent les exigences de la sanction pénale.

Néanmoins, l'objectif ici est l'observation par l'examen médico- psychologique et social du détenu qui aidera à individualiser sa peine. Le chemin carcéral doit s'adapter à la personnalité du détenu. L'instigateur de cette réforme croit plus en l'amendement du condamné qu'en l'élimination. « *L'homme devient le centre du droit pénal. Il est de plus en plus jugé sur sa valeur globale et non plus seulement sur sa faute d'un jour ; la peine qui lui est imposée n'est plus un carcan de misère, mais un moyen de l'aider à devenir meilleur* »¹⁰⁶⁹. La réforme pénitentiaire de Paul Amor en 1945 développe des établissements plus humains comportant des annexes psychiatriques. Il contribue à la création du CNO de Fresnes et d'un centre d'observation spécialisé pour les détenus psychopathes ou pour les lourdes peines au centre pénitentiaire de Château-Thierry. Quels sont les critères qui distinguent les délinquants antisociaux des asociaux durant le processus d'observation des relégués ?

En 1948, la classification des relégués s'opère selon trois catégories: les asociaux, les antisociaux et les amendables. Ce modèle expérimental à Lille distingue les personnes dangereuses actives ou passives selon le critère de la volonté de faire le bien ou le mal. Ce sont les critères criminologiques qui sont observés¹⁰⁷⁰. En catégorisant les récidivistes, la notion de dangerosité apparaît comme une solution de partage. Cependant la mesure du degré de dangerosité impose des critères objectifs afin que les résultats de la phase d'observation soient probants. La défense sociale nouvelle se heurte à l'incapacité de créer des catégories nettement définies en l'absence de critères criminologiques probants. S'appesantir sur le manque de volonté du récidiviste pour préjuger qu'il est dangereux est une attitude réductrice dans la lutte contre la récidive. Ces asociaux souffrent pour la majorité d'entre eux, de déficience mentale, d'handicaps physiques et d'addictions. Une partie d'entre eux sont incapables de vivre en société sans être sous la tutelle d'une tierce personne. En 1959, Marc Ancel souhaite aller plus loin en distinguant des aliénés totalement incapables, les anormaux partiellement capables¹⁰⁷¹. Les aliénés sont des criminels incurables à la différence des anormaux qui sont seulement des êtres déviants susceptibles de subir un traitement médical progressif sans pouvoir se substituer à la peine. Son projet de loi ne sera pas voté.

¹⁰⁶⁷ Ils sont créés à Fresnes, à la prison de la Santé et à la Petite Roquette.

¹⁰⁶⁸ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op. cit.*, p 36.

¹⁰⁶⁹ J-C Vimont, *L'observation des relégués ...op.cit.*, p 170.

¹⁰⁷⁰ R.Vullien « les premiers enseignements de l'expérience des relégués pour une future loi de défense sociale », *RSC*, 1951, p 559.

¹⁰⁷¹ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op. cit.* p 36 et s.

248. Pendant le stage d'observation sont distingués les antisociaux et les asociaux. La notion d'antisocial est attribuée au docteur Jean Dublineau. Les conduites sociales sont largement influencées par le milieu social. L'antisocial est le versant social de l'agressivité. L'antisociale et l'attitude qui en marge de la société confère aux agissements une hostilité à la société, à la loi et à l'intérêt collectif. Cette définition s'oppose au criminel-né développé par Lombroso ainsi qu'aux pervers instinctif vus par Dupré.

Selon Pierre Cannat, l'activité de l'antisociale porte en elle les germes les plus dangereuses de la rébellion contre les lois. L'antisocial est suffisamment dangereux pour qu'il ne retrouve pas son état de liberté. A l'inverse, les débiles ou les asociaux ont leur place dans un asile ou dans un camp de travail. Rares sont ceux qui pourront retrouver la liberté sauf à espérer un personnel et un encadrement efficace. Roger Vienne en 1956 définit les principaux traits des asociaux et les antisociaux¹⁰⁷². Les antisociaux sont des gens actifs, intelligents, d'une forte volonté, cyniques et égoïstes. Leur agressivité est plus ou moins avouée et savent la dissimuler car ils sont soucieux de leur intérêt. Ils ont un mépris de la morale et sont protestataires en prison. Ils ne sont jamais livrés à un travail productif car ils ont horreur du travail régulier. Des infractions graves peuvent être préparées à l'avance avec des complices car ils disposent d'un savoir technique. Ils sont avides de sensations primaires intenses et sont dépensiers. Les asociaux sont des personnes défavorisées physiquement, d'un niveau mental inférieur et d'une grande instabilité. Leur volonté est défaillante. Ce sont souvent des enfants abandonnés, des ouvriers agricoles ou des manœuvres urbains. Ils acceptent la discipline et ont un complexe d'infériorité et de culpabilité. Ce sont des voleurs pour satisfaire leurs besoins momentanés. Ils sont alcooliques. En 1950, le Docteur Bachet étudie sur une cohorte de récidivistes « *les liens entre les antécédents de dissociation familiale, des névroses telles que l'onychophagie, le somnambulisme, l'énurésie, les troubles de la parole et la fréquence des récidives de vols* »¹⁰⁷³. Il explique « *la genèse d'une part importante de la criminalité par un déficit des contrôles supérieurs lié à l'absence d'une séparation complète entre l'état de sommeil et l'état de veille. Il s'agissait principalement de délinquances liées au déficit de volonté, à l'aboulie, au caractère instinctif des délits, à la mythomanie et au dédoublement de la personnalité* »¹⁰⁷⁴. Suivant cette analyse, reposant sur les stigmates de troubles psychiques, les éducateurs qualifiaient les comportements et les attitudes des relégués, notamment durant la phase d'isolement. Ils étaient instables, colériques, émotifs, n'arrivant pas à garder l'attention, ayant des céphalées et des pertes de connaissance.

249. Une autre typologie distingue les délinquants ethniques, les délinquants constitutionnels, les ivrognes d'habitude, et les relégués. Cette typologie est principalement axée sur le corps du relégué. Les stigmates sont le principal critère de classification. Le crime a une origine pathologique constatée par les stigmates anatomiques, morphologiques, neurologiques et fonctionnelle. Les éducateurs qui rédigent les rapports d'observation s'inspirent fortement des théories de Lombroso, il s'agit du Néo- lombrosisme. Il y aurait un lien entre criminalité et hérédité ce qui justifie les synthèses biographiques des assistantes sociales, des centres pénitentiaires, des entretiens avec les éducateurs,

¹⁰⁷² « Les principaux traits des antisociaux et des asociaux selon Roger Vienne en 1956 », compte rendu de la conférence de R.Vienne, *RPDP*, 1956, p 531-535, « Considérations sur la psychologie, l'origine de l'État dangereux et les facteurs de réadaptation des multirécidivistes », *RSC*, 1957 p53-63, in J-C Vimont, *L'observation des relégués en France (1947-1970)*, Droz, Vol13, N°1, 2009 p57.

¹⁰⁷³ J-C Vimont, *L'observation des relégués ...op.cit.*, p 67.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p 67.

psychiatres et gardiens pour retracer les antécédents familiaux et les maladies¹⁰⁷⁵. En l'absence de caractère physique, les rapports de synthèse rédigés par les éducateurs emploient des qualificatifs à l'encontre des relégués, remplis de préjugés et de déductions infondés¹⁰⁷⁶. Les cambrioleurs sont des casseurs et les fugueurs ont une prédisposition ethnique aux déséquilibres organiques. Les origines socio- professionnelles présument qu'un fermier breton, un ouvrier agricole lorrain ou alsacien et un berger corse sont frustrés et brutes. L'hérédo-alcoolique ou les stigmates d'alcoolique héréditaire sont empruntés à Morel et à Mangan pour définir les tares familiales. Ces dernières sont caractérisées par des stigmates dégénératifs qui créent le lien entre criminalité et hérédité défendu par les néo-lombrosistes. La dysmorphie est utilisée pour relier les anomalies physiques à la récidive. La forme du crâne est abandonnée au profit des traits du visage. Les éducateurs ciblent leurs rapports sur les physiques atypiques, les petites tailles, les hommes chétifs, les membres disproportionnés alors qu'à la même époque en 1954, Grapin insiste sur « l'absence de corrélation décisive entre le dysmorphisme et la criminalité »¹⁰⁷⁷. Après l'observation, l'évaluation et le triage selon les critères d'asociaux et d'antisociaux, le relégué pourra obtenir la libération conditionnelle ou rester en détention.

3. Un parcours incertain et aléatoire

- 250.** La relégation est une peine qui essaye en vain de se réinventer. Elle est dépassée par l'absence de connaissance du récidiviste. Elle tente irrémédiablement d'intégrer dans un processus rétributif des phases préventives sans succès. La fin de l'automatisme de la relégation et la liberté conditionnelle vont réduire le champ d'application d'une relégation dont le parcours est semé d'embûches pour le récidiviste qui souhaite en sortir pour se réinsérer.

La libération conditionnelle adoptée par la loi du 7 juillet 1942 marque le début d'un fléchissement de la relégation. À l'issue de trois années d'épreuve le récidiviste peut obtenir une libération conditionnelle. Pierre Cannat fait preuve de rupture avec la doctrine de Lombroso, en donnant à sa thèse un titre provocateur : « *Nos frères les récidivistes* »¹⁰⁷⁸. Pierre Cannat est pessimiste quant à la capacité du relégué de faire un effort d'apprentissage. Même si celui-ci acquiert un métier, il n'en reste pas moins dangereux. Certains le sont de manière incurable d'où la création en 1950 d'une catégorie de relégué antisocial dont la réinsertion est impossible justifiant ainsi la poursuite d'un régime éliminatoire et non de libération conditionnelle. La place du récidiviste dangereux est en prison et nulle part ailleurs. Dans ce contexte, les rapports des éducateurs peuvent être un frein dans la libération conditionnelle du relégué, dénaturant la loi de 1942. Les éducateurs semblent être à contre-courant de la philosophie de la défense sociale nouvelle, puisque la liberté conditionnelle est déterminée par les résultats d'examen médicaux psychologiques et sociaux de la personnalité auxquels ils participent. Les récidivistes restent une catégorie spéciale de condamnés qui exige un traitement plus sévère que les autres.

¹⁰⁷⁵ V., J. Pinatel Hérédité et criminologie, 1954, in *Ibid.*, p 67.

¹⁰⁷⁶ J-C Vimont, *L'observation des relégués ...op.cit.*

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p 58.

¹⁰⁷⁸ P.Cannat, *Nos frères les récidivistes : reclassement et ségrégation*, th., Paris, Recueil Sirey, 1942.

251. La relégation devient facultative en 1954¹⁰⁷⁹. Le juge retrouve sa liberté de prononcer ou non la relégation. La fin de l'automatisme de la relégation amorce sa suppression en 1970. La libération conditionnelle est un échec. Cela n'a pas diminué la criminalité mais le nombre de sentences. En 1963, le garde des sceaux Jean Foyer critique la défense sociale nouvelle. L'irréductible et le dangereux d'inamendable refont surface dans les discours politiques. Le récidiviste est stigmatisé, étiqueté et classifié. C'est l'échec d'une politique pénale trop humaniste et sûre de ses méthodes. Les hommes de justice, éducateurs, assistants sociaux, magistrats s'interrogent en vain sur les causes de la récurrence et sur les façons de redresser le récidiviste. Ils ont besoin d'une grille de lecture pour comprendre le comportement de ces individus. Les échecs de la réinsertion, après la libération conditionnelle, fixent le délinquant dans le cercle vertueux de la récurrence. Il tombe dans une catégorie de délinquant né, délinquant ethnique, délinquant constitutionnel ou dégénérés. Son incorrigibilité et sa dangerosité s'aggravent au gré des échecs. Le récidiviste est-il le seul responsable de sa rechute ? Les défaillances du système pénitentiaire n'aident-elles pas le récidiviste à récidiver ? De plus, il est constaté que la plupart des incriminations concernent des délits de faible gravité. Seulement un quart d'entre eux ont commis des crimes et souvent il s'agit de vol aggravé. La dangerosité des relégués se rapprochait plus à l'origine d'une dangerosité sociale que d'une dangerosité psychiatrique, quand bien même cette dernière, se développait au cours de la peine. Dans ce contexte le sentiment d'injustice se développe parmi les relégués. La coexistence entre ces asociaux et le personnel pénitentiaire devient difficile. La désobéissance se propage et augmente le temps d'incarcération pour les plus violents.

La loi a ses propres limites en accord avec l'opinion, l'Etat et les mœurs. Lorsqu'elle lutte « *avec les forces vives de la société et de la civilisation* »¹⁰⁸⁰ elle est impuissante et inefficace. « *Les tribunaux hésitent, les jurys acquittent, les textes défont et meurent sous l'œil stupéfait des juges* »¹⁰⁸¹. La déportation et la relégation se construisent en dehors de la justice et ont vocation à s'écrouler promptement.

B. Une relégation inadaptée

252. Les statistiques criminelles constatent que la récurrence professionnelle augmente par rapport à l'ensemble¹⁰⁸² en raison de la création de la relégation le 27 mai 1885. Néanmoins, entre 1826 et 1892 il est observé une baisse significative de la criminalité en général. L'Angleterre, l'Allemagne la Suisse ou la Prusse font aussi ce constat. Cependant, en Angleterre, un quart du nombre des détenus sont des récidivistes endurcis¹⁰⁸³. « *Le délit devient donc le privilège d'une classe de moins en moins nombreuses peut-être dans certains pays, mais de plus en plus criminelle* »¹⁰⁸⁴. La relégation est focalisée sur la classification et non sur les méthodes de réinsertion comme l'éducation et la formation

¹⁰⁷⁹ La loi n°54-706 du 3 juillet 1954 modifie l'article 4 de la loi du 27 mai 1885 modifiée par la loi du 2 mars 1943 est ainsi modifiée : « pourront être relégués... ».

¹⁰⁸⁰ V.Hugo, *Œuvres complètes ...op.cit.*, p 109

¹⁰⁸¹ Ibid.

¹⁰⁸² En France, entre 1826 et 1892 les statistiques montrent une augmentation considérable pour vagabondage et mendicité. 1826 : 2910 condamnations pour vagabondage et 966 pour mendicité. En 1892:19 356 condamnations pour vagabondage soit 73 % des récidivistes et 15 776 pour mendicité soient 78 % des récidivistes. Concernant le vol en 1851:23,8 % sont des récidivistes alors qu'en 1892 ce chiffre passe à 43,4 %. G.Bessière, *La loi pénale ...op.cit.* p15.

¹⁰⁸³ Acte du congrès d'anthropologie criminelle de Genève, p341, *in ibid.* p12.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*,p15.

encore inexistantes. Puis, elle perd de vue la finalité rétributive de la relégation. La doctrine utilitaire n'a pas su s'adapter aux exigences sociétales du XX^{ème} siècle. Elle ne lutte pas suffisamment contre la récidive professionnelle. Quelles sont les failles dans le processus d'observation des récidivistes? La relégation est construite selon le modèle de la peine purement rétributive. Elle est inhumaine et ne reclasse pas le récidiviste au sein de sa société. L'idée de repeupler les terres d'Outre-Mer avec une population déviante n'a pas convaincu les juges hostiles à cette mesure (a). L'organisation des services judiciaires et administratifs manquent d'efficacité¹⁰⁸⁵ dans le processus d'observation des relégués. Les missions se chevauchent et se concurrencent ce qui réduit la portée de l'observation des récidivistes (b). La relégation est contreproductive car elle brise plus les hommes qu'elle ne les réinsère (c).

a. L'utopie de la Nouvelle France

253. La mise en œuvre de la relégation ne satisfait pas les exigences des principes républicains et des droits de l'homme. Le juge est garant de la liberté et des droits de chacun cependant, il se doit aussi d'exercer sa profession avec humanité. Le condamné a aussi droit au respect de sa dignité. La définition pénitentiaire de l'incorrigible fainéant et criminel d'habitude du XIX^e siècle renaît avec la transportation du récidiviste dans les colonies. Durant son voyage, il se débarrasse de ses démons. L'élimination aurait ce don de régénérer moralement l'homme corrompu. L'utopie entourant les bienfaits de la relégation s'inscrit fortement dans les esprits de l'époque. « *Chaque tour d'hélice qui l'éloigne à jamais de la France devait aider le récidiviste à lui rendre ou à lui donner le goût du travail. À peine débarqué il demanderait lui-même à être assigné ou à cultiver un coin de terre* »¹⁰⁸⁶. Il s'agit d'un instrument archaïque, potentiellement perpétuelle mais aussi stigmatisant. D'autant plus que les rapports d'observation vont se baser principalement sur le corps des relégués. Ce sont les stigmates qui permettront la classification des relégués. Stigmates qui sont le résultat des conditions de détention, de travaux forcés, et d'une vie précaire. L'empreinte pénitentiaire de la relégation marque les détenus. Il s'interrogeait sur le facteur criminogène de cet instrument. Il constatait le vieillissement prématuré et les infirmités qui n'étaient que la conséquence sur les détenus des conditions de vie de cette prison. Tuberculose, maladie, mais aussi le manque d'attention. Les relégués devenaient les épaves sociales inadaptées à la réinsertion dans la société ne pouvant trouver un équilibre de vie uniquement en prison. Certains d'entre eux refusent d'y sortir. Dans le rapport observation, l'éducateur fait ressortir les conséquences de l'empreinte pénitentiaire sur les relégués en parlant de détenus ou de relégués type, parfaitement adaptés aux conditions de détention, à la discipline à l'obéissance et à une vie stéréotypée. L'habitude de vie des relégués à la conséquence de l'allongement des séjours dans le milieu carcéral. En effet la liberté conditionnelle dans ce contexte est un échec, le processus de la relégation l'ont, parsemée d'instance d'observation. Après avoir effectué leur peine, ils subissent pendant trois ans d'épreuve dans un centre pénitentiaire une observation afin de les rediriger dans un centre de triage et d'observation. Pour ceux qui bénéficient de la semi-liberté beaucoup d'entre eux ne la respecteront pas et retomberont dans le processus pour une durée indéterminée sans garantie d'obtenir un

¹⁰⁸⁵ B. Pige, *L'efficacité est l'optimisation des outils mis en œuvre pour parvenir à un résultat, Management et contrôle de gestion*, Nathan, 2008, p 9.

¹⁰⁸⁶ J. Reinach, *Les récidivistes*, Paris, 1882, p210, in *Ibid.*, p112.

jour la liberté. Il s'agit d'un cercle vicieux où les relégués peinent à en sortir. Ces hommes n'ont souvent pas de chance¹⁰⁸⁷.

254. Les juges s'opposés à la relégation dans ces conditions. Les critères de l'incorrigibilité inscrit dans la loi ne s'adapte pas aux circonstances de l'infraction reprochée ni de la personnalité de l'auteur présumé mais uniquement sur des considérations quantitatives relatives au passé judiciaire. Ensuite, les relégués sont triés suivant des critères scientifiques qui conditionnement l'orientation du régime dont la sévérité varie en fonction du degré de dangerosité établi pour l'avenir. Le juge est transformé en automate et se retrouve à appliquer des mesures impitoyables et exorbitantes abandonnant ainsi les garanties fondamentales des droits de la défense. En pratique, le juge prend connaissance de la personnalité humaine¹⁰⁸⁸. Il l'analyse et prononce une sentence en respectant les peines prévues par les textes de loi. C'est pourquoi les magistrats ont détourné la loi de 1885 en prononçant des peines principales inférieures ou égales à trois mois de prison empêchant la relégation d'être encourue lorsque les conditions l'imposaient. Ce moyen est encore utilisé aujourd'hui par les magistrats opposés à l'application d'une loi qu'ils jugent inhumaine, inutile voire injuste¹⁰⁸⁹.

b. Une double autorité

255. Le régime de la relégation est soumis à deux autorités distinctes décisionnaires. Les missions des autorités judiciaires et administratives se chevauchent. L'administration pénitentiaire placée sous l'autorité administrative avait le droit de défaire ce que le juge judiciaire décidait. Elle pouvait revenir sur la peine perpétuelle de relégation ou appliquer la liberté conditionnelle si le détenu montrait un gage de relèvement¹⁰⁹⁰. L'incorrigibilité est jugée par l'autorité judiciaire dans le cadre d'une première condamnation à l'internement pendant une courte durée durant laquelle des examens biologiques et psychologiques étaient réalisés. Après l'obtention des résultats, le condamné se présente devant un nouveau tribunal spécialement prévu à cet effet pour une seconde condamnation. Il statue de manière définitive. Il y a deux jugements suivant deux procédures qui condamnent la même personne pour les mêmes faits contrairement au principe *non bis in idem*. Cette méthode permet de centraliser les attributions sous l'autorité de la justice. Les commissions de classement basées en métropole font remonter les renseignements collectés sur les prévenus entre les mains des magistrats. Lors des débats à la Chambre des Députés sur la Relégation, un amendement pour adopter une délibération séparée est rejeté¹⁰⁹¹. N'est-il pas inique de juger une deuxième fois à raison du même fait, un criminel qui peut se croire libérer de toute dette par la première sentence ?

¹⁰⁸⁷ « pas de chance » est le surnom donné à un relégué cité dans les rapports de synthèse des éducateurs en raison de son retour récurant au centre de tri, *Ibid.* p112.

¹⁰⁸⁸ Interrogation déjà en 1898 quant aux moyens utilisés par les magistrats pour réaliser cette enquête physiologique et psychologique du délinquant d'habitude, alors que les tribunaux sont surchargés et qu'il existe des doutes sur les éléments d'appréciation, les informations recueillis. Il faut du temps et des moyens pour se prononcer sur l'incorrigibilité, G.Bessière, *La loi pénale....op.cit.*, p88.

¹⁰⁸⁹ G.Bessière, *La loi pénale ...op.cit.*, p87 note 1.

¹⁰⁹⁰ La loi du 14 août 1885 (art 2) donne le droit à l'administration de dispenser la peine de relégation aux condamnés digne de cette faveur ; la loi du 27 mai 1885 (art 18) accorde ce même droit pour les condamnés malades ou infirmes ; même idée dans le décret du 26 novembre 1885 (art. 7) qui établit la Commission de classement des récidivistes.

¹⁰⁹¹ Amendement de M.Jullien présenté le 25 juin 1884, *Ibid.*, p87 et s.

256. En effet, cette procédure complexe place dans les mains d'un seul juge le pouvoir de juger une deuxième fois un condamné pour les mêmes faits. De plus, l'administration pénitentiaire peut dispenser de peine certains récidivistes. Selon Van Hamel l'autorité administrative ne devrait pas avoir pour compétence de modifier la décision du juge. Face à ces préoccupations, il souhaite créer, à côté des tribunaux ordinaires qui se prononcent sur l'élimination (Cour d'élimination), un tribunal spécial qui prend le temps d'examiner et de se prononcer sur l'incorrigibilité¹⁰⁹². Il s'agit d'un double procès et d'une double procédure mais qui ne répondent pas à la même question. Dans un premier temps, cette procédure s'interroge sur la culpabilité du prévenu et s'il doit ou non subir la peine. Dans un second temps, le tribunal s'interroge sur le quantum de la peine en fonction de son degré d'incorrigibilité. Dès lors intervient le choix de l'utilité de la peine qui conditionnera son avenir. Lors de sa première comparution devant le tribunal ordinaire le récidiviste bénéficiera d'une détention préventive d'une durée maximale pendant laquelle un second tribunal spécial devra statuer. Il soumet l'idée d'employer des médecins et fonctionnaires de l'administration pénitentiaire ainsi que les délégués des sociétés de patronage à titre consultatif et d'obtenir des renseignements plus complets. Il évoque ainsi une commission de classement des relégués. La compétence des magistrats offre un jugement éclairé car spécialisé pour examiner et juger de l'incorrigibilité du récidiviste. Devant ce tribunal le récidiviste devrait être assisté d'un défenseur tel que ce droit existe déjà à l'article 11 de la loi de 1885 qui rend obligatoire l'assistance d'un avocat pour tous les prévenus relégués. La sentence de ce tribunal comporte donc des garanties en contrepartie de la légitimité et la légalité de son autorité¹⁰⁹³. Les garanties fixées par la loi concernant l'âge, le sexe et l'état de santé n'ont pas besoin de faire l'objet d'une procédure préalable puisqu'ils seront des critères dans le parcours. Pour éviter la double sentence il serait préférable que les juges d'instruction voire les magistrats du Parquet puissent directement renvoyer devant la cour les prévenus. Le droit d'évocation pourrait lui être accordé concernant les affaires en cours devant le tribunal de droit commun. L'administration pénitentiaire ne se prononçant plus sur la liberté conditionnelle du relégué aurait seulement le droit de faire comparaître le détenu en cours de peines devant la Cour d'élimination. Cette dernière prérogative comblerait les lacunes d'un système qui aurait omis ou aurait été trop indulgent lors du premier procès. « *Pourquoi une omission ou une indulgence trop grande des premiers juges devrait-elle créer un droit acquis à la récidive, si l'on est en présence d'un incorrigible avéré ?* » Bessière qui défend la conception de la Cour d'élimination développée par Van Hamel, verrouilla tous les cas où le récidiviste pourrait passer entre les mains du filet. Il a conscience que la procédure d'enquête et de renseignements sur le délinquant est longue et nécessite des moyens particuliers qui pourraient rendre inefficace la procédure. Il relativise la confiance envers les juges qu'il qualifie d'indulgence excessive d'où la création d'une relégation obligatoire. De même, en ce qui concerne l'organisation judiciaire, certaines Chambres Correctionnelles devraient se spécialiser dans les affaires suspectant les malfaiteurs d'habitude présumés incorrigibles. Les magistrats seraient alors spécialisés dans les affaires criminelles sans obligation de roulement avec les autres matières civiles. Cette procédure n'a pas été retenue et pourtant des similitudes apparaissent avec la procédure d'ajournement instaurée par la loi de 2014. Une enquête sur la personnalité du prévenu est menée par l'administration pénitentiaire afin de prononcer une peine en adéquation avec ses besoins tout en poursuivant un but de prévention de la récidive¹⁰⁹⁴. Le

¹⁰⁹² Van Hamel in G.Bessière, *La loi pénaleop.cit.*,p 95et s.

¹⁰⁹³ Ibid. p 95.

¹⁰⁹⁴ Art 132-70-1 CP et Art. 379-3-1 du CPP, Art 5 issu de la Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

chevauchement des autorités administratives et judiciaires a rendu la relégation complexe avec des répercussions non négligeable dans le système carcéral.

c. Le système pénitentiaire de la relégation limité

257. L'emprisonnement perpétuel, qui élimine le dangereux criminel, ne lutte pas contre la récidive des petits délits. Pour autant, la peine perpétuelle n'est pas constitutive d'un mauvais traitement¹⁰⁹⁵. L'absence de perspective de réinsertion dans la peine ne peut pas projeter cette réponse pénale dans une dynamique préventive. La société est complice dans la fabrication de récidivistes car la principale cause réside dans le système pénitentiaire¹⁰⁹⁶. Lors du congrès pénitentiaire de Saint-Pétersbourg en 1890 les défenseurs de l'emprisonnement carcéral perpétuel poussent à l'extrême la logique de la défense sociale¹⁰⁹⁷. Il suggère contre les incorrigibles des sanctions plus rigoureuses et d'une durée plus longue notamment par le biais de l'encellulement. Sans distinction elle s'appliquerait à l'ensemble des récidivistes¹⁰⁹⁸. Le principe de l'élimination est détendu à l'emprisonnement qui fait s'entrechoquer l'idée d'une garde, d'une mise à l'écart de la société avec l'idée de répression. Selon Bessière la notion d'incorrigibilité octroie uniquement le droit à la société de se protéger contre les récidivistes les plus dangereux mais il n'octroie pas le droit à la répression par l'emprisonnement ce qui conduirait à des inégalités dans la proportionnalité des peines. Les petits délinquants récidivistes, vagabonds et mendiants, représentent une grande partie de la masse. Ils seraient punis à des fortes peines pouvant aller jusqu'à 20 ans de prison alors que le criminel serait moins sévèrement puni. « *Emprisonner les incorrigibles, c'est donc une rigueur injuste, car si l'élimination se transforme en peine, on a le droit de lui opposer le principe de la proportionnalité* »¹⁰⁹⁹.

258. La prison a démontré son impuissance face au récidiviste incorrigible et dangereux. Cependant la peine d'élimination est un instrument traditionnel de lutte contre les criminels des issues des doctrines utilitaristes. Les récidivistes ne seraient-ils pas des victimes du système répressif et plus particulièrement du régime pénitentiaire ?

Le système pénitentiaire n'est pas efficace. La société est complice de la fabrication de récidivistes à travers le vice des institutions qu'elle alimente. La relégation n'est qu'un arbre qui cache la forêt. Elle est un alibi, une excuse, pour se détourner de l'intérêt de s'interroger sur l'utilité et l'efficacité de la prison. Ajoutez à cela, l'utopie de repeupler les colonies et de croire qu'à chaque coup de rame le récidiviste se déleste de ses vices en s'éloignant du port métropolitain. Ces malheureux n'ont pu bénéficier de l'éducation républicaine, de la protection d'un père et de l'affection d'une mère, comme le dénonce si bien Reinach¹¹⁰⁰. Ils sont maintenus dans la spirale de la récidive. « *Une armée ne massacre pas les blessés, même s'ils sont mortellement atteints* »¹¹⁰¹. La responsabilité

¹⁰⁹⁵ Leger c/ France, CEDH 11 nov. 2006, req. n°193224/02, D 2006, jur. 1800, note J-P. Cere, et Kafkaris c/ Chypre, CEDH, 12 fev. 2008, req. n° 21906/04, RSC 2008, 700, obs, J-P. Marguenaud.

¹⁰⁹⁶ G. Bessiere, *La loi pénale...op.cit.* p 63 et s.

¹⁰⁹⁷ Rapports de M. Alongi et de M.G.Dubois.

¹⁰⁹⁸ C'est sur ce chemin répressif que s'inscrit la loi aggravant le régime cellulaire contre les récidivistes en Belgique, loi du 29 janvier 1897.

¹⁰⁹⁹ G. Bessiere, *La loi pénale... op.cit.*, p 103.

¹¹⁰⁰ J. Reinach, *Les récidivistes...op.cit.*, p 210.

¹¹⁰¹ G.Bessiere, *La loi pénale ...op cit* p 63.

morale de la récidive ne repose-t-elle pas aussi sur la société ? Ces peines sont-elles nécessaires à la défense sociale ?

« À quoi bon condamner à la détention perpétuelle ou indéfinie un nombre considérable de délinquant, souvent presque inoffensif, si les fabriques de récidivistes continuent leur œuvre néfaste. Le véritable problème, c'est la préparation d'un avenir meilleur, c'est laisser du reclassement et de l'amendement des condamnés : c'est ainsi par de profondes réformes pénitentiaires, que l'on pourra diminuer le nombre des récidivistes et des incorrigibles »¹¹⁰². L'élimination ne prévoit rien et n'empêche rien, elle frappe le récidiviste à la fin de sa carrière criminelle alors qu'il est plus nocif, à défaut de frapper ceux qui sont en cours d'apprentissage. Les peines les plus durs clôturent la carrière criminelle. Lors des premiers délits, des peines plus faibles sont prononcées en espérant que le récidiviste arrêtera ici son parcours. Si la prison n'est pas efficace contre la récidive c'est peut-être parce qu'il faut s'intéresser aux causes de celle-ci. « Si la société est complice, et par suite responsable, de l'habitude criminelle, ce n'est pas seulement la légitimité de l'élimination qu'il faut nier, c'est aussi la légitimité de toute aggravation de peines en cas de récidive, et la légitimité de la peine elle-même. Infliger à un coupable poursuivi pour un premier délit, une peine impuissante à l'intimider et à le corriger, le soumettre au contraire à un régime qui va le corrompre, n'est-ce pas plus juste, plus immoral que le fait de punir une perversité incurable, dangereuse pour l'ordre social ? Voilà donc où aboutissent ces déclarations brillantes mais paradoxales : pas d'emprisonnement, tant que la prison sera corruptrice, pas de droit pénal tant que la peine sera inefficace. Pourquoi ne pas dire aussi : pas d'autorité sociale tant qu'un nouveau Platon n'aura pas découvert est mis en pratique la constitution idéale et parfaite ? »¹¹⁰³. « L'élimination est nécessaire si l'on veut défendre efficacement la société ; elle est juste si elle ne confond pas, dans une égale sévérité, le criminel dangereux et le délinquant inoffensif »¹¹⁰⁴.

259. L'étude de l'échec de la relégation met au jour les points forts et les points faibles de l'instauration d'un régime pénale fondé sur l'incorrigibilité et la dangerosité du récidiviste. Les critères d'appréciation de la relégation, s'ils ne sont pas fiables en raison en l'absence d'avancée scientifique majeure, ils auront au moins tenté de classer le récidiviste pour l'étudier selon ses caractéristiques. Le manque d'humanité et de dignité de la déportation perpétuelle puis à temps s'accompagne d'un regrettable manque de volonté d'insertion dans les colonies puis sur le territoire. La prise de conscience collective d'une nécessité d'éducation et de former ne suffit pas à créer une dynamique de réinsertion. Les questions soulevées par la relégation révèlent les failles du régime pénal des récidives qui se perpétuent encore aujourd'hui aux files des politiques pénales. Les critères objectifs et subjectifs sont utilisés pour étirer au maximum les principes généraux du droit. La relégation est un choix de société. La protection de la communauté justifie l'application d'un régime dérogatoire dont les procédures et les doubles peines sont attentatoires aux droits fondamentaux de l'homme.

260. Le récidiviste est aussi victime de l'évolution sociale, de l'éducation et des milieux sociaux. Pourtant cela n'est pas une généralité. Certains hommes placés dans les mêmes conditions ne récidivent pas ou ne sont pas des criminels endurcis. La cause sociale n'est donc pas unique. S'intéresser aux causes intrinsèques du crime qui poussent à agir

¹¹⁰² Ibid., p 63.

¹¹⁰³ G.Bessiere, *La loi pénale ...op. cit.* p 65 et s.

¹¹⁰⁴ Ibid., p 66.

dangereusement consiste aussi à s'intéresser à l'organisation sociale déterminée qui serait la cause directe du délit. Celle-ci déterminerait à défaut de caractéristiques morphologiques les causes du crime. Ferri et Lombroso ont démontré que la cause de l'anomalie est fautive lors du congrès de Saint-Petersbourg en 1890. « *M. Lombroso, M. Ferri se sont eux-mêmes chargés de démontrer la fausseté du système des anomalies* »¹¹⁰⁵. Parmi les délinquants et les anormaux anatomiques, physiologiques ou psychologiques, seul la moitié d'entre eux sont des criminels. Ce sont des individus contre lesquels le système pénal ne peut pas lutter. Leurs travaux ont toujours été nuancés, le criminel n'existe pas en tant que tel à partir de stigmate anatomique et physiologique unique. Les facteurs philosophiques, moraux et sociaux doivent aussi être pris en compte dans leur ensemble et pas seulement individuellement. Un criminel peut vivre en tant qu'homme bon sans jamais passer à l'acte. L'anomalie n'est qu'une simple prédisposition aux crimes. À côté, les criminels d'occasion passeront à l'acte s'ils sont conditionnés par une organisation sociale déterminée. Ici ce sont les circonstances sociales qui seront le facteur déterminant du passage à l'acte. L'incorrigible se distingue des autres hommes car il y a des caractères spécifiques anthropologiques. Le droit pénal utilise un même système de peines pour tous les récidivistes sans distinction, ce qui cristallise l'anomalie du délinquant. Si le criminel n'est pas un incorrigible, quelle est la signification de ces anomalies ? Quelle est la relation causale entre les anomalies et le passage à l'acte ?

Bessière dénonce l'abandon chez les Positivistes italiens de leur nouvelle théorie qui consistait à classifier les criminels selon des caractéristiques objectives, causes de leur déviance. In fine, leurs recherches concluent à l'existence d'un individu dangereux qui peut, autant être malade qu'il peut être un homme honnête. Ainsi, la dangerosité est une notion rendue vide de sens. L'incorrigibilité peut comporter des critères objectifs comme le nombre de condamnations. Elle peut donc être textualité afin d'adapter un instrument, telle que la relégation. Cependant, lorsqu'on s'intéresse aux causes de la récidive, la maladie psychiatrique qui découle sur la dangerosité vient en premier. La dangerosité peut se définir subjectivement, mais reste inapplicable en droit tant ces composantes sont incertaines et aléatoires. Faut-il trouver les causes des maladies incurables pour lutter contre la dangerosité ? Tous les dangereux ne sont pas malades, alors faut-il diagnostiquer la dangerosité pour limiter la récidive ?

Section II. Un régime extensif

- 261.** Le régime des récidivistes adopte une procédure qui s'applique dès le moment de l'arrestation jusqu'à sa réhabilitation. Les peines ne sont plus la panacée de la juridiction de jugement. Les éléments constitutifs des incriminations sont d'interprétation large pour sanctionner le plus grand nombre. Les caractéristiques du récidiviste au XXI^{ème} siècle ont évolué. Le droit et la procédure pénale l'appréhendent plus humainement. Le visage du récidiviste garde des similitudes avec les premiers récidivistes pauvres et miséreux. Le procureur et le JAP se partagent le pouvoir d'adapter la peine au condamné. Quels sont les domaines d'incriminations visées par l'élargissement de la sanction pénale ? Quels sont les conséquences pour les droits du récidiviste ? L'éventail des sanctions concerne les mesures d'aménagement de peine et l'alternative à l'incarcération. Les instruments sont diverses et variés. Ils s'appliquent plus tôt dans la chaîne pénale par le biais

¹¹⁰⁵ Ibid., p36.

d'alternatives aux poursuites et plus tard avec un suivi post-sentenciel par les JAP et les SPIP. Le champ d'application du régime s'étend à de multiples incriminations dont certaines caractérisent les mœurs actuelles (II). Dans la phase d'exécution, les peines sont aggravées alors que leurs aménagements multifformes rendent la réponse pénale incohérente et illisible pour le récidiviste (II).

I. Une réponse pénale renforcée

262. La réponse pénale contre les récidivistes s'est renforcée dans la phase de jugement. Le juge est libre de fixer la peine en deçà du maximum encouru pour l'infraction présentée devant lui. La loi l'encourage à privilégier les peines susceptibles d'aménagement¹¹⁰⁶ au détriment de la peine privative de liberté. Pour le délinquant primaire, elle doit être exceptionnelle. La juridiction collégiale¹¹⁰⁷ doit spécialement motiver la peine de prison sans sursis¹¹⁰⁸. En effet, la condamnation est prononcée en fonction des circonstances de l'infraction et la peine adaptée à la personnalité. La peine de prison ferme supérieure ou égale à 10 ans peut être accompagnée d'une période de sûreté de plein droit¹¹⁰⁹ ou facultative¹¹¹⁰. L'aménagement de la peine (suspension ou fractionnement de peine, placement à l'extérieur, permission de sortie, semi-liberté et liberté conditionnelle) et la réduction de peine sont impossibles durant une période de sûreté déterminée la juridiction de jugement. Concernant les mineurs, l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit une excuse de minorité atténuant le quantum de la peine privative de liberté et empêchant le prononcé d'une période de sûreté¹¹¹¹. Le mineur de 13 ans ne peut pas faire l'objet d'une mesure privative de liberté avec ou sans sursis¹¹¹². Le mineur de plus de 13 ans pourra être condamné à une peine d'emprisonnement mais elle ne devra pas être supérieure à la moitié de la peine encourue ou d'une peine supérieure à 20 ans de réclusion si la perpétuité est encourue¹¹¹³. L'excuse atténuante de minorité est écartée pour le mineur de plus de 16 ans « *lorsqu'un crime d'atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne a été commis en État de récidive légale, ou lorsqu'un délit de violences volontaires, un délit d'agressions sexuelles, un délit commis avec la circonstance aggravante de violences a été commis en État de récidive légale* ». La récidive légale concerne les personnes physiques, morales ainsi que les majeurs ou les mineurs. La peine déroge au principe de la primauté d'individualisation de la peine. Le relèvement de la récidive déclenche la réflexion de la juridiction sur les critères d'application qui auront des répercussions importantes sur la nature et le quantum de la peine.

263. Les conditions et les effets de la récidive légale étaient strictement encadrés par les peines planchers jusqu'à la loi du 15 août 2014. Initialement réservé aux seules infractions

¹¹⁰⁶ Art.132-24 du CP.

¹¹⁰⁷ Le juge unique ne peut prononcer une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement.

¹¹⁰⁸ Art 132-19 CP, il en est ainsi aussi pour les tribunaux des enfants jugeant des mineurs condamnés à une peine de prison ferme.

¹¹⁰⁹ Lorsque la condamnation est supérieure ou égale à 10 ans, la période de sûreté est égale à la moitié de la peine à 18 ans pour les condamnations à perpétuité. Elle peut être réduite ou augmentée jusqu'aux deux tiers de la peine ou jusqu'à 22 en par décision spéciale de la juridiction ; Art.132-23, al1 et 2 du CP.

¹¹¹⁰ La juridiction est libre de déterminer une période de sûreté supérieure à 5 ans sans qu'elle puisse dépasser les deux tiers de la peine être supérieure à 22 ans dans le cas d'une peine perpétuelle, Art.132-23 al 3 du CP.

¹¹¹¹ Art 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

¹¹¹² Art. 5 de l'ordonnance du 2 février 1945.

¹¹¹³ Art20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945

commises en état de récidive légale depuis la loi du 10 août 2007¹¹¹⁴, ce dispositif a ensuite été étendu par la loi du 14 mars 2011¹¹¹⁵ aux délits de violences volontaires et d'embuscade. La loi a fortement limité les choix du juge dans la détermination de la peine et de son quantum¹¹¹⁶. En matière correctionnelle les dispositions sont plus nombreuses et les plus complexes. La juridiction peut prononcer une peine d'emprisonnement inférieure aux seuils par une décision spécialement motivée prévus aux articles 132-18-1 et 132-19-1 du code pénal. Le prévenu doit présenter des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. Une peine d'amende ou plusieurs peines complémentaires peuvent s'y ajouter. Des peines strictes sont automatiquement appliquées aux récidivistes. Le juge peut y déroger sous condition soit en baissant le seuil soit en aménageant la peine qui reste toujours plus sévère pour le récidiviste. Cependant, la loi n'a eu de cesse que d'élargir les conditions d'application des peines planchers et des peines complémentaires de surveillance. Les garanties de réinsertion complexifient l'application des peines planchers. Pour comprendre l'état du droit positif avant la loi du 15 août 2014 qui supprime les peines planchers, il est intéressant de revenir sur l'élargissement des éléments constitutifs de la récidive (A) et ses conséquences sur l'aggravation des peines de prison (B).

A. Un champ d'application élargi

264. La qualification juridique de la récidive légale est relevée dès la phase préparatoire du procès par le ministère public. Il dresse le réquisitoire des poursuites devant l'autorité de jugement qui décide de prendre en compte la circonstance aggravante de la récidive ou d'y déroger. Nonobstant le relèvement de la récidive légale par les magistrats, le statut de récidiviste pour des infractions antérieures de natures différentes sort de la technique juridique pour alimenter des présomptions dès l'arrestation et forgeront la conviction qu'une procédure dérogatoire qui facilite la répression. Le relèvement de la récidive à partir de la connaissance du passé criminel pourrait porter atteinte aux droits de la défense notamment si elle est utilisée dès la phase d'arrestation pour s'orienter vers une procédure dérogatoire plus sévère. Les conditions d'application du régime dépendent des textes

¹¹¹⁴ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007.

¹¹¹⁵ Loi n°2011-627 du 14 mars 2011.

¹¹¹⁶ Art. 132-18-1 du CP : « Pour les crimes commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement, de réclusion ou de détention ne peut être inférieure aux seuils suivants : 1° Cinq ans, si le crime est puni de quinze ans de réclusion ou de détention ; 2° Sept ans, si le crime est puni de vingt ans de réclusion ou de détention ; 3° Dix ans, si le crime est puni de trente ans de réclusion ou de détention ; 4° Quinze ans, si le crime est puni de la réclusion ou de la détention à perpétuité. ». Toutefois, la juridiction peut prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. Lorsqu'un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à ces seuils que si l'accusé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion ». Art 132-19-1 du CP : « Pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants : 1° Un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement ; 2° Deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ; 3° Trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ; 4° Quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement. Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. La juridiction ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement lorsque est commis une nouvelle fois en état de récidive légale un des délits suivants : 1° Violences volontaires ; 2° Délit commis avec la circonstance aggravante de violences ; 3° Agression ou atteinte sexuelle ; 4° Délit puni de dix ans d'emprisonnement. »

d'interprétation stricte qui connaissent de rares dérogations (a). Le relèvement de la récidive dépend de la qualité d'information extraite des fichiers et de son pouvoir stigmatisant qui conduit à une réponse pénale prompte et ferme (b). Le procureur a un grand pouvoir dans la lutte contre la récidive notamment dans l'orientation des procédures telles que les alternatives aux poursuites et la comparution immédiate. Or, la légitimité de son pouvoir peut être remise en question car il reste dépendant de l'autorité du Ministre de la justice (c). De plus, la réponse pénale du Parquet contre les récidivistes est graduée et tend à se déjudiciariser (d).

a. Les éléments constitutifs

265. Le choix de la sanction est préétabli par les textes et guidé par le principe de légalité des peines¹¹¹⁷. Le juge de la juridiction garde toutefois une liberté inscrite dans la limite des peines par l'infraction¹¹¹⁸ et dont il est saisi¹¹¹⁹. En présence de plusieurs infractions le choix de la sanction pénale se complique. La difficulté s'annonce en présence d'infractions en concours. Dans cette hypothèse chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions. La confusion des peines¹¹²⁰ est de plein droit dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'elles¹¹²¹. Lorsque les infractions sont multiples et poursuivies séparément sans condamnation devenue définitive, le principe du non cumul des peines s'applique. Néanmoins, si le jugement est définitif, ce n'est plus le régime du concours d'infractions ou de la confusion des peines qui s'applique mais celui de la récidive ou de la réitération d'infractions¹¹²². Le choix du quantum et de la nature de la peine en présence d'une infraction jugée en état de récidive légale soulève la question de la caractérisation de cette récidive. Dès lors que le premier terme de la récidive est constaté (1), le récidiviste encourt une peine minimale et maximale aggravée applicable autant aux personnes physiques que morales (2).

1. Le premier terme de la récidive

266. La récidive¹¹²³ est une « cause d'aggravation de la peine résultant pour un délinquant de la commission d'une seconde infraction dans les conditions précisées par la loi, après avoir été condamné définitivement pour une première infraction »¹¹²⁴, qui constitue le premier terme de la récidive. La condamnation définitive prononcée par l'Etat a une portée au-delà des frontières françaises sur le territoire de l'Europe. Ce critère est un

¹¹¹⁷ Art. 7 de la CEDH ; Art.11 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Art. 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; Art. 111-2 et 111-3 du CPP.

¹¹¹⁸ Circ. Crim. 14 mai 1993, n°44 et 99.

¹¹¹⁹ Art.132-17 et 132-24 du CP.

¹¹²⁰ La confusion des peines est une « modalité d'application de la règle du non-cumul des peines, lorsque, à l'occasion de procédures séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours réel » ; S.Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, Art 132-4s du CP.

¹¹²¹ Art.132-3 du CP. Si la nature des peines est délictuelle, les juridictions correctionnelles sont compétentes. C'est la chambre de l'instruction qui est compétente pour se prononcer sur une demande de confusion des peines criminelles, Crim 9 janv. 2013, n° 12-83.047, *AJ pénal* 2013, p114.

¹¹²² Art.132-16-7 du CP, issue de la loi n°2005-1549 du 12 déc.2005 : « 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. 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. »

¹¹²³ Art 132-8s du CP.

¹¹²⁴ S.Guinchard, *Lexique des termes juridiques*, ...op.cit.. 2013.

élément de reconnaissance mutuelle de la récidive dans le cadre d'un rapprochement de l'exécution des sanctions pénales¹¹²⁵. En effet, la condamnation définitive antérieure est le seul critère qui rapproche les pays qui ont une application différente de la récidive. Soit, la récidive est une peine prévue dans la loi comme en Italie, Belgique, Autriche, soit elle est conçue comme une circonstance aggravante en Finlande, Danemark et en Espagne. Plus précisément, le niveau de la peine, dans le premier cas, est supérieure au maximum de la peine prévue dans le droit commun (Italie, Belgique, Autriche, France, Luxembourg, Suède, Portugal), alors que dans les autres pays la peine ne peut dépasser un seuil maximal qui prend déjà en compte la circonstance de récidive (Finlande, Danemark, Espagne)¹¹²⁶.

267. La complexité de la sanction de la récidive consiste à établir les caractéristiques de la première condamnation qui constitueront le premier terme de la récidive concernant les crimes, les délits et contraventions de cinquième classe¹¹²⁷ visant aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Le casier judiciaire informe la justice sur le passé judiciaire du délinquant. Il établit l'existence d'une première condamnation dont les critères entreront dans la définition de la récidive. Pour les mêmes poursuites que celles qui ont déjà fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire, et malgré l'existence de la réhabilitation, l'autorité de jugement la prend en compte comme le 1^{er} terme de la récidive depuis le 8 mars 2008¹¹²⁸. Une condamnation avec sursis peut constituer le premier terme de la récidive¹¹²⁹. Concernant les alternatives aux poursuites, les sanctions pénales prononcées constituent le premier terme de la récidive selon leur nature. La CRPC¹¹³⁰ homologuée par une autorité de jugement est inscrit au casier judiciaire est une modalité d'exercice de l'action publique dont la sanction constitue le premier terme de la récidive. Inversement, la composition pénale qui éteint l'action publique n'est pas inscrite au casier judiciaire et ne constitue pas le premier terme de la récidive. Le degré de la réponse pénale a des conséquences dans le relèvement de la récidive pour choisir la nature et le quantum de la peine. Ainsi, la CRPC, est un choix d'alternative aux poursuites lourdes de conséquences car en constituant le premier terme de la récidive elle conduit le délinquant à se voir appliquer une peine plancher dont le quantum est le minimum supérieur à celui qui aurait été encouru si la transaction avait pris la forme d'une composition pénale. En amont du procès judiciaire, il existe bien une volonté de la part des Parquets de faire fluctuer le nombre de récidivistes en proposant une peine alternative plus ou moins défavorable à long terme.

2. Des peines aggravée pour les auteurs

268. La récidive est caractérisée selon des critères définis par les textes. « *La récidive est dite générale ou spéciale selon qu'elle existe pour deux infractions différentes ou seulement*

¹¹²⁵ Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 52004DC0334, 30 avril 2004, n° 3.1.1.6.

¹¹²⁶ Ibid.,

¹¹²⁷ Art.132-11 du CP pour les personnes physiques, la récidive est constituée si la personne commet la même contravention dans un délai d'un an. L'amende prévue de 1500 € est doublée. Si la récidive de la contravention de 5^{ème} classe constitue un délit, y a récidive dans un délai de 3 ans à l'expiration de la peine. Art 132-15, pour les personnes morales, si elle engage sa responsabilité pour la même contravention dans un délai d'un an à l'expiration de la précédente peine, le maximum de l'amende encourue est multiplié par 10.

¹¹²⁸ Art.133-16 du CP issue de la loi n°2007-297 du 5 mars 2007.

¹¹²⁹ Avis de la cour de cassation n°0800013 du 26 janv.2009.

¹¹³⁰ Art. 495-7 à 495-16 du CPP.

pour deux infractions semblables; elle est dite perpétuelle ou temporaire selon qu'elle existe quel que soit le délai qui sépare les deux infractions, ou seulement si la seconde infraction est commise dans un certain délai qui court à compter de l'expiration de la première peine »¹¹³¹. La sanction de la récidive concerne autant les personnes physiques (α) que les personnes morales (β).

a. Les personnes physiques

- 269.** La récidive des personnes physiques fait encourir des peines maximales plus élevées. Lorsque la récidive est générale et perpétuelle, « si une personne commet un crime après une condamnation définitive prononcée pour un crime, ou pour tout délit passible de 10 ans d'emprisonnement, le maximum encouru est porté à la réclusion criminelle à perpétuité si la nouvelle infraction est passible de 20 ou 30 ans de réclusion, ou 30 ans si elle est passible de 15 ans¹¹³². Il n'y a pas de condition tenant aux délais séparant les infractions ou alors de nature comparées »¹¹³³. Lorsqu'elle est générale et temporaire, « le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourue est doublée si la personne commet, après une condamnation définitive prononcée pour un crime, ou un délit passible de 10 ans d'emprisonnement, dans les 10 ans suivant l'expiration ou la prescription de la précédente peine, un délit passible de 10 ans d'emprisonnement, ou dans les cinq ans, un délit passible d'une peine inférieure à 10 ans et supérieur à un an¹¹³⁴. Il n'y a pas de condition tenant à la nature comparée des infractions »¹¹³⁵.
- 270.** La récidive est spéciale et temporaire « Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé »¹¹³⁶. Le code pénal définit les infractions assimilées au regard de la récidive. Les atteintes aux biens regroupent les infractions de vol, extorsion, chantage, escroquerie et abus de confiance¹¹³⁷. Les délits d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles sont assimilés¹¹³⁸. « Sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction »¹¹³⁹, « les délits d'homicide involontaire ou d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne commis à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur »¹¹⁴⁰ tels que l'homicide involontaire¹¹⁴¹, les blessures involontaires avec ITT supérieures à trois mois¹¹⁴² et les blessures involontaires avec ITT inférieure ou égale à trois mois par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur¹¹⁴³. Les délits routiers (conduite sans permis¹¹⁴⁴, conduite sous l'emprise de l'alcool¹¹⁴⁵, conduite sous

¹¹³¹ *Lexique des termes juridiques*, S. Guinchard (Dir), Dalloz, 20ème éd. 2013.

¹¹³² Art 132-8 du CP.

¹¹³³ J-C. Crocq, *Le guide des infractions...op.cit.*, n°16.5, p 366.

¹¹³⁴ Art. 132-9 du CP.

¹¹³⁵ J-C. Crocq, *Le guide des infractions...op.cit.*, p367.

¹¹³⁶ Art. 132-10 du CP.

¹¹³⁷ Art. 132-16 du CP.

¹¹³⁸ Art. 132-16-1 du CP.

¹¹³⁹ Art. 132-16-2 du CP.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ Art. 221-6-1 du CP.

¹¹⁴² Art. 222-19-1 du CP.

¹¹⁴³ Art. 222-20-1 du CP.

¹¹⁴⁴ L. 221-2 du code de la route

¹¹⁴⁵ L. 234-1 du code de la route

l'influence de stupéfiants¹¹⁴⁶ et les grands excès de vitesse¹¹⁴⁷) « sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction ». ¹¹⁴⁸ . « Ils sont également assimilés au délit d'homicide et de blessures involontaires avec ITT supérieure à trois mois lorsqu'ils constituent le second terme de la récidive »¹¹⁴⁹ .

La traite des êtres humains et le proxénétisme assimilent¹¹⁵⁰ les cas de traites des êtres humains aggravés¹¹⁵¹ ou de proxénétisme assimilé ou aggravé¹¹⁵² ainsi que le proxénétisme hôtelier¹¹⁵³. Les délits de violences volontaires aux personnes et tout délit commis avec la circonstance aggravante de violence sont assimilés¹¹⁵⁴ .

Le premier terme de la récidive est élargi par l'assimilation d'infractions différentes mais de même nature. L'élargissement des conditions d'application de la récidive légale entraîne une répression plus sévère de la récidive des personnes physiques ainsi que morales.

β. Les personnes morales

- 271.** En ce qui concerne les personnes morales, la récidive générale et perpétuelle prévoit qu'«après une condamnation prononcée pour un crime, ou pour un délit passible, pour les personnes physiques, d'au moins 100 000 € d'amende, une personne morale engage sa responsabilité pénale par un crime, le taux de l'amende applicable est multiplié par 10 (ce qui revient à dire que le maximum encouru par la personne morale est doublé, puisqu'elle encourt en principe le quintuple de l'amende des personnes physiques¹¹⁵⁵) »¹¹⁵⁶ .

Lorsque la récidive est générale et temporaire, « le maximum de l'amende encourue est multiplié par 10 si une personne morale enclenche sa responsabilité pénale, après une condamnation définitive prononcée pour un crime, ou pour un délit passible pour les personnes physiques d'au moins 100 000 €, dans les 10 ans suivant l'expiration ou la prescription de la précédente peine, pour un délit passible de la même peine d'amende, ou dans les cinq ans, pour un délit passible d'une amende supérieure ou égale à 15 000 € »¹¹⁵⁷ .

La récidive spéciale et temporaire prévoit que « le maximum de l'amende encourue est multiplié par 10 si, dans les cinq ans suivant l'expiration ou la prescription d'une précédente peine prononcée pour un délit, une personne morale engage sa responsabilité pénale pour le même délit, ou un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la

¹¹⁴⁶ L. 235-1 du code de la route

¹¹⁴⁷ L. 413-1 du code de la route

¹¹⁴⁸ Art 132-16-2 du CP.

¹¹⁴⁹ Ibid.

¹¹⁵⁰ Art.132-16-3 du CP.

¹¹⁵¹ Art.321-6 du CP.

¹¹⁵² Art.225-5, -6 et -7 du CP.

¹¹⁵³ Art.225-10 du CP.

¹¹⁵⁴ Art.132-16-4 du CP.

¹¹⁵⁵ Art. 131-38 du CP

¹¹⁵⁶ Art132-12 du CP ; in C.Crocq, *Le guide des infractions...op.cit.*, p368.

¹¹⁵⁷ Art 131-39 du CP, *Ibid.*, p 368.

récidive »¹¹⁵⁸. Dans tous les cas de récidive légale, la personne morale encourt aussi les peines complémentaires¹¹⁵⁹.

b. Un relèvement anticipé de la récidive

272. Depuis 1832, le juge a le pouvoir de retenir la récidive légale de l'accusé ou du prévenu lorsque le Parquet apporte la preuve de ses réquisitions¹¹⁶⁰. L'autorité de jugement saisie vérifie l'état de récidive, qui peut être au plus tard relevé pour la première fois en appel¹¹⁶¹. La récidive légale entraîne une aggravation de la peine et la soumission à un régime automatique de peine, peut aussi modifier la qualification juridique initiale de l'infraction. Quelles sont les conditions et les conséquences du relèvement anticipé de la récidive ? Les circonstances aggravantes issues du passé judiciaire s'opposent aux circonstances aggravantes réelles qui proviennent des éléments matériels constitutifs de l'infraction en l'espèce (infraction réalisée avec arme, violence, en réunion, par effraction, sur une personne vulnérable, etc...). Le relèvement dès le compte rendu du directeur d'enquête au Parquet est essentiel quant à la détermination de la procédure, du quantum et la nature des peines complémentaires ainsi que l'instance compétente pour juger. Le champ d'application des textes s'élargit en amont de la procédure (1). La qualification juridique de la récidive répond aux exigences d'une technique juridique objective rendue complexe par les réformes répressives (2). Le relèvement anticipé de la récidive légale est réalisé par l'OPJ qui informe le Parquet dans les plus brefs délais¹¹⁶². La recherche d'information est rendue possible jusqu'à l'aménagement des peines grâce aux fichiers qui informent la justice sur le passé criminel de l'auteur (3).

1. Un champ d'application élargi

273. La lutte contre la récidive utilise des instruments qui élargissent la répression pénale du fait de l'évolution du profil du récidiviste et des incriminations qui découlent de ces vices anciens ou nouveaux. Les incriminations de mendicité et de vagabondage sont tombées en désuétude alors que d'autres ont vu le jour parallèlement avec l'évolution des nouvelles technologies, cybercriminalité, pédopornographie ou dû à une évolution des mentalités sensibles à la lutte contre le viol et la pédophilie. Quels sont les caractères de l'élargissement du champ d'application des instruments dans un contexte de modification du contour de la récidive ? Le champ d'application des instruments s'élargit dans le temps qui décompose la chaîne pénale. Le relèvement de la récidive intervient de plus en plus en début d'enquête ce qui oriente les suites de l'enquête vers une procédure dérogatoire qui encadre le régime des récidivistes.

¹¹⁵⁸ Art.132-14 du CP, *in Ibid.*, p 369.

¹¹⁵⁹ Art. 131-39 du CP : La dissolution, et selon une durée déterminée: l'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales; le placement sous surveillance judiciaire; la fermeture définitive ou temporaire, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé, l'interdiction d'émettre des chèques, la confiscation (de l'art. 131-21 du CP), l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, la confiscation ou l'interdiction de détenir un animal.

¹¹⁶⁰ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p 43.

¹¹⁶¹ Affaire Bouzelifa, Cass crim, 7 avril 1999, Juris-data, n°001674.

¹¹⁶² Art 40 al.2 du CPP.

274. Une lutte démesurée lutte contre les violences sexuelles se traduit par un traitement pénal démesuré¹¹⁶³. Le législateur n'hésite plus à faire des doublons (inceste) peut être pour s'assurer de la dimension dissuasive et pédagogique de la loi. Les textes renferment des notions différentes du langage courant afin de réprimer le plus largement possible tout comportement déviant. Dans ces conditions le procès équitable est-il un droit effectif pour le délinquant sexuel ?
275. Les affaires de viol¹¹⁶⁴ qui ne peuvent pas être prouvées peuvent être réprimées par sa substitution avec d'autres incriminations notamment les délits de violences sous contrainte, menace ou surprise¹¹⁶⁵. L'inceste tel qu'il est défini englobe aussi tous les cas d'agressions sexuelles comme l'exhibition sexuelle pouvant être incestueuse. La rédaction des textes suffit à englober le maximum de faits. Ne pas préciser le mot inceste est une précaution du législateur qui se protège des contours flous de cette notion. L'inceste est une question d'anthropologie et d'ethnologie qui change en fonction du temps et de l'espace. L'inceste ne peut être emprisonné par le droit¹¹⁶⁶, cependant, la frénésie sécuritaire n'hésite pas à « *instrumentaliser le tabou de l'inceste* »¹¹⁶⁷.

Depuis 2005, le « *maquis des incriminations* »¹¹⁶⁸ est complété par cinq lois qui ont aggravé le régime des récidivistes sous couvert d'une lutte contre la pédophilie¹¹⁶⁹. Le mouvement est né en 1998 avec la création du SSJ symbolisant une pénalisation croissante des délits sexuels¹¹⁷⁰ et notamment la pédophilie¹¹⁷¹. Le SSJ n'est qu'une peine complémentaire qui s'exécute après la peine. Elle s'accompagne d'une injonction de soin devenue obligatoire pour une durée déterminée ou indéterminée. Cette mesure préventive post carcérale est *ante delictum* car elle soigne pour prévenir la récidive. Le critère de la dangerosité est déduit du caractère sexuel des faits condamnés. La pédophilie est stigmatisée comme étant la transgression la plus ultime dans notre société, transgression majeure mais dont le comportement est un phénomène qui n'a pas de frontières¹¹⁷². Les comportements sont divers et variés leur gravité et la dangerosité est encore indéterminée. Le droit pénal comble le vide juridique en généralisant la notion pour intégrer une multitude de faits ce qui créer souvent une confusion entre le viol et les jeux sexuels d'enfants. « *Le droit de la pédophilie recouvre toutes les infractions sexuelles qui portent atteinte à la liberté sexuelle de la victime et dont le consentement est indifférent si elle est mineure. La pédophilie peut aussi recouvrir des comportements que le législateur perçoit*

¹¹⁶³ X. Lemeyre, Le monde, 6 mai 2005, V. *La criminalité sexuelle*, Flammarion, 2000.

¹¹⁶⁴ Le viol est défini par l'Art 222-23 du CP est « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise »¹¹⁶⁴. Le viol est puni de 15 ans de réclusion criminelle portée à 20 ans s'il est commis sur un enfant de moins de 15 ans, s'il y a viol par ascendant ou personne ayant été autorité, s'il y a plusieurs auteurs s'il y a mutilations, par menaces avec arme. La peine est portée à 30 ans si le viol est suivi de l'ordre aussi de la compagnie de torture et d'actes de barbarie la réclusion criminelle à perpétuité est encourue.

¹¹⁶⁵ Art 222-27 du CP.

¹¹⁶⁶ C.Lazregues, « Politique criminelle ... » *chron.préc.*, p 725.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

¹¹⁶⁹ Loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive d'infraction pénale, loi du 10 août 2007 renforçant la récidive des majeurs et des mineurs, la loi du 23 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, et la loi du 10 août 2010 tenant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

¹¹⁷⁰ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p47.

¹¹⁷¹ Affaire Dutroux, Affaire Fourniret, V. S. Portelli, , *Récidivistes... op.cit.*, p77 et s.

¹¹⁷² En 1976, les infractions sexuelles représentent 4,6 % du total des condamnations et 23 % en 2003, in C.Lazregues, « Politique criminelle ... » *chron.préc.*, p 725, note 7.

comme humiliant et outrageant pour le mineur »¹¹⁷³. L'aggravation de la répression contre la pédophilie créée « *un droit d'exception* »¹¹⁷⁴ fondé sur des politiques criminelles stigmatisantes. « *Le droit de la pédophilie est aujourd'hui le lieu le plus manifeste d'une mutation du fondement même de la répression* »¹¹⁷⁵. Cette procédure d'exception répond aux exigences de protection et de réparation des victimes.

- 276.** Ce que la psychiatrie appelle comportements sexuels déviants, le droit l'intitule atteinte ou agression sexuelle. Plus précisément des classifications de comportement sont opérées à l'inverse du droit. Ainsi, la pédophilie est distinguée de l'inceste par une classification psychiatrique des pédophiles¹¹⁷⁶. Dans ces conditions, l'élargissement des incriminations en la matière est critiquable. Elle fait souvent office de doublon dans les textes et laisse une marge d'appréciation au magistrat concernant certains vides juridiques tel que les jeux sexuels d'enfants ou l'instrumentalisation de l'inceste dans les divorces¹¹⁷⁷. Ces lois aggravent les peines, stigmatisent les auteurs inscrits dans les fichiers, pour, progressivement créer une procédure pénale dérogatoire, toujours dans un but de protection des victimes et de la société. La procédure applicable aux infractions de nature sexuelle¹¹⁷⁸ est la « *preuve d'un droit d'exception* »¹¹⁷⁹ qui rend difficile l'exercice des droits de la défense et s'oppose au principe d'égalité des justiciables devant la loi. Le « *foisonnement des exceptions procédurales* » en la matière favorise la protection des victimes. Leur rôle est majeur par le biais des associations qui peuvent se joindre à l'action publique. Dans certaines conditions elle peut même déclencher l'action publique (corruption de mineurs, tourisme sexuel, exploitation pornographique de l'image ou d'une représentation d'un mineur). Un administrateur ad hoc est chargé d'assurer la protection des intérêts du mineur. Il peut exercer en son nom les droits de la partie civile¹¹⁸⁰.

L'allongement des délais de prescription en droit de la pédophilie exprime le « *refus de toute indulgence* »¹¹⁸¹. Le droit à l'oubli est-il essentiel pour les pédophiles et agresseurs sexuels ? Si le temps qui s'écoule justifie l'absence d'une réponse pénale, le fichage pour une durée indéterminée des auteurs d'agressions sexuelles marque l'impossible prescription de la condamnation et du droit à l'oubli. La nature de ces criminels récidivistes s'oppose au droit à la rédemption et à l'oubli. La prescription est de 20 ans à compter de la majorité pour les crimes de pédophilie¹¹⁸² et 10 ans concernant les délits d'atteinte et d'agression sexuelle contre les mineurs¹¹⁸³.

¹¹⁷³ Ibid., p 725.

¹¹⁷⁴ Ibid.

¹¹⁷⁵ Ibid.

¹¹⁷⁶ B. Surig, *Une psy à la prison de Fresnes...op.cit.*, p44 et 45.

¹¹⁷⁷ Problèmes liés à l'âge de la minorité lorsque les textes visent des mineurs de moins de 15 ans ou des mineurs de 15 à 18 ans selon la nature des infractions. Difficultés relatives à la prescription.

¹¹⁷⁸ « De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineures victimes », titre XIX du CPP

¹¹⁷⁹ C.Lazregues, « Politique criminelle ... » *chron.préc.*, p 725.

¹¹⁸⁰ Art 706-50 du CPP, lorsque des faits incestueux ont été commis sur un mineur la désignation d'un administrateur ad hoc est obligatoire.

¹¹⁸¹ C.Lazregues, *Politique criminelle ... » chron.préc.*, p 725.

¹¹⁸² Art 7 al 3 du CPP.

¹¹⁸³ Art 8 al 2 du CPP, liste des incriminations allongée par la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 relative à la prévention et à la répression des violences au sein du couple ou contre les mineurs. D'une manière générale, si la prescription pénale est acquise, les dommages et intérêts civils se greffent sur l'action pénale.

Le contrôle et le suivi des auteurs ou complices d'infractions sexuelles sont orchestrés par trois fichiers: le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)¹¹⁸⁴, le Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJ AIS)¹¹⁸⁵, le Système de traitement des infractions constatées (STIC)¹¹⁸⁶, et le répertoire des données à caractère personnel collecté¹¹⁸⁷. Ce dernier facilite la connaissance des expertises et des examens psychiatriques qui évaluent de la dangerosité des personnes poursuivies ou condamnées pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru durant toutes les phases de la procédure pénale¹¹⁸⁸. Ces fichiers sont des instruments qui luttent contre la récidive des délinquants et criminels sexuels dangereux. Pourtant, si ce combat est louable, la centralisation des expertises soulève la question du respect au droit à la vie privée et des risques de diffusion des informations sous secret médical. Elle interroge aussi sur le choix des méthodes d'évaluations entre les échelles actuarielles ou sur l'examen clinique¹¹⁸⁹. L'auteur présumé ou condamné pour agressions sexuelles est stigmatisé par le fichage d'au moins quatre fichiers.

277. La lutte contre la récidive des agressions sexuelles fait l'objet de mesure de surveillance dont la durée s'est démesurément allongée, à défaut de lui abdiquer des soins appropriés. Elles ont pour effet la stigmatisation du condamné qui a payé sa dette à la société. Elle limite sa capacité de réinsertion et de réhabilitation, par une surveillance judiciaire longue. Par exemple, la rétention de sûreté, mesure de sûreté au caractère hybride¹¹⁹⁰ est prononcée par la Cour d'assise, en complément d'une condamnation à plus de 15 ans de réclusion criminelle. Elle concerne particulièrement les criminels qui présentent un caractère dangereux et un risque élevé de récidive. « *A crime odieux, peine*

¹¹⁸⁴ Créé en 98, il est amélioré par la loi du 9 mars 2004 qui répertorie six catégories d'infractions en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs en centralisant les tracés des empreintes génétiques des auteurs d'infractions sexuelles et d'exhibition sexuelle condamnés à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis une telle infraction. L'OPJ peut d'office ou à la demande du procureur ou du juge d'instruction, décider d'y répertorier un auteur présumé. Art. 706-54 alinéa de et R 53-10, 12° du CPP.

¹¹⁸⁵ Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes est tenu par le service du casier judiciaire sous l'autorité du garde des sceaux et le contrôle d'un magistrat. Il concerne les personnes poursuivies et dont la décision judiciaire révèle une possible dangerosité dès la première instance. Elle peut inscrire des mesures éducatives non-lieu pour troubles mentaux ainsi que les compositions pénales et placement sous contrôle judiciaire qui révèle certaine dangerosité. Il est accessible aux OPJ.

¹¹⁸⁶ Système de traitement des infractions constatées, qui a pour objectif de « faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs et l'exploitation des données à des fins de recherche statistique », V. supra.

¹¹⁸⁷ Dans le cadre des procédures judiciaires issues de la loi du 10 mars 2010.

¹¹⁸⁸ « *Le répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires, tenu par le service du casier judiciaire sous l'autorité du ministre de la justice et placé sous le contrôle d'un magistrat, est destiné à faciliter et à 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, et à prévenir le renouvellement de ces infractions. Le répertoire centralise les expertises, évaluations et examens psychiatriques, médico-psychologiques, psychologiques et pluridisciplinaires des personnes mentionnées au premier alinéa qui ont été réalisés :1 Au cours de l'enquête ; 2° Au cours de l'instruction ; 3° A l'occasion du jugement ; 4° Au cours de l'exécution de la peine ; 5° Préalablement au prononcé ou durant le déroulement d'une mesure de surveillance ou de rétention de sûreté* ».

6° En application des articles 706-136 ou 706-137 ; 7° Durant le déroulement d'une mesure de soins psychiatriques ordonnée en application de l'article 706-135 du présent code ou de l'article L. 3213-7 du code de la santé publique » ; Art 706-56-2 du CPP.

¹¹⁸⁹ V. Supra L'évaluation de la dangerosité.

¹¹⁹⁰ V. n°37.

odieuse »¹¹⁹¹, cette peine après la peine est allongée pour une durée indéterminée, après un examen devant une commission pluridisciplinaire. Ainsi, elle retarde le moment de la réinsertion et porte atteinte aux droits de la défense.

Parmi les mesures de surveillance des délinquants sexuels, le suivi socio judiciaire¹¹⁹² (SSJ) post carcéral requiert nécessairement le consentement du condamné pour une injonction de soins. Son refus l'expose à une peine d'emprisonnement en raison du caractère obligatoire de l'injonction de soins. Le condamné est soumis à une mesure de surveillance et d'assistance sous le contrôle du JAP dont la durée est de 10 ans en matière correctionnelle et de 20 ans en matière criminelle. Elle peut être sans limitation de temps lorsqu'elle est décidée par une Cour d'assises qui condamne à une peine de réclusion criminelle à perpétuité. Seul le tribunal de l'application des peines pourra y mettre fin sous un délai de 30 ans. Le SSJ est une forme *sui generis* de mesure préventive de surveillance qui brouille la frontière entre la peine et la mesure de sûreté¹¹⁹³. Elle est prononcée par le jugement, s'applique à l'issue de l'exécution de la peine principale, et se met en œuvre par le biais d'un traitement médical qui constitue une mesure de sûreté et de surveillance¹¹⁹⁴.

La surveillance judiciaire à l'origine pour les personnes morales¹¹⁹⁵ est conçue comme une peine après la libération des personnes dangereuses¹¹⁹⁶ « *aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré* »¹¹⁹⁷. Elle s'articule avec le SSJ en recourant aux mêmes obligations, avec en plus une expertise médicale. La loi du 12 décembre 2005¹¹⁹⁸ « *signe le basculement d'un droit pénal fondé sur la culpabilité vers une politique criminelle du risque zéro fondé sur la dangerosité. La pédophilie pour le législateur justifie ce basculement ; la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté n'en sont que les suites logiques.* »¹¹⁹⁹. Le placement sous surveillance judiciaire est décidé après un débat contradictoire en la présence obligatoire d'un avocat.

La surveillance de sûreté¹²⁰⁰ quant à elle, est prévue dans les cas les plus graves. Elle pallie les lacunes de la surveillance judiciaire et du fichage s'ils ne suffisent pas à prévenir la récidive. La loi de 2010¹²⁰¹ a durci le régime applicable aux récidivistes suite à

¹¹⁹¹ C.Lazregues, *Politique criminelle ...* » *chron.préc.*, p 725.

¹¹⁹² Art 131-36-1 et s du CP.

¹¹⁹³ Le placement sous surveillance électronique mobile est envisageable dans ce contexte depuis le 12 décembre 2005. « Le brouillage des catégories juridiques peine/mesure de sûreté a vraiment commencé avec cette loi de 2005 » ; C.Lazregues, « *Politique criminelle ...* » *chron.préc.*, p 725.

¹¹⁹⁴ B. Bouloc, *Pénologie*, Dalloz, 2011, n°55.

¹¹⁹⁵ Art 131-46 du CP.

¹¹⁹⁶ Livre V, Titre II, Chapitre II, Section 9 : « Dispositions relatives à la surveillance judiciaire de personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit ».

¹¹⁹⁷ « Lorsqu'une personne a été condamnée 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 d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale, le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération et pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait » ; Art 723-29 du CP.

¹¹⁹⁸ Loi n° 2005-1549 du 12 déc 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales*.

¹¹⁹⁹ C.Lazregues, « *Politique criminelle ...* » *chron.préc.*, p 725.

¹²⁰⁰ Art 706-53-13 du CPP issu de la loi du 23 février 2008 et modifié par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 (art. 1).

¹²⁰¹ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 sur la récidive criminelle.

une décision du Conseil Constitutionnel qui valide la rétention de sûreté en 2008¹²⁰². La surveillance de sûreté peut aussi intervenir en remplacement de la surveillance judiciaire par le mécanisme de la « *novation* »¹²⁰³. Autrefois, elle ne pouvait pas intervenir en violation des obligations de la surveillance judiciaire ce qui était incohérent avec le but recherché¹²⁰⁴. La surveillance de sûreté était conçue comme un contrôle renforcé réservé à ceux qui terminaient leur période de surveillance judiciaire sans incident. Ils étaient alors plus sévèrement contrôlés à l'inverse des plus dangereux et des récalcitrants. Celui qui enfreint le contrôle judiciaire est réincarcéré et à sa sortie il fera l'objet d'une surveillance de sûreté prévue par la loi de 2010. Elle élargi les conditions de seuil de pénalité de 10 à 7 ans et le nombre des obligations et mesures de contrôle. La durée de la surveillance passe de 1 à 2 ans et intervient en plus du contrôle judiciaire.

278. En résumé, les mesures de surveillance ressemblent à un « *jeu de poupée russes* »¹²⁰⁵. Le SSJ peut se mouvoir dans une mesure de surveillance judiciaire laquelle peut muter en surveillance de sûreté. Le non-respect des obligations tel qu'un refus du PSEM, ou de soins fait encourir la peine la plus grave qui est le placement dans le centre socio-médico-judiciaire dans le cadre de la rétention de sûreté. « *Ainsi, de l'enfermement à l'injonction de soins, des peines planchers à la mesure de sûreté, voir la rétention de sûreté, l'approche des délinquants sexuels est au cœur des débats sociaux politico judiciaire et nous ne sommes plus dans une recherche d'une sanction appropriée à un acte répréhensible mais dans la recherche d'une criminalisation d'une personne dans un souci de protection de la société et de prévention de la récidive* »¹²⁰⁶. Toutes ces mesures dépendent de juridictions différentes¹²⁰⁷ rajoutant de la complexité au régime des auteurs d'infractions sexuelles et qui présentent un risque élevé de récidive. Ce risque est constaté par le degré de dangerosité évalué par l'expertise psychiatrique obligatoire, quelques fois, dès le stade de l'enquête sous le terme d'expertise médicale¹²⁰⁸.

2. La qualification juridique de la récidive légale

279. La qualification juridique de la récidive répond au principe *Specialia generalibus derogant*, qui évoque la supériorité de la loi spéciale s'appliquant au détriment de la loi générale, afin que la qualification juridique épouse parfaitement la réalité des faits. Cependant, le juge doit œuvrer avec une seconde règle dite de « *la plus haute expression pénale* »¹²⁰⁹ qui tempère la première. Lorsque deux qualifications sont en concurrence¹²¹⁰,

¹²⁰² Allongement de la liste des personnes concernées par la rétention et la surveillance de sûreté (art 706-53-13 al 2 du CPP) qui concerne plus largement les récidivistes hors les crimes les plus graves. La commission pluridisciplinaire de sûreté se prononce sur la prise en charge médicale effective (Art 706-59 al 4), le placement en centre socio médico- judiciaire pour une surveillance de sûreté peut être accompagnée par un PSEM (art 706-59 al 6) seulement avec l'accord du détenu.

¹²⁰³ Art 723-37 du CPP ; M.G, RSC 2010, chronique, p 763.

¹²⁰⁴ V. Lamanda, *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, La Documentation française, 30 mai 2008.

¹²⁰⁵ M.G, RSC, 2010, chronique, p 763.

¹²⁰⁶ A. Auret, P. Bessoles, *Interface cliniques ...op.cit.*, p 202.

¹²⁰⁷ Juridiction de jugement, Juge d'application des peines, la juridiction régionale de la rétention de sûreté, centre régional de rétention de sûreté, examen de la personnalité du détenu devant une commission pluridisciplinaire.

¹²⁰⁸ Art 706-47 et 706-47-1 du CPP.

¹²⁰⁹ ou autrement dit la plus haute acception pénale. V. Crim. 26 juin 1930, bull crim, n°190, Crim. 21 avril 1976, n°75-91.956, bull.crim.n°122, in J-C.Crocq, *Le guide des infractions...op.cit.*, n°15.15, p 340.

¹²¹⁰ V. aussi l'exclusion des qualifications incompatibles par exemple la non-assistance à personne en danger ne peut être accompagné de la qualification de complicité de meurtre, Ibid.

l'infraction qui fait encourir la peine la plus lourde l'emporte, même si la règle est générale.

- 280.** La qualification juridique des faits est une technique partagées entre les OPJ lors du placement en garde à vue, le Parquet dans l'acte de poursuite et l'autorité de jugement, en vertu du pouvoir et du devoir de requalification¹²¹¹ que ce soit en correctionnel ou aux assises. Le juge apprécie la qualification juridique de manière constante, sans être tenu par la qualification juridique retenue par la partie civile ou le ministère public. La requalification est possible si les éléments constitutifs de l'infraction correspondent à « *une autre infraction protégeant un intérêt comparable au profit de la même victime* »¹²¹². S'il résulte des débats une autre qualification légale susceptible de correspondre aux faits reprochés alors des questions subsidiaires sont posées par le président de la Cour¹²¹³. Il peut relaxer un prévenu « *s'il estime que le fait poursuivi ne constitue aucune infraction à la loi pénale* »¹²¹⁴. Devant la Cour d'assises, la personne acquittée ne peut plus être poursuivi sur les mêmes faits et même sous une qualification différente¹²¹⁵.
- 281.** Les magistrats du Parquet doivent systématiquement relever la récidive légale¹²¹⁶ dans leur poursuite et dans l'acte de saisine, mais cela n'est pas toujours le cas si l'état de récidive n'est pas connu au jour de l'audience¹²¹⁷. En matière de récidive, le juge peut relever d'office¹²¹⁸ la récidive, mais à condition que le prévenu ait été informé et qu'il soit assisté d'un avocat. Dans cette hypothèse, le juge du siège peut d'office la relever lors de l'examen du casier judiciaire à l'audience¹²¹⁹. Toutefois, le prévenu doit avoir été mis en œuvre de s'expliquer selon le principe du contradictoire¹²²⁰ et en présence de son avocat. Le principe de la séparation des pouvoirs empêche l'autorité de jugement de s'auto saisir et d'étendre la requalification aux faits ou aux personnes non visées par les réquisitions préalables du parquet¹²²¹. Le relèvement n'a pas d'influence sur le juge unique, qui ne pourra pas prononcer une peine d'emprisonnement ferme de plus de 5 ans¹²²².

Suite aux débats, la plénitude de juridiction¹²²³ de la cour d'assises, permet au juge de changer la qualification juridique mais aussi de relever les circonstances aggravantes réelles¹²²⁴ ou personnelles non mentionnées par l'acte de saisine, dont la récidive. Le juge devra poser de nouvelles questions spéciales¹²²⁵.

¹²¹¹ Pelissier et Sassi, CEDH25 mars 1999, n°2544-94, §62.

¹²¹² J-C.Crocq, *Le guide des infractions..op.cit.*, n°15.15, p 342.

¹²¹³ Art 351, du CPP.

¹²¹⁴ Art 470 du CPP.

¹²¹⁵ Art 368 du CPP.

¹²¹⁶ Relèvement de la récidive pour un délit (Art 132-10 et 132-19-1 du CP), pour une contravention de 5^{ème} classe (Art. 132-11 du CP) et pour un crime dans l'ordonnance de règlement d'information (Art 132-8, 132-9 et 132-18-1 du CP)

¹²¹⁷ Art 132-16-1 du CP.

¹²¹⁸ Cass crim du 31 aout 2001 n°10-87.066, obs E.Garcon, Lexis nexis, Dr pénal 2010, chr n°2, obs, n°10.

¹²¹⁹ Art. Préliminaire du CPP.

¹²²⁰ Art 132-16-5 du CP, issu de la loi n°2005-1549 du 12 déc. 2005, Crim, 20 mars 1996, n°95-83.060, bull.cril., n°123.

¹²²¹ Le tribunal est saisi *in rem* (à raison des faits) et *in personam* (à raison de la personne).

¹²²² Art 398-2 du CPP.

¹²²³ Art 231 du CPP.

¹²²⁴ En correctionnelle, les circonstances aggravantes réelles ne peuvent être saisies d'office si elles ne sont pas visées dans l'acte de poursuite, sauf exceptions.

¹²²⁵ Art.350 du CPP.

3. Le fichage de la récidive

282. La France à une « *histoire douloureuse* »¹²²⁶ avec l'utilisation des fichiers, au temps de la laïcisation de l'armée en 1900¹²²⁷ et pendant la seconde guerre mondiale avec le recensement de la population juive en 1940¹²²⁸. Les fichiers de police sont encore aujourd'hui l'instrument d'un pouvoir exorbitant des agents habilités. Il est nécessaire de clarifier leur cadre juridique pour mieux protéger les droits et les libertés des citoyens contre l'utilisation abusive des données à caractères privées¹²²⁹. D'une part, ils sont une aide précieuse à la manifestation de la vérité, à la résolution des affaires et constituent une preuve du relèvement du récidiviste (α). A contrario, cet outil stigmatise le récidiviste l'empêchant de se réinsérer et de se réhabiliter (β).

a. Un casier judiciaire et des fichiers nécessaires

283. La récidive légale ou les faits antérieurs de condamnation doivent être connus pour adapter la réponse pénale. « *La récidive enregistre autant un effet du délit commis que la réaction du système sanctionnant pénalement ce délit* »¹²³⁰. D'un côté il existe des fichiers judiciaires comme CASSIOPE¹²³¹, et de l'autre côté des fichiers de la police, le STIC¹²³² et de la gendarmerie, le JUDEX¹²³³. Ces deux derniers sont regroupés au sein du TAJ (Traitement d'Antécédents Judiciaires)¹²³⁴ qui renseigne les acteurs de la justice sur les différentes formes de la personnalité et du passé criminel. Chaque fichier a son utilité, expliquant leur prolifération. Ils attirent les critiques quant à leurs caractères obsolètes, isolés et dispersés¹²³⁵. Ils n'ont pas essence à prendre en compte la récidive. L'absence de clarté et d'échange d'informations nécessite le développement de réseaux dynamiques d'échange d'informations ainsi que la création d'un fichier spécifique dont

¹²²⁶ A. Bauer et C.Soullez, *Les fichiers de police...op.cit.*, p 74.

¹²²⁷ Suite à l'affaire Dreyfus qui discrédite le service de renseignement de l'armée, l'opération du général Louis André de républicaniser l'armée est confié à la franc maçonnerie aboutissant à la centralisation de fiches d'information ; *Ibid.*, p 74.

¹²²⁸ Service du fichier juif ou le service Tulard ; *Ibid.*, p 75.

¹²²⁹ Rapport parlementaire du 24 mars 2009 au nom de la commission des lois qui formulent 57 propositions pour clarifier le cadre juridique des fichiers de police.

¹²³⁰ A. Kensey in M. Mohammed, *Les sorties de délinquance...op.cit.*, p 214.

¹²³¹ Article R 15-33-66-1 du CPP, issu du décret n° 2009-528 du 11 mai 2009, précise que le fichier CASSIOPE a pour objectif « l'enregistrement d'informations et de données à caractère personnel relatif aux procédures judiciaires au sein des tribunaux de grande instance, afin de faciliter la gestion et le suivi de ces procédures par les magistrats, les greffiers et les personnes habilitées qui en ont la charge, de faciliter la connaissance réciproque des procédures entre ces juridictions et d'améliorer ainsi l'harmonisation, la qualité et le délai du traitement des procédures, ainsi que, dans les affaires pénales, l'information des victimes » . Il est complété par le décret n°2012-680 du 7mai 2012 qui élargi les personnes ayant accès (délégués du procureur, personnels des associations d'aides aux victimes) ainsi qu'une mise en relation avec le casier judiciaire national.

¹²³² Décret n° 2001-583 du 5 juillet 2000 créant le fichier national de police STIC (système de traitement des infractions constatées) qui a pour objectif de « faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement d'épreuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs et l'exploitation des données à des fins de recherche statistique ».

¹²³³ Système judiciaire de documentation et d'exploitation (JUDEX), V. Annexe 9: « Tableau récapitulatif des principaux fichiers », A.Bauer et C.Soullez, *Les fichiers de police ...op.cit.*, p 111 à 125.

¹²³⁴ Autrefois appelé ARIANE : Application de rapprochement, d'identification et d'analyse pour les enquêteurs, le TAJ se substitue au STIC et au JUDEX, art. 230-6 à 230-11 du CPP et art. R40-23 à R40-34 du CPP issus de la loi LOPPSI 2 du 14 mars 2011 (article 11) et du Décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires.

¹²³⁵ Rapport du 20 janvier 2009 de la commission nationale informatique et liberté (CNIL) concernant le contrôle du STIC ; La CNIL épingle le STIC, Dalloz actualité, Dalloz.fr,26 sept.2009.

l'objectif, inscrit dans la loi, serait la prévention de la récidive¹²³⁶. Le casier judiciaire est le principal fichier qui retrace l'état de récidive du prévenu ou de l'accusé¹²³⁷. La loi LOPSSI II¹²³⁸ a renforcé le dispositif qualifié aujourd'hui d'« *extrêmement complet et assez intrusif* »¹²³⁹. Des fichiers d'antécédents¹²⁴⁰ et des fichiers d'analyse sérielle¹²⁴¹ qui établissent de lien entre les individus auteurs, renforcent le gain de temps dans la recherche d'auteurs d'infractions. Le traitement de données à caractère personnel relatives aux antécédents judiciaires est effectif depuis peu dans le but d'aider les enquêteurs à rassembler les preuves et sera doté d'un droit d'accès contrôlé¹²⁴². Une modernisation des fichiers mécanographiques¹²⁴³ s'est imposée avec l'utilisation de l'informatique obligeant de ce fait une formation technique des personnels de police et de gendarmerie.

Les bases de données nécessitent pour leur efficacité d'être régulièrement alimentées et mises à jour ce qui n'est pas toujours effectif¹²⁴⁴, notamment dans le cadre de la suppression des informations concernant les personnes bénéficiant d'un acquittement ou un non-lieu¹²⁴⁵. L'article 230-9 du code pénal, issu de la loi du 14 mars 2011 offre la possibilité de requérir au près du magistrat la mise à jour ou l'effacement des données du STIC. Il doit transformer l'inscription au fichier en simple mention après un classement sans suite. Cette ingérence des fichiers dans la vie privée est admise dès lors qu'elle est prévue par la loi dans un but légitime et nécessaire à une société démocratique. Comment caractériser ce but légitime d'ingérence ? Il s'agit pour la CEDH d'un besoin social impérieux et proportionné au but légitime. La proportion dans le fichage et sa durée s'entend vis-à-vis de la gravité de l'infraction. Les justifications doivent être pertinentes et suffisantes c'est-à-dire non excessives¹²⁴⁶. Une marge d'appréciation est laissée aux Etats, mais en l'absence de règles, ce dernier doit « *garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre intime* »¹²⁴⁷ qui lui sont reconnus. Ces données jouent un rôle fondamental dans la vie privée et familiale au regard de l'article 8 de la CEDH¹²⁴⁸. En effet, elle rappelle dans sa décision du 18 septembre 2014 le principe

¹²³⁶ Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive, 28 juin 2007, p 22 et s.

¹²³⁷ Le fichier Cassiopée (chaînes applicatives supportant le système d'information orientée procédure pénale et enfant) et le FIJAIS (Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles) prennent en compte la prévention de la récidive.

¹²³⁸ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹²³⁹ P. Bonfils, *La lutte contre la cybercriminalité...op.cit.*, p 443.

¹²⁴⁰ Art 230-6 du CPP.

¹²⁴¹ Art 230-12 du CPP.

¹²⁴² Décret n° 2012-6252 du 4 mai 2012, opérationnel à partir du 31 décembre 2013.

¹²⁴³ Lancement au sein de la gendarmerie du processus de destruction du FAR (fichier alphabétique de renseignement) permettant « aux militaires des unités opérationnelles d'acquérir une connaissance approfondie de leur population résidente » ; F. Rodrigues, Les bases de données en gendarmerie, utilisation et gestion des fichiers informatiques, Gend'Info n°331, nov. 2010, p 24.

¹²⁴⁴ A. Bauer et C. Soullez, *Les fichiers de police ...op.cit.*, p 99.

¹²⁴⁵ « La conservation dans un fichier des empreintes digitales d'une personne ayant fait l'objet de deux enquêtes pour vol ayant abouti à une relaxe et à un non-lieu s'analyse, au vu des circonstances, en une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée » ; CEDH 18 avril.2013, n°19522/09, D.2013, p 1067.

¹²⁴⁶ Ibid.

¹²⁴⁷ CEDH n°66746/01, Connors c. Royaume Uni §82, 27 mai 2004

¹²⁴⁸ CEDH n°21010/10 Brunet c/ France du 18 septembre 2014, condamnation de la France pour violation de l'article 8 et atteinte à la vie privé pour une inscription au STIC après un classement sans suite, «L'État défendeur a outrepassé sa marge d'appréciation en la matière, le régime de conservation des fiches dans le STIC, tel qu'il a été appliqué au requérant, ne traduisant pas un juste équilibre entre les intérêts publics et

de la présomption d'innocence et son refus de la stigmatisation par la conservation des données à caractère privé dans un fichier. Le STIC ne doit pas être l'expression de soupçons en dehors de toute condamnation pénale.

Les fichiers subissent donc une dénaturation progressive dans leur fonctionnement. Leur utilisation est placée sous le contrôle du magistrat du parquet¹²⁴⁹. L'emploi de fichiers soulève la question de l'équilibre entre la recherche de la vérité et le respect de la vie privée, la sécurisation des données¹²⁵⁰ et la sanction des dérives des fichiers privés¹²⁵¹. Le fichier EDVIGE¹²⁵² a été très controversé et retiré le 20 novembre 2008 suite à un recours devant le Conseil d'Etat pour atteinte à la vie privée¹²⁵³.

L'efficacité de l'outil informationnel de la récidive est limitée par sa complexité ainsi que l'existence de nombreuses règles de non inscription et d'effacement des condamnations. Inversement, il ne concilie pas le droit à l'oubli et la prévention de la récidive. Il ne représente pas l'équilibre entre une mémorisation définitive et une meilleure répartition des différents bulletins (amnistie, écoulement du délai de 40 ans, réhabilitation, condamnation avec sursis, dispenses de peines). La nature des circonstances aggravantes est précisée. Les décisions judiciaires relatives à l'exécution des peines sont retracées. Pourtant, un enrichissement notamment du casier judiciaire est préconisé par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive¹²⁵⁴.

- 284.** L'utilisation du casier judiciaire influence la prise de décision dès l'arrestation et la garde à vue du suspect dans le choix de la poursuite par le Parquet. Bien au-delà, il le guide vers une procédure d'alternatives aux poursuites, de comparution immédiate, ou de renvoi devant le tribunal correctionnel ou aux assises. Concernant les récidivistes, le choix de la procédure est tourné vers la comparution immédiate qui débouche dans la majorité des cas sur une condamnation à de la prison ferme assortie d'un mandat de dépôt sans faculté d'aménagement de peine¹²⁵⁵. Près des trois quart des prévenus et dans un délai de trois

privés concurrents en jeu. Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit du requérant au respect de sa vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique ».

¹²⁴⁹ Art 21 de la loi du 18 mars 2003, A. Bauer et C.Soullez, *Les fichiers de police...op.cit.*, p 86.

¹²⁵⁰ Mise au point d'une carte d'identité individuelle à puce, permettant d'accéder aux différentes bases de données en fonction de l'intérêt à connaître pour l'enquêteur. Organisation de la traçabilité de la recherche dans les fichiers afin d'éviter les fuites et divulgations d'information violant le secret de l'enquête, de l'instruction ou de la vie privée ; Gend'Info n°331, nov. 2010, p 25.

¹²⁵¹ La loi du 6 août 2004 sur la confiance dans l'économie numérique réprime à l'article 226-27 du CP « le fait de procéder, sans avoir recueilli le consentement de la personne dans les conditions prévues par l'article 16-11 du code civil, à son identification par ses empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique ou au prélèvement de ses traces biologiques à titre d'ascendant, descendant ou collatéral aux fins de l'établissement, par ses empreintes génétiques, de l'identité d'une personne mentionnée au 3° du même article, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende » ; P.Bonfils, *La lutte contre la cybercriminalité...op.cit.*, p 442

¹²⁵² Décret n°2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel : EDVIGE : exploitation documentaire et valorisation de l'information générale.

¹²⁵³ Il avait pour objectif de réunir les services des renseignements généraux avec la direction de la surveillance du territoire par la création d'une base de données commune pour lutter contre la délinquance et la criminalité organisée le terrorisme. Les renseignements qu'il devait contenir violaient le respect de la vie privée. Il devait répertorier les personnes physiques ou morales à partir de 13 ans susceptible de porter atteinte à l'ordre public et les personnes ayant détenu un mandat politique, syndical ou ayant un rôle institutionnel, économique, social ou religieux.

¹²⁵⁴ P. Clément, Rapport établi par la *Commission d'analyse et de suivi de la récidive*, 28 juin 2007

¹²⁵⁵ V. supra La comparution immédiate.

ans en moyenne, le délinquant est happé dans la spirale des rechutes et des condamnations¹²⁵⁶. Le casier judiciaire est donc utilisé à des fins d'aggravation de la peine.

- 285.** Le service de l'application des peines dispose aussi d'outils informatiques et de fichiers situés au centre d'exploitation de Nantes et sur lesquels il ne communique pas sur ses outils statistiques. Son activité est le plus souvent locale, exercée par le biais des services de l'administration pénitentiaire. Les données sont englobées dans celles du Parquet. Il est alors plus difficile de tenir des statistiques régulières, détaillées et chiffrées en raison de la complexité des procédures, débats contradictoires, appels et augmentation du champ de compétence du juge d'application des peines¹²⁵⁷. L'application des peines se juridictionnalise depuis la rémunération de la mission postérieure de l'avocat qui assiste aux débats contradictoires devant le juge d'application des peines ou du juge des enfants¹²⁵⁸.
- 286.** La base de données concernant l'Application des peines, probation et insertion (APPI)¹²⁵⁹ est d'utilisation conjointe entre les JAP et les SPIP pour faciliter et formaliser les échanges. Elle permet d'enregistrer d'exploiter les informations relatives au condamné placé sous la compétence des juridictions de l'application des peines. Dès lors qu'une mesure est enregistrée dans la base de données, il est fait mention du nom du JAP qui a la charge du suivi et de la mesure du condamné¹²⁶⁰. Elle peut être aussi consultée par les magistrats du parquet. Cet outil informatique en perte de vitesse est relié à la base de donnée Cassiopée¹²⁶¹ et le fichier GIDE¹²⁶². Le service a aussi accès à l'application FRAIJUS¹²⁶³ qui a pour objectif de maîtriser les frais de justice engagés. Cette application a pour objectif de sensibiliser les magistrats à la gestion des deniers publics pour anticiper les dépenses liées à l'activité judiciaire. Le fichier national des détenus permet de connaître les lieux de transfert, les dates de sorties et d'entrées des condamnés dans les établissements pénitentiaires ainsi que l'adresse de résidence de la personne libérée. Il est alimenté par les établissements pénitentiaires via le fichier Gide. Ce fichier regroupe des données personnelles sur le détenu est d'accès limité par une carte et un code secret personnel à l'utilisateur. Le service de l'application des peines adresse une demande au casier judiciaire afin d'obtenir le bulletin numéro un dans le cadre d'un aménagement de peine. Le service de l'application des peines participe à la bonne tenue du fichier des personnes recherchées¹²⁶⁴ conjointement alimentées par la police judiciaire et la gendarmerie Il peut solliciter une demande d'inscription, de radiation ou de modification. Les magistrats du parquet, le juge d'instruction, les services de l'application des peines sont habilités à consulter le fichier des condamnés placés sous surveillance électronique

¹²⁵⁶ 72 % des prévenus ont un casier judiciaire qui comporte pour 15 % d'entre les condamnations dans l'année en cours, 50 % dans un délai d'un an, 66 % dans les deux dernières années et 75 % dans les trois dernières années.

¹²⁵⁷ J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique de l'application des peines*, Berger-Levrault, Sofiac, 2010, n°168 et s, p 100 et s.

¹²⁵⁸ L'aide juridique prévue par le décret n°91-1266 du 19 décembre 1991, Art. 91 est complété par le décret n°2001-512 du 14 juin 2000 ainsi que du décret n° 2004-1025 du 29 septembre 2004.

¹²⁵⁹ Art. R. 57-4-1 et s. du CPP, Décret n° 2011-1447 du 7 novembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé application des peines, probation et insertion.

¹²⁶⁰ J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique de l'application des peines ...op.cit.*, p 637.

¹²⁶¹ Décret du 11 mai 2009 n° 2009-528 création du fichier Cassiopée.

¹²⁶² Fichier des détenus dans les établissements pénitentiaires (GIDE).

¹²⁶³ Directive des services judiciaires du 4 novembre 2005 n° SJ-05-340-AB3/4.11.05.

¹²⁶⁴ Article 23I de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure.

mobile¹²⁶⁵. Il permet de connaître la géolocalisation en temps réel par GPS sur le territoire national du condamné porteur du bracelet électronique. Les données relatives à l'identité du condamné sont conservées durant la mesure jusqu'à 10 années après son expiration¹²⁶⁶.

β. Le marquage social du récidiviste.

- 287.** Le casier judiciaire est un marqueur social au même titre que la mutilation marquait physiquement le récidiviste. Le casier mentionne l'état de récidive dans les cas où la condamnation est inscrite. Il détermine le passage répété devant la justice. Il englobe la récidive et la réitération.
- 288.** Le casier judiciaire est le récit des politiques sociales infructueuses. Il est un indicatif judiciaire des questions sociales qui traduisent la quantité de délits relatifs à leurs natures : additions, trafic de stupéfiants, conduite sous l'emprise d'un état alcoolique. Ainsi que les délits de violences (conjugales) ou de vols. « *Les casiers témoignent aussi de l'inflation très rapide de nouveaux délits, de la pénalisation des actes d'incivilités, des tentatives du législateur à tout judiciariser* »¹²⁶⁷. Plus le casier judiciaire est chargé plus il est symptomatique au regard de la société, de la nature irréductible du délinquant et de l'utilité de la prison. Le casier judiciaire est un marqueur social de la précarité corrélé aux ressources, au délit et à l'état de santé. « *21 % des personnes ayant plus de condamnation semblent avoir des problèmes d'ordre psychologique psychiatrique, 17 % sont en mauvais état de santé et 21 % sont dépendants des drogues* »¹²⁶⁸.
- 289.** Le casier judiciaire est-il pour autant une échelle de dangerosité ou le symptôme d'un trouble social? Il détermine le choix d'une procédure de comparution immédiate qui crée une distorsion dans les droits de la personne. La justice expéditive est inaudible et handicape le procès équitable. Le casier judiciaire a une importance déraisonnable et tient une place centrale dans le choix procédural et le prononcé de la peine. Il « *renforce l'idée que les comparutions immédiates représentent une justice de classe pour les pauvres, un moyen de judiciariser la misère, un choix politique* »¹²⁶⁹. Elle illustre le lien entre les difficultés sociales et l'insécurité favorisé pour les besoins d'une politique sécuritaire. La comparution immédiate « *laisse croire aux vertus d'une répression instantanée et l'exemplarité de la peine contre la délinquance de pauvreté. Des lors, la décision de justice masque et assure de fait une fonction de gestion d'un ensemble hétéroclite de défaillance de nos systèmes de solidarité sociale* »¹²⁷⁰.

A cette misère sociale s'ajoute la peur d'une société française vieillissante qui exprime dans la surenchère des discours sécuritaires des campagnes électorales. Le développement d'un processus de ghettoïsation et les stéréotypes de la violence caractéristique de la délinquance ne sont en effet pas aussi significatifs qu'on le pense. L'analyse sociologique de Mucchielli, explique le processus d'émergence de la violence par la transmission intergénérationnelle des rapports violents, dus aux carences affectives précoces, de l'échec scolaire et du chômage qui pèsent dans le huis clos familial. « *La société française est en train d'opérer une véritable révolution à l'échelle historique, dans le sens d'une*

¹²⁶⁵ Art763-13 du CPP.

¹²⁶⁶ R61-17 du CPP.

¹²⁶⁷ D. Welzer-Lang et P.Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ...op.cit.* p69.

¹²⁶⁸ L. Mucchielli, *Histoire de la criminologie ...op.cit.*, p71.

¹²⁶⁹ Ibid.

¹²⁷⁰ Ibid.

reconnaissance et d'une prise en charge des violences physiques, sexuelles et même désormais verbales ou psychologiques. Et si l'on ne peut que s'en féliciter sur le plan moral, il convient de se montrer très prudent quant à l'interprétation de l'augmentation des chiffres officiels qui traduisent surtout des violences davantage dénoncées et non davantage plus fréquentes»¹²⁷¹.

Avec l'essor de la société de consommation, la violence s'est transformée et transférée quel que soit l'endroit où l'on se situe, soit chez soi ou dans un espace public, dans les actes de vol des biens d'autrui qui symbolisent la société moderne (voiture, argent, téléphone portable physiques, objet de parc, ordinateur, lecteur MP3). « *L'essor de la société de consommation s'est accompagnée du développement délinquance d'appropriation qui constitue une sorte de redistribution violente opérée généralement par ceux qui sont, sinon totalement exclu, du moins aux marges de cette société, au détriment souvent des classes moyennes* »¹²⁷². Le casier judiciaire est moins un instrument de mesure de la dangerosité qu'il n'est le reflet des problématiques sociales d'un pays et d'une population. La justice s'invite dans le quotidien des citoyens et les violences sont davantage signalées depuis une vingtaine d'années. Les politiques pénales des vingt dernières années n'ont pas su diminuer le taux de délinquance et de récidive. Le diagnostic scientifique de la dangerosité et la recherche indépendante exempte de préjugés semble être la seule issue pour réformer les politiques pénales et sortir du cercle vicieux de la récidive mis en œuvre par les politiques publiques nationales et locales au niveau des Parquets.

C. Le pouvoir exorbitant du Parquet dans le relèvement de la récidive.

290. Le Ministère Public met en mouvement l'action publique dans le procès pénal¹²⁷³. Il poursuit les affaires prioritaires suivant un diagnostic national et local de la délinquance. L'opportunité des poursuites¹²⁷⁴ s'adapte à la politique pénale qui est « *historiquement d'abord la faculté d'arbitrage acquise par le parquet entre l'engagement des poursuites et le classement sans suite* »¹²⁷⁵. Le Ministère public est un corps de magistrats hiérarchisé et indivisible, un organe subordonné et sans indépendance¹²⁷⁶. Les magistrats du parquet sont hiérarchiquement placés sous la direction et le contrôle du garde des Sceaux qui met en place la politique pénale du gouvernement¹²⁷⁷ avec le soutien logistique des services de police et de gendarmerie. Pour désengorger les tribunaux, le Parquet dispose d'une marge de manœuvre pour mettre à exécution la politique pénale gouvernementale¹²⁷⁸ par le biais des alternatives aux poursuites. Elles sont soumises au contrôle du Conseil Constitutionnel qui peut invalider des mesures opposées aux droits de la défense ou à la présomption d'innocence et qui créeraient une justice inégalitaire¹²⁷⁹.

¹²⁷¹ Ibid., p 73.

¹²⁷² Ibid., p 72.

¹²⁷³ Art.31 du CPP.

¹²⁷⁴ Art. 40 du CPP.

¹²⁷⁵ C. Miansoni, « Politique pénale et management des juridictions ou la politique pénale comme composante du projet de juridiction », *AJ pénal* 2012, p 449.

¹²⁷⁶ C. Ambroise-Casterot, P. Bonfils, *Procédure pénale*, PUF, 2011, p72 et s.

¹²⁷⁷ Art. 20 de la Constitution de 1958.

¹²⁷⁸ Voir supra : suivi renforcé du TGI de Cambrai.

¹²⁷⁹ Décision constitutionnelles n°95-360 du 2 fév.1995 qui rejette la légalisation des pratiques d'injonctions pénales, mesure préventive de soins et d'autres mesures alternatives aux poursuites (TIG, réparation, confiscation...), à l'initiative du parquet afin d'apporter une réponse pénale à un contentieux de

C'est pourquoi, ces mesures prononcées hors juridiction de jugement, sont des décisions de natures administratives qui revêtent de la portée d'une sanction judiciaire. Le procureur peut prononcer une peine privative de liberté dans une procédure de CRPC. Quel est l'impact de la déjudiciarisation du procès pénal sur les droits du récidiviste ? Quels sont les critères d'application des peines alternatives pour les récidivistes ? Quelles sont les peines alternatives qui préviennent la récidive ? Les alternatives aux poursuites sont-elles le symbole d'une justice à deux vitesses dans le domaine de la lutte contre la récidive ? Bien que la qualité d'autorité indépendante du Parquet soit remise en cause, il dispose de nombreux pouvoirs exorbitants dans la mise en œuvre des politiques pénales au niveau local (1). Il dispose d'un grand pouvoir punitif et son indépendance est particulièrement problématique dans un régime dérogatoire qui réduit les droits du récidiviste (2).

1. La mise en œuvre de l'action publique pénale

291. La mise en œuvre de l'action publique soulève la question de la définition des contours du pouvoir donné au procureur de la République dans la lutte contre la récidive. Les atteintes portées à l'autorité de la justice sont réprimées par le code pénal¹²⁸⁰. En revanche, l'*imperium*¹²⁸¹ et la *juris-dictio*¹²⁸² intrinsèque à la fonction judiciaire subissent une menace insidieuse causant une déperdition de la justice¹²⁸³. Montesquieu, en instituant « *le pouvoir comme notion élémentaire de la pensée politique et juridique* »¹²⁸⁴, détaille trois pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire. La liberté ne peut être sauvegardée que si « *la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* »¹²⁸⁵. Selon Montesquieu l'autolimitation du pouvoir est la seule garantie de la liberté. Cette théorie du pouvoir est complétée par « *la théorie normative de la distribution des pouvoirs* »¹²⁸⁶ entre les lois et chaque gouvernement. Les orientations d'action publique influencent-elles le parquet dans le relèvement et la poursuite des récidivistes ? Jusqu'où s'étendent les pouvoirs du Parquet dans la lutte contre la récidive ? L'autorité judiciaire se compose des magistrats du siège et du parquet¹²⁸⁷ et la Constitution¹²⁸⁸ proclame l'indépendance de l'autorité judiciaire¹²⁸⁹. Toutefois, l'indépendance des magistrats du parquet est limitée par la subordination hiérarchique au

masse même si les infractions sont de faible gravité et qu'elles auraient conduit à un classement sans suite. Cette procédure hybride est rejetée en raison de la création d'une justice à deux vitesses. Elle est dure pour les pauvres et douce pour les riches, et l'inscription dans un fichier des bénéficiaires de la mesure est une atteinte aux droits de la défense et à la présomption d'innocence en raison de la nature administrative et non judiciaire de la mesure ; J.Wolff, Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel, *D.* 2005, Chr., p201.

¹²⁸⁰ Art. 434-25 du CPP.

¹²⁸¹ L'*imperium* est une prérogative du juge qui soumet aux tiers la chose jugée. C'est un pouvoir de commandement.

¹²⁸² La *juris-dictio* indissociable de l'*imperium* est le pouvoir qui investit le juge de dire le droit « en répondant à une situation de fait dont il est saisi, par une déclaration rendue selon les règles légales, la procédure prescrite et les travaux autorisés », *Locution latine juridique*, Dalloz, 2007.

¹²⁸³ C. Atias, « Une menace de perdition du judiciaire », *D.*2013, p 1232.

¹²⁸⁴ Montesquieu (C.-L de Secondat, Baron), De l'esprit des lois, Genève, 1748, in Œuvres complètes, Gallimard, Vol2, 1951.

¹²⁸⁵ « Le pouvoir doit arrêter le pouvoir », C. Atias, « Une menace de perdition... » *chron.préc.*, p1232

¹²⁸⁶ Ibid.

¹²⁸⁷ Art.1^{er} de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 et Cons. Const.2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *D.*2004, p2756.

¹²⁸⁸ Art 64 de la constitution du 4 oct.1958.

¹²⁸⁹ Le président de la République a pour mission de garantir par une limitation de son pouvoir.

garde des Sceaux¹²⁹⁰. « *Indépendant le matin, ils ne le sont plus l'après-midi ; ils sont atteints de schizophrénie* »¹²⁹¹. Les parquetiers ont un pouvoir d'action relatif car leur statut les subordonne au garde des sceaux qui donne le tempo de la valse répressive de la récidive.

292. Une « *tradition ancienne et solide* »¹²⁹² retranscrite dans le code d'instruction criminelle de 1808 « *permettait au garde des sceaux de donner au parquet des ordres de poursuites* »¹²⁹³. En vertu de la diversité politique, une continuité juridique s'est installée en marquant l'évolution par des ordres de poursuites écrit¹²⁹⁴ puis versés au dossier¹²⁹⁵. En contrepartie de ce contrôle hiérarchique¹²⁹⁶ du garde des sceaux sur les magistrats du parquet, ces derniers ont la parole libre à l'audience¹²⁹⁷. « *Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement* »¹²⁹⁸. Pour se faire, « *il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique* »¹²⁹⁹, ainsi que des ordres de poursuites dénommées instructions pénales individuelles. Le Ministre de la justice « *peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes* »¹³⁰⁰.

293. Quel est l'impact de la réforme du pouvoir des Parquets dans la lutte contre la récidive ? La suppression des instructions pénales individuelles a un impact sur l'action des Parquets et en conséquence dans l'impulsion donnée à la lutte contre la récidive. Dans une circulaire du 19 septembre 2012, la Garde des Sceaux en fini avec « *la pratique des instructions individuelles* »¹³⁰¹ de la politique pénale du gouvernement. Le Ministre de la Justice ne peut plus donner son avis ou des instructions aux procureurs généraux dans les affaires individuelles, seules perdureront les instructions générales. Cette volonté de garantir l'indépendance des parquets¹³⁰² est renforcée dans le code de procédure pénale par l'adoption de la loi du 25 juillet 2013¹³⁰³. « *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* »¹³⁰⁴. Les parquets recevront uniquement des orientations de politique générale, unique guide au niveau local. En réécrivant l'article 30 du CPP, la circulaire du 19 septembre 2012 opte pour la « *prohibition pour le ministre de la justice d'adresser aux*

¹²⁹⁰ Art.5 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958.

¹²⁹¹ P.Lyon-Caen, « Action publique, Vers un parquet indépendant ? », D.2013, p 1359.

¹²⁹² J. Pradel, « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? À propos du projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 juin 2013 », D.2013, p 1361.

¹²⁹³ Art.274 du code d'instruction criminelle de 1808.

¹²⁹⁴ Loi du 4 janvier 1993.

¹²⁹⁵ Loi du 24 août 1993.

¹²⁹⁶ « Le principe hiérarchique, origine napoléonienne, est donc traditionnel et solide. » ; J.Pradel, « Faut-il supprimer ... » *chron.préc.*, p 1361.

¹²⁹⁷ Art. 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

¹²⁹⁸ Art 30 du CPP, al. 1^{er}.

¹²⁹⁹ Art 30 du CPP, al.2.

¹³⁰⁰ Art. 30 du CPP, al. 3.

¹³⁰¹ O. Martineau, « Circulaire du 19 septembre 2012 », D.2013, 2176.

¹³⁰² Issue des recommandations du conseil de l'Europe et adopté en conseil des Ministres le 6 oct. 2000.

¹³⁰³ Loi n°2013-669 du 25 juillet 2013 ; J-C. Zarka, « Politique pénale et action publique : adoption du texte par le Sénat », D.2013, p 1837.

¹³⁰⁴ Art. 31 du CPP.

magistrats du parquet des instructions dans des affaires individuelles, nouvelle garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire »¹³⁰⁵. Cette loi qui tend à redéfinir les relations entre la Chancellerie et les Parquets, laisse au Garde des Sceaux certaines prérogatives¹³⁰⁶.

L'instruction générale sous forme de circulaire¹³⁰⁷ et les instructions individuelles dans les affaires particulières composent les « *deux leviers* »¹³⁰⁸ de la politique pénale devenue « *politique d'action publique* »¹³⁰⁹. Elle est une notion plus restreinte que la politique pénale¹³¹⁰ et peut se circonscrire par « *l'usage du classement sans suite ou de la mise en mouvement de l'action publique, les priorités de poursuites, les choix entre les mesures alternatives aux poursuites et les poursuites, les choix de contentieux eu égard aux capacités de réponses pénales disponibles, les options entre les modes de poursuites ou celles relatives aux propositions d'alternatives* »¹³¹¹. Dans ces domaines, la réforme met fin aux abus de conseil du cabinet du ministre de la justice.

Le conseil supérieur de la magistrature (CSM) est le seul juge disciplinaire qui peut nommer un magistrat. Le garde des sceaux ne peut plus passer outre l'avis négatif du CSM, comme il a souvent été le cas¹³¹². Le récent projet de loi constitutionnel¹³¹³ supprime les instructions individuelles et remet en cause le principe hiérarchique. Il s'accorde avec la CEDH sur l'indépendance du parquet.

2. *L'impossible indépendance du Parquet*

294. La volonté d'exprimer dans la loi l'indépendance du Parquet fait suite au « *séisme judiciaire* »¹³¹⁴ provoqué par la CEDH qui ne considère pas le procureur de la République comme une autorité judiciaire¹³¹⁵. Il manque d'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. « *L'affirmation des juges européens, au demeurant contraire à la tradition plus que séculaire d'un Pays considéré comme celui des droits de l'homme, est*

¹³⁰⁵ Politique pénale et action publique : l'indépendance comme fer de lance, Actualité Dalloz.fr, 28 mars 2013.

¹³⁰⁶ Il garde le pouvoir de demander un pourvoi dans l'intérêt de la loi (Art 620 du CPP), une demande en révision (Art 623 du CPP) ou un réexamen à la suite d'une condamnation de la France par la CEDH (Art 626-2 du CPP). Il garde aussi le pouvoir d'exercer l'action publique dans le domaine des infractions relatives au droit de la presse (Art 48 de la loi du 29 juillet 1881) ; V. : « Indépendance du parquet », *AJ pénal* 2013, p 183.

¹³⁰⁷ Exemple de la circulaire du 23 mai 2011 du garde des sceaux adressée aux magistrats du parquet et du siège pour présenter les nouvelles dispositions de la garde à vue issue de la loi du 14 avril 2011. Elle est jugée conforme à l'art 62 et s du CPP et à l'art 6 de la CEDH ; C.E., 11 juil.2012, n°349752; C.Porteron, « Garde à vue : une circulaire qui ne méconnaît pas les droits de la défense », *AJ pénal*, 2013, p 105.

¹³⁰⁸ J.Pradel, « Faut-il supprimer les instructions... » *chron.préc.*, p 1361.

¹³⁰⁹ Art. 63 de la loi du 9 mars 2004.

¹³¹⁰ La politique pénale se compose de six éléments : élaboration de la norme pénale, prévention, police judiciaire, poursuites, le jugement pénal et l'exécution des peines ainsi que de la politique pénitentiaire ; Y.Aguila, La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? *Revue administrative*, n° 277, 1994, Paris, p 7, in D. Mondon, « Pour une analyse systémique ... » *chron. préc.*, p442.

¹³¹¹ Tentative de définition à défaut de précision dans la circulaire d'application de la loi du 9 mars 2004, CRIM-04-4-E8-14.05.04.

¹³¹² P.Lyon-Caen, *Action publique...op.cit.*,p 1359.

¹³¹³ Projet de loi constitutionnel n°815

¹³¹⁴ J-F Renucci, Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire, D2009, p 600.

¹³¹⁵ Arrêt Medvedyev c/ France, CEDH 10 juillet 2008, Medveyev et autres c/ France, CEDH, gde ch., 29 mars 2010, req. n° 3394/03, D. 2010, p 1386, obs. J-F. Renucci.

particulièrement lourde de conséquences »¹³¹⁶. Le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale¹³¹⁷ faisant suite à cette décision réaffirme le droit pour le procureur d'ordonner des mesures attentatoires à la liberté. Le Parquet n'a pas à être indépendant du pouvoir politique¹³¹⁸ et aucune modification du statut du ministère public n'est envisagée¹³¹⁹. L'arrêt Vassis du 27 juin 2013¹³²⁰ réaffirme que¹³²¹ « *le magistrat du ministère public ne remplit pas, «au regard de l'article 5, § 3, de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de juge ou [...] autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* »¹³²². « *L'intervention d'un membre du ministère public au début et pendant le déroulement de la garde à vue ne soulève pas, en soi, de difficulté, pourvu que la personne gardée à vue soit ensuite présentée à un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires dans un délai conforme aux exigences de l'article 5, § 3* »¹³²³. Ils doivent être présentés à un magistrat du siège seul habilité des fonctions judiciaires selon la CEDH.

La suppression des instructions individuelles ne suffit pas pour affirmer l'indépendance du Parquet. Le principe de subordination perdure dans l'ordonnance portant statut des magistrats. Le terme d'instruction sous-entend toujours une perte d'appréciation des magistrats du parquet « *au mépris du principe inhérent à la fonction judiciaire de l'individualisation des peines* »¹³²⁴. La subordination hiérarchique du Parquet à la Chancellerie est ancrée dans notre tradition juridique. Elle caractérise cette fameuse atteinte à la *juris-dictio* des juges et contribue à la perte de l'indépendance. L'indépendance doit être consacrée dans l'ordonnance des statuts des magistrats du siège et du Parquet. Le problème se déplace sur les prérogatives constitutionnelles du gouvernement qui conduit la politique nationale et que les procureurs généraux et procureurs de la République adaptent et mettent en œuvre. Le ministère public est le point de convergence des enjeux divergents ce qui en fait une institution complexe aux facettes multiples propres aux cultures juridiques locales¹³²⁵ ainsi qu'à chaque Etat¹³²⁶.

¹³¹⁶ J-F Renucci, *Un séisme judiciaire ...op.cit.*, p 600.

¹³¹⁷ Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale rendue le 1er sept 2009.

¹³¹⁸ A.Coche, Le comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? *D.* 2009, p2769.

¹³¹⁹ En ce sens : « si l'eupéanisation des procédures nationales est devenue une impérieuse nécessité, faut-il pour autant faire table rase des traditions nationales ou celles-ci peuvent-elles subsister dans une certaine mesure ? », « la Cour cherche-t-elle à imposer, sans en avoir eu le mandat, un modèle anglo-saxon de justice accusatoire à l'ensemble du continent ? » ; J-F Renucci, *Un séisme judiciaire ...op.cit.*, p 600.

¹³²⁰ CEDH, 27 juin 2013, VASSIS et autres c/ France, req. n° 62736/09.

¹³²¹ Au sujet de l'arrêt Vassis c/ France, *ibid.*, O. Bachelet, « Privation de liberté suivie d'une garde à vue : condamnation de la France », *D.*2013 p 1687.

¹³²² CEDH, 23 nov. 2010, Moulin c / France, req. n° 37104/06.

¹³²³ Le contrôle par le magistrat du parquet pendant la garde à vue est néanmoins conforme à l'article 5 § 3 ; O.Bachelet, « Privation de liberté ... » *chron préc.*

¹³²⁴ P.Lyon-Caen, *Action publique ...op.cit.*, p 1359.

¹³²⁵ L'article 35 du CPP prévoit que le procureur de la République met en œuvre la politique nationale au niveau local. Ils constituent les laboratoires de la mise en œuvre de l'action publique des parquets. « C'est au contact aussi bien de la société civile s'exprimant par ses élus ou des associations que de l'administration territoriale que le procureur percevra le plus finement les besoins d'ordre public de répression et de degré d'intensité de celle-ci ». Le procureur a une mission de bon fonctionnement de l'action des parquets nécessitant « un contrôle de qualité de l'action des parquets et dans une évaluation des choix locaux d'action publique », D. Mondon, « Pour une analyse systémique ... » *chron.préc.*

¹³²⁶ C. Mauro, « Quelle politique pénale en Italie ? », *AJ pénal* 2012, p 452, S. Field « la politique pénale en Angleterre et au Pays de Galles : formation et responsabilité », *AJ pénal* 2012, p 455, H.Jung et A.Morsch, « Egalité, diversité, complexité : la politique criminelle en Allemagne », *AJ pénal* 2012, p 459.

La nouvelle politique d'action publique¹³²⁷ affiche une fermeté, une efficacité et un respect des droits par le recours à l'individualisation des peines (procédure simplifiée) pour une sanction juste et adaptée (PSEM). Le gouvernement rompt avec l'utilisation systématique, par le précédent gouvernement, des peines planchers (pour les affaires de violences urbaines, ou dans un contexte sportif), ou la prononciation systématique du mandat de dépôt en comparution immédiate. Il insiste sur la compréhension par le condamné de la peine et préconise de limiter la révocation du sursis avec mise à l'épreuve (SME) ou le suivi socio judiciaires (SSJ).

295. Le ministère public regroupe « *les autorités chargées de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée, en tenant compte, d'une part, des droits des individus et, d'autre part de la nécessaire efficacité du système de justice pénale* »¹³²⁸. La plupart des pays donnent au procureur un statut qui leur garantit une plus ou moins grande autonomie vis-à-vis du pouvoir exécutif ou un statut s'inscrivant dans une hiérarchie qui les fait dépendre de la justice avec les mêmes garanties d'indépendance que les autres magistrats. À la différence des pays du *commun law*, le droit français est issue du droit écrit, héritage du droit romano-germanique, qui a pour finalité la manifestation de la vérité et non la victoire d'une partie sur l'autre, comme en témoigne le rôle de l'expert qui, dans le droit anglo-saxon, appui le témoignage des parties alors qu'en France il est un auxiliaire de justice qui éclaire la décision du juge. Cet héritage historique napoléonien se retrouve aussi dans la spécificité du ministère public français qui n'est pas une partie¹³²⁹. Le statut et le rôle du ministère public est une « *problématique épistémologique, omniprésent et omnipotent* »¹³³⁰. Il pense être le seul à pouvoir juger les affaires tout en négligeant le rôle de l'avocat. Il travaille dans l'urgence et sous la pression du chiffre l'éloigne des principes qui régissent sa fonction. Son rôle n'a pas évolué vers une complémentarité avec les autres magistrats mais dans une concurrence dans ses missions par les alternatives aux poursuites¹³³¹.

L'ambiguïté du Parquet français pollue la lisibilité du système judiciaire. Un parquet privé offrirait de nouveaux droits aux justiciables et une meilleure sécurité juridique. Il rééquilibrerait le pouvoir face à la surpuissance des victimes et de leurs associations. Il comblerait les lacunes de son impartialité et de son indépendance qui dans la lutte contre la récidive se traduisent par des pouvoirs exorbitants de poursuite et de sanction qui amenuisent les droits de la défense et créent une justice à deux vitesses.

D. Les sanctions graduées à l'initiative du Parquet

¹³²⁷ Circulaire du 19 septembre 2012.

¹³²⁸ Recommandation du Conseil de l'Europe en 2000, Faut-il réformer le statut du ministère public ? Dossier, *AJ pénal*, 2011, p 106 et s.

¹³²⁹ J-P. Rean, « Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, dossier, faut-il réformer le statut du ministère public ? », *AJ pénal* 2011, p 106.

¹³³⁰ D. Soulez-Larivière, Le problème du ministère public français, *Ibid.*, p 112.

¹³³¹ La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et l'ordonnance pénale représente plus d'un tiers des poursuites, mais aussi une augmentation de la détention provisoire suite aux comparutions immédiates, 58 % des affaires sont classées sans suite pour défaut d'élucidation, en 2010 seuls 3,5 % des affaires poursuivies font l'objet d'un réquisitoire introductif c'est-à-dire d'une instruction et seul 1,8 % des affaires font l'objet d'une réponse pénale, J. Danet, Bref commentaire de l'annuaire statistique 2009- 2010 en matière pénale, *ibid.*, p122.

296. Le Parquet met en œuvre les politiques pénales répressives contre la récidive. En conséquence, il juge avec sévérité le récidiviste sur qui pèse des préjugés et dont les aveux sont négociés en faveur d'une sanction moins forte que devant un tribunal. Comment la présomption de dol qui pèse sur le récidiviste est-elle institutionnalisée à travers les peines alternatives et le pouvoir du procureur ? Ce dernier détient, malgré les critiques, un pouvoir exorbitant dans le traitement quotidien des affaires en les déjudiciarisant (1). Les alternatives aux poursuites interviennent comme un pré-jugement d'incorrigibilité limité à un contrôle sommaire du juge. Elles bafouent les droits fondamentaux du procès équitable et les droits de la défense du récidiviste, à qui est proposée une peine plus faible en échange d'aveux (2).

1. La déjudiciarisation des sanctions

297. Les alternatives aux poursuites consacrent une déjudiciarisation voire une contractualisation¹³³² du procès pénal autour de la promotion de l'aveu¹³³³ de l'auteur initié par les magistrats du parquet. Elles entraînent des effets de mesures juridiques en dehors de toute audience pénale. Elle est une transaction qui se substitue aux poursuites. Elle formalise l'aveu sans se rapprocher pour autant du plaider coupable ou de la CRPC, car elle exclut la phase de négociation sur la nature ou le quantum de la peine entre le ministère public et l'auteur. Les mesures sont proposées par le magistrat du Parquet qui recueille ou non le consentement de l'auteur. Il existe donc, des exceptions au traitement judiciaire traditionnel car le magistrat devient juge et partie à une négociation graduée de la réponse pénale en échange d'aveux. Les modes alternatifs de règlement des conflits puisent leur existence dans le désengorgement des juridictions en offrant une réponse pénale simple et rapide. Les alternatives aux poursuites s'inscrivent dans la continuité de la philosophie d'une politique pénale expéditive pour les récidivistes, dès la phase de poursuites éliminant ainsi la phase du procès pénal et des droits fondamentaux qui s'y apparentent.
298. En matière criminelle l'instruction est obligatoire. En matière délictuelle et contraventionnelle, la voie de l'instruction est facultative. Elle dépend de la gravité des faits et de la complexité des affaires financières, permettant au Parquet de saisir le juge d'instruction par un réquisitoire introductif d'instance¹³³⁴. Le procureur peut utiliser la voie du jugement par le biais de la citation directe la comparution volontaire, de la convocation par procès-verbal ou par le biais de la procédure de comparution immédiate.

Le principe de l'opportunité des poursuites suit une logique de graduation de la réponse pénale¹³³⁵ : classement sans suite¹³³⁶, médiation¹³³⁷ pénale, alternative aux poursuites¹³³⁸

¹³³² F. Alt-Maes, « La contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ? » RSC 2001, p501.

¹³³³ Nul n'est tenu de s'accuser selon l'art.9 de la Constitution de 1789, cependant, aucun texte n'empêche une personne de reconnaître librement sa culpabilité, Cons.Const.n°2004-492 du 2 mars 2004.

¹³³⁴ Le procureur l'informe des faits délictueux ou criminels nécessitant de plus amples investigations prévues à l'article 763-13 du code de procédure pénale (réquisition, enquête par le biais de commission rogatoire). Ce dernier pouvant toutefois être saisi par la constitution de partie civile d'une victime.

¹³³⁵ J. Pradel, « Vers un *Aggrioramento* des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G*, 2004, I, p 132.

¹³³⁶ Art 40-1 al 3, décision administrative et non juridictionnelle pouvant faire l'objet d'un recours devant le procureur général (art 40-3).

¹³³⁷ Art 41-1 du CPP.

¹³³⁸ Art.41-2.

et poursuite. La décision du procureur n'a pas l'obligation d'être motivée¹³³⁹. Le système binaire de la poursuite ou du classement sans suite a établi la troisième voie de l'alternative aux poursuites. Elle évite les pièges de la lenteur et du procès onéreux en contrepartie de droits de la défense réduits voire esquissés par l'absence de débat contradictoire sur l'établissement de la responsabilité pendant une audience de jugement. Elle répond également à des faits mineurs inscrits au casier et qui n'en reste pas moins un contentieux de masse qui grossit l'activité des Parquets¹³⁴⁰. L'auteur est jugé selon une procédure simplifiée et sanctionnée par une mesure administrative, une sanction pouvant aller jusqu'à la peine privative de liberté (CRPC). L'activité des parquets, n'est plus en adéquation avec l'ampleur des activités délinquantes. Le classement sans suite ne symbolise pas le laxisme latent mais un travail à flux tendu des services qui privilégient le traitement des affaires les plus graves¹³⁴¹. Une solution providentielle est proposée par les chefs de parquet dans les années 1990¹³⁴². Ces alternatives aux poursuites redonnent le pouvoir d'appréciation aux magistrats du Parquet dans les choix d'action spécifique à leur juridiction, en rapport avec leurs ressources et les objectifs de la réponse pénale. L'alternative aux poursuites illustre parfaitement la « *coexistence au sein des juridictions d'une politique pénale et de pratique managériale plus ou moins élaborées, sans que l'articulation entre ces deux sphères ne soit clairement définie* »¹³⁴³. Cependant, des disparités entre les juridictions sont inévitables. L'appréciation des affaires et l'adaptation de la réponse pénale dépend des spécificités culturelles territoriales¹³⁴⁴.

299. Concrètement, les alternatives aux poursuites donnent au procureur un réel pouvoir punitif de la délinquance ordinaire¹³⁴⁵. Ce pouvoir se caractérise par la recherche de négociations et de l'aveu. La reconnaissance des faits par l'auteur institutionnalise l'aveu

¹³³⁹ La décision n'a pas l'obligation d'être motivée (Crim. 5 déc.1972, bull.crim.n°375, D.1973, p 93.) . Elle peut être fondée sur des éléments de faits ou du droit, elle n'est pas définitive. L'action publique du parquet peut être contournée par la saisine directe du juge d'instruction.

¹³⁴⁰ « 4 907 500 affaires ont été traitées par les parquets en 2007, soit 45 600 de moins qu'en 2006 (- 0,9 %). Environ 70 % d'entre elles n'étaient pas poursuivables essentiellement pour défaut d'élucidation, mais aussi pour absence d'infraction ou de charges suffisantes ou pour d'autres motifs juridiques faisant obstacle à la poursuite. C'est donc sur 1 483 600 affaires considérées comme poursuivables (2,8 % de moins qu'en 2006) qu'a pu s'exercer la réponse pénale des parquets, principalement sous forme de poursuites judiciaires (elles ont porté sur 692 500 affaires soit 15 000 de moins qu'en 2006) mais aussi sous forme de procédures alternatives aux poursuites et de compositions pénales. Ces dernières ont continué de progresser à un rythme soutenu (+5,9 %) : 550 000 affaires ont fait l'objet d'une réponse de ce type par les parquets en 2007, soit 30 700 de plus qu'en 2006. Ainsi, l'institution judiciaire a apporté une réponse à 1 242 300 affaires, portant le taux de réponse pénale à 83,7 % des affaires poursuivables (80,4 % en 2006). Parallèlement, le nombre d'affaires poursuivables classées sans suite a significativement diminué (-19,4 %) : en 2007, ces classements le plus souvent pour recherches infructueuses ou préjudice peu important, ont porté sur 241 300 affaires, soit 16,3 % des affaires poursuivables. Les affaires de mineurs représentent 10% des affaires poursuivables et la réponse pénale qui leur est donnée est globalement plus élevée que pour les majeurs (89,4 %). Elle est plus largement composée de procédures alternatives (49,4 %) que de poursuites (40 %). » ; C. Poutet, L'activité pénale des parquets en 2007, infostat justice, n° 101, avr. 2008.

¹³⁴¹ L. Aubert, Appréhension systématique des phénomènes de délinquance et troisième voie : les dilemmes d'un parquet divisé, Champ pénal, vol VI, 2009 ; H. Haenel, Les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée, rapport d'information du sénat, commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation, n° 513, 1998.

¹³⁴² Baisse significative de classement sans suite entre 1998 et 2009, passant de 34,9% à 12% ; Observatoire de la justice pénale, DACG 2008 et 2009, in C. Miansoni, « Politique pénale et management ... » *chron.préc.*, p449.

¹³⁴³ C. Miansoni, « Politique pénale et management ... » *chron.préc.*

¹³⁴⁴ V. : D. Mondon, « Pour une analyse systémique ... » *chron.préc.*

¹³⁴⁵ C.Saas, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p827.

dans les procédures alternatives. Le rôle du procureur est contesté alors qu'il détient un immense pouvoir de sanction particulièrement orienté vers les petits délits caractéristiques des récidivistes. L'aveu est un mode de preuve sûre, une force probante particulière¹³⁴⁶ qui clôt la phase d'enquête pour entrer en voie de condamnation. Autrefois obtenu sous la torture, elle corrobore la présomption de dol qui pèse sur le récidiviste sans relever de l'intime conviction des juges.

2. Les alternatives aux poursuites

300. Les alternatives aux poursuites sont des règlements de conflits, graduées et préalable à la mise en route de l'action publique soit par le Parquet soit directement actionnées par la victime devant le juge d'instruction ou par citation directe devant le tribunal. La médiation pénale répond aux méfaits les moins graves (α), la composition pénale concerne les infractions moyennement graves (β) et la CRPC sanctionne les délits sérieux (γ).

a. La médiation pénale.

301. La médiation¹³⁴⁷ est une des réponses pénales graduée qui varie selon la gravité des faits et la gestion des flux des tribunaux. Elle concerne les affaires sérieuses ou mineures dont les victimes ou auteurs se connaissent ou vivent ensemble dans un contexte familial. La rencontre entre le délinquant et la victime favorise une issue positive du conflit. Chacun prend conscience de la réalité sociale de l'autre aidant l'auteur à prendre conscience de son méfait. Elle est une variante du classement sous condition. Elle personnalise un classement sans suite sous condition d'une non-répétition du méfait et d'une régularisation de la situation, d'une cessation de l'activité délictueuse. Elle peut imposer une remise en état ou la réalisation d'un stage de formation. Le classement sous condition est un « *instrument qui privilégie une politique criminelle moderne et efficace* »¹³⁴⁸ par le biais d'une circulaire ou d'orientations du Parquet à destination des services de police ou de gendarmerie. Ils usent de leurs prérogatives pour traiter en temps réel une affaire et participer à l'organisation d'une justice efficiente. Les affaires résolues hors du champ judiciaire peuvent aussi solliciter l'aide des associations¹³⁴⁹ habilitées à mettre en œuvre une médiation. Elles accompagnent, contrôlent le suivi socio-éducatif, mènent les enquêtes sociales et de personnalité¹³⁵⁰. C'est pourquoi, préalablement avant le déclenchement de l'action publique, le procureur peut faire procéder avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre elles. Cette mesure doit être « *susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits* »¹³⁵¹. L'opportunité

¹³⁴⁶ C. Ambroise-Casterot et P. Bonfils, *Procédure pénale... op.cit.*, p 11 et 14.

¹³⁴⁷ Article 41-1 du CPP issue de la loi du 4 janvier 1993. V. C. Lazergue, « Médiation pénale, justice pénale est politique criminelle », *RSC*, 1997, p186 ; T.Lebechot, « le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ pénal* 2011, p 216.

¹³⁴⁸ M-E Cartier, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale », *RGDP*, 1998, p1.

¹³⁴⁹ La circulaire du 19 mars 1996 implante des maisons de justice pour une justice de proximité afin de recourir aux médiations pénales ou réparation pénale pour les mineurs.

¹³⁵⁰ P. Gosseye, « La mise en œuvre de la médiation pénale par l'Association Béarnaise de contrôle judiciaire de Pau », *AJ pénal* 2011, p 221.

¹³⁵¹ S.Guinchard, *Lexique des termes juridiques ...op.cit.*

d'une mise en œuvre nécessite la réunion de trois conditions alternatives depuis la loi de 1999¹³⁵², ce qui élargit considérablement le champ d'application de la médiation pénale.

302. Le champ d'application de la médiation pénale aidant si nécessaire à la réparation du dommage s'est élargi depuis 1999 et 2004¹³⁵³. Outre le rappel à la loi, la régularisation de la situation de l'auteur¹³⁵⁴ et la réparation du dommage¹³⁵⁵ des mesures d'aide à la réinsertion sont prévues. L'auteur est orienté dans une structure de formation ou professionnel¹³⁵⁶ pour favoriser son reclassement, une structure sanitaire, sociale, professionnelle permettant l'accomplissement de stage à la sécurité routière par exemple. Depuis 2006, il est possible d'éloigner le conjoint violent du domicile du couple. Avec l'accord des parties¹³⁵⁷, le procureur peut proposer¹³⁵⁸ la conduite de la médiation pénale par un OPJ ou un médiateur habilité¹³⁵⁹. Le rôle et la qualité du médiateur conditionne la nature de la médiation judiciaire ou sociétale¹³⁶⁰ ainsi que sa qualité. Le médiateur du procureur de la République garde cependant l'initiative de la médiation ou d'autres alternatives aux poursuites. Le rôle de la police ou de la gendarmerie dans cette mesure s'inscrit dans un désir plus large d'une police de proximité. Ceci implique d'octroyer un rôle central à ces services pour garder un lien avec la délinquance. La connaissance du milieu relationnel, professionnel et familial fournit les informations nécessaires au Parquet pour décider de la suite des poursuites. Cette justice de proximité rétablit l'égalité entre justiciables et consacre une médiation pénale rapide et efficace. Elle est un outil d'organisation judiciaire qui réduit « *indéniablement la dépense publique et les coûts de fonctionnement* »¹³⁶¹. Pourtant dans les faits, l'objectif de reclassement est fragilisé par une « *analyse prospective* »¹³⁶² et des « *pratiques un peu hasardeuses* »¹³⁶³ du parquet qui recherche avant tout l'efficacité de la mesure choisie en réponse aux actes délictueux.

303. Un procès-verbal d'accord entre les parties auteurs et victimes, scelle la médiation pénale sous la nature juridique d'une transaction qui fixe les conditions et les modalités de la réparation du préjudice. Le procureur reste libre d'apprécier l'opportunité de poursuite en fonction de la personnalité et du comportement de l'auteur¹³⁶⁴. La loi du 9 mars 2004 qui précise qu'« *en cas de réussite de la médiation, si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux*

¹³⁵² « S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, de recourir à la médiation pénale, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, un délégué aux thèmes médiateurs du procureur de la République », G.Blanc, « La médiation pénale, commentaire de l'article 6 de la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale », *JCP G*, 1994, I, 3760.

¹³⁵³ Art. 41-1 1° à 5° du CPP issu de la loi du 23 juin 1999 sur l'efficacité de la procédure pénale et la loi du 9 mars 2004.

¹³⁵⁴ Art 41-1, 3° du CPP.

¹³⁵⁵ Art 41-1, 4° du CPP.

¹³⁵⁶ Art 41-1, 2° du CPP.

¹³⁵⁷ Art 41-1 al. 6 du CPP

¹³⁵⁸ E.Maurel, « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », *AJ pénal* 2011, p 219.

¹³⁵⁹ Les médiateurs (personnes physiques ou associations) sont recrutés et « régulièrement habilités comme délégués du procureur », selon l'article R.15-33-30 du CPP ; C. Ambroise-Casterot, P. Bonfils, *Procédure pénale... op.cit.*, p84.

¹³⁶⁰ C. Lazergues, « Essai de classification des procédures de médiation », *Arch. Pol. Crim.*, n°14, p18.

¹³⁶¹ E.Maurel, « Le recours à la médiation... » *chron.préc.* p 220.

¹³⁶² G.Blanc, « La médiation pénale... » *chron.préc.*

¹³⁶³ Ibid.

¹³⁶⁴ Civ 1^{ère}, 10 Avr. 2013, n°12-13.672, *D. Actu.* 2013, p1005.

règles prévues par le nouveau code de procédure civile. ». La médiation pénale est une transaction qui tient les parties responsables dans la bonne exécution de l'accord. Elle n'est pas consolidée ni validée par l'homologation du juge judiciaire, contrairement à la composition pénale et à la CRPC.

La non-exécution des mesures décidées met en échec la transaction entre les deux parties. Le Parquet a droit d'actionner l'action publique devant l'autorité de jugement, puisqu'elle est faiblement contraignante pour privilégier la réinsertion de l'auteur des faits. La prescription de l'action publique est seulement suspendue durant la médiation pénale. Cet échec se double d'un échec social par la diminution de chance de reclassement du délinquant et l'accroissant du risque de réitération. L'autre danger est l'utilisation de l'aveu reconnu par la transaction comme une preuve de culpabilité contre l'auteur dans le procès pénal. «*L'échec de la médiation ne saurait porter préjudice à la partie qui en est, à tort ou à raison, la cause* »¹³⁶⁵. L'aveu fortuit alimente les présomptions déjà lourdes qui pèsent sur le récidiviste.

- 304.** La médiation pénale est un instrument de déjudiciarisation¹³⁶⁶ de l'infraction qui, dans un objectif de prévention et de réinsertion sociale de l'auteur se traduit par une mesure administrative et non une sanction pénale rétributive. Concrètement la médiation pénale est «*un substitut de la procédure conduisant au prononcé d'un jugement et d'une peine* »¹³⁶⁷. L'application de la médiation pénale soulève des difficultés quant au seuil maximal de la peine. De ce fait la médiation n'est concevable que pour des petits délits ou des contraventions. Son application dans la phase pré-sententielle limite son champ d'application. La loi du 15 août 2014¹³⁶⁸ reprend l'idée de la conférence de consensus et consacre la justice restaurative dans la phase post-sententielle. Les méthodes de médiation à travers des groupes de soutien sont très utilisées à l'étranger en mettant en présence un auteur et une victime¹³⁶⁹ pour prévenir la récidive notamment sexuelle¹³⁷⁰.

β. Composition pénale

- 305.** La composition pénale est une transaction. Les poursuites de l'action publique sont abandonnées en échange de l'exécution d'une composition pénale¹³⁷¹. Cette transaction sur l'infraction et la peine¹³⁷² est une sanction non privative de liberté décidée par le procureur de la république. Le déclenchement de l'action publique empêche la condamnation à une peine de prison ferme dans le cadre d'une composition pénale

¹³⁶⁵ Une note d'orientation sur la médiation pénale du 2 octobre 1992 a précisé qu'elle était sans effet sur une procédure judiciaire ultérieure.

¹³⁶⁶ R.Cassin, *Criminologie précis* Dalloz, 2eme éd., Paris, 1990, p636, in G.Blanc « La médiation pénale... » *chron.préc.*, p3760.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

¹³⁶⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹³⁶⁹ V.Dandonneau, « Retour sur une expérimentation européenne de médiation pénale post-sentencielle », *AJ pénal* 2011, p225.

¹³⁷⁰ V. supra, La justice restaurative.

¹³⁷¹ Art. 41-2 et 41-3 du CPP, loi du 9 mars 2004 modifiant la loi du 23 juin 1999 introduisant la composition pénale

¹³⁷² J. Pradel, Une consécration du « plea-bargaining » française : la composition pénale instituée par la loi numéro 99-515 du 23 juin 1999, *D.*1999, p 379.

cependant, une amende pénale est envisageable. Elle est créée dans un objectif d'efficacité dans le traitement d'un grand nombre d'infractions « *simples dans leur structure* »¹³⁷³.

La composition pénale a pour mission de réconcilier la victime avec l'auteur des faits qui plaide coupable. Elle impose la réalisation d'une réparation du dommage qui contribue au classement sans suite de l'affaire. Elle vise les délits punis d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement commis par des auteurs majeurs. Les mineurs quant à eux, disposent de la réparation pénale, une mesure comparable fixée par l'ordonnance du 2 février 1945. Elle vise généralement la « *délinquance urbaine* »¹³⁷⁴ constituant un phénomène de masse grandissant. Contrairement à la médiation pénale qui engage la réparation par des dommages et intérêts pour la victime, la composition pénale prévoit des obligations plus nombreuses et contraignantes, en matière correctionnelle et contraventionnelle¹³⁷⁵. Par exemple, le versement au trésor public d'une amende de composition fixée en fonction de la gravité des faits et des ressources et charges de la personne¹³⁷⁶ ainsi que de nombreuses autres mesures¹³⁷⁷ telles que l'obligation de se dessaisir au profit de l'Etat de la chose qui a servi à commettre l'infraction (Véhicule, permis de conduire, permis de chasser). L'obligation de suivre un programme de réhabilitation et de sensibilisation, ou une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, stage de citoyenneté, mise en œuvre d'activités d'insertion professionnelle ou de mise à niveau scolaire. Accomplir un travail au profit de la collectivité, interdiction d'émettre des chèques et d'utiliser de cartes de paiement. Interdiction de paraître dans certains lieux désignés par le procureur de la République. Ne pas rencontrer ou recevoir la ou les victimes, les coauteurs ou complices éventuels. Interdiction de quitter le territoire national, résidé hors du domicile ou de la résidence du couple (violence intrafamiliale) ainsi qu'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique ou de se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique.

La composition pénale est la digne héritière de l'injonction pénale invalidée par le Conseil Constitutionnel¹³⁷⁸. Elle contournait les droits du procès équitable en violant les droits de la défense et la présomption d'innocence en inscrivant le bénéficiaire de l'injonction dans un fichier tenu à cet effet. Cette pratique du parquet ne laissait pas impuni des comportements caractéristiques de trouble à l'ordre public telles que des violences ou l'alcoolisme notoire en obligeant l'exécution de mesures préventives de soins¹³⁷⁹. Les débats parlementaires ont montré une vive opposition à l'existence d'une justice à deux vitesses « *dure aux pauvres et douces aux riches* »¹³⁸⁰. Cette alternative aux poursuites équivaut aujourd'hui à la mesure d'injonction thérapeutique du parquet qui

¹³⁷³ J. Pradel, « Une consécration du *plea-bargaining* ... » chron.préc, p379.

¹³⁷⁴ L.Mermaz, Rapport au nom de la commission des lois de l'assemblée nationale, numéro 1328, 20 janvier 1999, p 5, in Ibid., p 380.

¹³⁷⁵ Art 41-3 du CPP qui précise à l'al. 2 que « la durée de la privation du permis de conduire ou du permis de chasser ne peut dépasser trois mois, la durée du travail non rémunéré ne peut être supérieure à trente heures, dans un délai maximum de trois mois, et la durée d'interdiction d'émettre des chèques ne peut dépasser elle aussi trois mois. Les mesures prévues par les 9° à 12° de l'article 41-2 ne sont pas applicables. La mesure prévue par le 6° dudit article n'est pas applicable aux contraventions de la première classe à la quatrième classe. Il en est de même des mesures prévues par les 2° à 5° et 8° de cet article, sauf si la contravention est punie des peines complémentaires visées aux 1° à 5° de l'article 131-16 du code pénal ».

¹³⁷⁶ Art. 41-2, 1° du CPP.

¹³⁷⁷ Art. 41-2, 2° et s. du CPP.

¹³⁷⁸ Décision du Conseil Constitutionnel n°95-360 DC, du 2 févr.1995.

¹³⁷⁹ J.Wolff, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », D. 2005, Chr., p201.

¹³⁸⁰ Ibid. p 202.

peut se mettre en œuvre comme une alternative aux poursuites¹³⁸¹ ou dans le cadre d'une composition pénale¹³⁸². L'intéressé est enjoint à se soumettre à une cure de désintoxication dans un établissement agréé et dont l'interface entre la justice et les soins est assuré par un médecin relais¹³⁸³. Elle est « *une réponse pénale moins stigmatisante en l'absence d'inscription au casier judiciaire, mais tout aussi pertinente du point de vue de la prise en charge sanitaire* »¹³⁸⁴. Elle a l'avantage de cibler très tôt le problème présenté par l'auteur.

306. Son champ d'application s'astreint à la thérapeutique et aux soins et s'est élargi aux toxicomanes. L'inscription au bulletin n°1 du casier judiciaire et la nature contraignante des mesures caractérisant la composition pénale punitive, dote cette procédure de garantie pour le bénéficiaire. Il est informé de son droit de se faire assister d'un avocat avant de donner son accord et le procès-verbal est validé par le juge judiciaire¹³⁸⁵. Son rôle reste cependant secondaire, car en cas de refus de valider la transaction le procureur retrouve sa liberté de déclencher l'action publique.

La composition pénale ne constitue pas le 1^{er} terme de la récidive car elle n'éteint pas l'action publique¹³⁸⁶ car le non-respect d'une des obligations de la transaction comme le refus de suivre l'injonction thérapeutique ouvre l'action publique du parquet¹³⁸⁷. « *Elle en peut constituer le socle d'une future récidive* ». La condamnation doit être une peine, ce qui peut être le cas d'une amende, mais prononcé par une condamnation pénale ce que n'est pas une condamnation pénale rendue par une juridiction¹³⁸⁸. Il y a seulement une validation par le juge. La validation de la composition pénale par le juge est artificielle car en pratique le contrôle est succinct et rapide. Ce n'est pas ici la tenue d'un procès. Les refus de validation de la composition pénale sont rares, en raison d'une entente préalable entre les magistrats du Parquet et ceux du siège¹³⁸⁹ ce qui contrevient au principe d'indépendance du juge. Une compétence est aussi donnée au juge de proximité et dans certaines juridictions une absence apparente de contrôle s'observe¹³⁹⁰.

¹³⁸¹ Créée par la loi n°70-1320 du 31 déc.1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses.

¹³⁸² A. Le Gras, « L'injonction thérapeutique entre les mains du parquet : quel cadre d'intervention ? », *AJ pénal* 2013, n°329.

¹³⁸³ Loi n° 2007-295 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

¹³⁸⁴ A. Le Gras, « L'injonction thérapeutique ... » *chron.préc.*

¹³⁸⁵ Art 41-2 du CPP « Lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. Le procureur de la République informe de cette saisine l'auteur des faits et, le cas échéant, la victime. Le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat. Si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours ».

¹³⁸⁶ Art 41-2 du CPP : « Si la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau. En cas de poursuites et de condamnation, il est tenu compte, s'il y a lieu, du travail déjà accompli et des sommes déjà versées par la personne ».

¹³⁸⁷ Avis de la cour de cassation n° 09-00.005 du 18 janv. 2010 au sujet d'« une amende de composition pénale qui ne peut constituer le premier terme de la récidive », *Actualité Dalloz*, 2 fév.2008, Dalloz.fr.

¹³⁸⁸ S.Detraz, La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle, *RSC*, 2008, p41.

¹³⁸⁹ G.Grunvald et J.Danet, Une première évaluation de la composition pénale, Rapport, janv 2004p 68 et s.

¹³⁹⁰ C.Saas, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p827.

γ. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

307. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)¹³⁹¹ est l'instrument privilégié de la négociation de l'aveu du Parquet en échange d'une peine moindre. Si à première vue elle est rapide et favorise les peines plus courtes à l'auteur, elle n'en est pas moins une procédure qui déroge aux règles du procès équitable, à la défaveur, de la lutte contre la récidive.

La CRPC à l'initiative du procureur n'est déclenchée que pour des délits qui encourent une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement. Il s'agit d'une variante de l'exercice des poursuites par le Parquet à côté de la traditionnelle citation directe ou ouverture d'une information judiciaire. Elle constitue cependant l'exercice des poursuites. Cette procédure s'inspire du plaider coupable anglo-saxon¹³⁹² dans laquelle l'auteur renégocie réellement sa peine en échange de ses aveux. Le modèle français quant à lui est une proposition du ministère public¹³⁹³ d'offrir des garanties (présence obligatoire de l'avocat¹³⁹⁴, délais de réflexion¹³⁹⁵) à la personne poursuivie en échange d'aveu. Il n'existe pas réellement de négociations sur la peine même si les textes prévoient qu'elle soit personnalisée pour éviter l'arbitraire¹³⁹⁶. La peine d'emprisonnement « *ne peut être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue* »¹³⁹⁷. Elle peut faire l'objet d'un aménagement de peine devant le juge d'application des peines soit à l'issue soit avec prise de rendez-vous ultérieur¹³⁹⁸.

Une requête en homologation¹³⁹⁹ saisi le président du TGI, si l'auteur accepte la proposition. En l'absence du procureur¹⁴⁰⁰, mais en audience publique¹⁴⁰¹, le juge dispose bien plus que du pouvoir de validation de la composition pénale mais d'un pouvoir d'homologation. Il consiste à contrôler la légalité et l'opportunité de la CRPC. Le juge vérifie la réalité des faits, la qualification juridique, entend le prévenu et son avocat et apprécie l'accord par une ordonnance d'homologation motivée¹⁴⁰².

¹³⁹¹ Art. 495-7 à 495-16 du CPP.

¹³⁹² *Plea bargainnig*.

¹³⁹³ L'initiative de la CRPC peut aussi émaner de la personne poursuivie ou de son avocat, par une lettre recommandée adressée au procureur qui reconnaît les faits et demande l'application de la procédure de la CRPC.

¹³⁹⁴ Art 495-8 al 4 du CPP.

¹³⁹⁵ Délais de réflexion de 10 jours.

¹³⁹⁶ Art 132-24 du CPP: « au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ».

¹³⁹⁷ Art 495-8 du CPP.

¹³⁹⁸ Aménagement de peine selon les règles de l'art. 712-6 du CPP « pour que soient déterminées les modalités de son exécution, notamment la semi-liberté, le placement à l'extérieur ou le placement sous surveillance électronique», Art 495-8 du CPP.

¹³⁹⁹ Art.495-9 du CPP.

¹⁴⁰⁰ Le législateur a précisé le vide juridique entourant l'absence du procureur à l'audience d'homologation de la CRPC que la Cour de Cassation avait condamné dans un avis du 18 avril 2005 (*D.2005*,p 1200, obs. J.Pradel) et que la loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 solutionne en affirmant que le ministère public ne doit pas être présent à l'audience (art 495-9 du CPP).

La détention provisoire susceptible d'être prononcée par le JLD saisi par le parquet durant le délais de 10 jours agit comme un moyen de pression contre l'auteur qui se sentira obligé d'accepter l'offre présentée à lui .

¹⁴⁰¹ Autre fois à huis clos et déclarée inconstitutionnelle par un arrêt du 2 mars 2004, *JCP* 2004, II 10048, obs. Zarka.

¹⁴⁰² Art 495-9 al 2.

La présence du procureur ne lui octroie pas pour autant un droit d'appel de l'ordonnance d'homologation, puisqu'il est à l'origine de « *la substance répressive* »¹⁴⁰³ compte tenu dans l'offre. Toutefois, il retrouve sa liberté d'exercer les poursuites selon une autre voie traditionnelle. Cette procédure ne peut être proposée qu'après une garde à vue et en présence de son avocat, de même que pour la composition pénale. Le condamné à 10 jours pour faire appel et user de son droit de repentir. Cette garantie le protège des doutes qui peuvent survenir suite au début difficile de la procédure.

- 308.** La CRPC est une procédure autonome, indépendante du jugement judiciaire qui peut faire suite à l'échec de la procédure¹⁴⁰⁴. Les parties ne sont pas liées par l'échec qui donne le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Dans une logique de désengorgement des tribunaux et de simplification de la procédure, la loi du 13 décembre 2011¹⁴⁰⁵, à l'issue d'une information judiciaire, permet au juge d'instruction de renvoyer aux fins d'une CRPC les parties et le procureur s'ils sont d'accord¹⁴⁰⁶. Et comme il est coutume de dénaturer l'essence des règles de droits édictée, cette réforme retire tout l'intérêt de la CRPC à destination de la résolution rapide des affaires simples. L'utiliser après une instruction est étonnement contradictoire par rapport à l'idée de gain de temps et d'argent.
- 309.** La procédure de CRPC peut-être simultanément¹⁴⁰⁷ menée à la procédure résultant d'une saisine du tribunal résultant d'une convocation¹⁴⁰⁸. Cette double procédure est ici conçue comme un gain de temps pour les tribunaux dans l'hypothèse où la CRPC ne prospère pas pour défaut d'accord des parties ou d'homologation. Dans le cas inverse l'homologation de la CRPC rend caduque la saisine du tribunal. Néanmoins, l'auteur des faits est protégé contre ses aveux recueillis par la CRPC. Ils ne peuvent être transmis au tribunal qui jugerait l'affaire. Cette règle est nuancée par les aveux exprimés publiquement lors de l'audience de la CRPC.
- 310.** Durant le délai de 10 jours pour faire appel de la CRPC qui prévoit une incarcération, une détention provisoire est susceptible d'être prononcée par le juge de la liberté et de la détention (JLD) saisi par le Parquet. Cette détention agit comme un moyen de pression contre l'auteur qui se sentira obligé d'accepter l'offre présentée. Le contrôle judiciaire ou la détention provisoire¹⁴⁰⁹ et aussi envisagé en attendant le rendez-vous devant le JAP suite à une demande d'aménagement de la peine. Le délai est de 10 à 20 jours à compter de la décision du JLD. La victime est présente dans le processus de la CRPC et peut bloquer l'homologation qui peut intervenir en son absence¹⁴¹⁰. Dans les faits, elle peut seulement freiner le processus en ce qui concerne les intérêts civils. Deux décisions de condamnation au pénal et au civil affecteront le condamné. En revanche, « *la victime peut étouffer le plaider coupable* »¹⁴¹¹ en doublant le parquet avant la décision d'homologation en se constituant partie civile directement devant le JI.

¹⁴⁰³ Delage, dr.pén. 2008, ét.23, in C. Ambroise-Casterot, P. Bonfils, *Procédure pénale ...op.cit.*, 89.

¹⁴⁰⁴ Crim. 17 sept.2008, n°08-80.858, *AJ pénal* 2008, p515 obs. C.Saas.

¹⁴⁰⁵ Art 180-1 du CPP issu de la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011.

¹⁴⁰⁶ C.Guery, « Le renvoi aux fins de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *AJ pénal* 2013, p86.

¹⁴⁰⁷ Art 495-15-1 du CPP issue de la loi du 12 mai 2009 mettant fin au débat.

¹⁴⁰⁸ Art 390-1 du CPP.

¹⁴⁰⁹ Selon les règles de la détention provisoire, art 3947, 395 et 396 du CPP.

¹⁴¹⁰ J. Pradel, « Vers un *Aggriornamento* des réponses ... » *chron. préc.*, p 135.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p 134.

311. La CRPC n'est pas bien accueillie par la doctrine, dont la culture juridique romano-germanique n'est pas réceptive à l'aveu négocié familial au système de la *common law*¹⁴¹². L'intervention du juge est « *atypique* »¹⁴¹³ et boiteuse. L'encadrement juridique est insuffisant¹⁴¹⁴. Le risque de tarification des peines est très présent malgré l'affirmation du principe de personnalisation des peines. L'aveu remplace le débat sur la culpabilité, le seul point de discussion restant est le degré d'exécution des mesures offertes dans la CRPC.

Il existe un risque d'entente tacite entre le parquet et les juges du siège qui homologuent avec courtoise¹⁴¹⁵. Une entente peut aussi se faire entre l'avocat et le procureur. Elle peut concerner les fourchettes de peines jusqu'à empiéter sur la composition pénale¹⁴¹⁶. La négociation pénale soulève le risque de grave dérapage du système judiciaire quand l'enjeu est une peine d'emprisonnement.

L'aveu est obtenu dans le cadre d'une négociation, d'une transaction à l'initiative de l'auteur mais surtout du parquet, qui offre une peine en apparence plus faible, donc plus avantageuse en échange d'aveux. Le bénéficiaire est-il réellement en état de refuser cette forme de chantage ? Quelques soient les garanties de défense accordées le rapport de force est déséquilibré en faveur d'un parquet liée à la politique pénale du garde des sceaux et en dehors de tout procès équitable avec un juge impartial et indépendant. La « *portée exorbitante de l'aveu* »¹⁴¹⁷ favorise les faux aveux¹⁴¹⁸. Comment s'assurer que l'ordonnance d'homologation du juge repose bien sur des preuves et pas uniquement sur des aveux ? L'aveu se substitue au débat sur la culpabilité discuté lors du procès pénal. Ce moyen entache la manifestation de la vérité. Dans l'hypothèse d'aveux partiels ou faux qu'en est-il de la vérité des faits, de l'existence de complices ou du véritable auteur ? Comment comprendre le mode opératoire et lutter contre la récidive ? L'aveu de l'auteur n'équivaut pas au repentir. Dans ces conditions, la CRPC qui clôturait une affaire ne représente-elle pas un déni de justice ? Étonnement, seule la victime peut renverser l'équilibre en la défaveur du parquet.

312. Les initiatives des parquets sont aux frontières des droits de la défense. La CRPC s'apparente plus à une procédure sous pression qui condamne et qui nécessite un contrôle plus ferme que la composition pénale. « *La qualité de la motivation sera certainement un signe du degré de contrôle du fond de l'affaire* »¹⁴¹⁹. Le contrôle effectif des faits, de la qualification juridique ainsi que de la détention pendant le délai de réflexion peut être une forme de pression sur le Parquet. In fine, le juge vérifie « *la bonne application du*

¹⁴¹² Tout comme le juge d'instruction est caractéristique du système romano-germanique, » le *plea bargaining*, d'essence anglo-saxonne pénètre mal (et différemment) en terres romano-germaniques », J. Pradel, Deux grands modèles de procédure pénale. Essai d'une comparaison entre système romano-germanique et système de common law, in V. Malabat, B. Lamy et M. Giacomelli (dir), *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, 2011, p. 161.

¹⁴¹³ Ibid.

¹⁴¹⁴ C. Saas, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p. 827.

¹⁴¹⁵ « La circulaire du 11 juillet 2011 précise qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le cumul de ces fonctions du juge du siège », Ibid.,

¹⁴¹⁶ J. Pradel, « Vers un « Aggrionamento » des réponses ... » *chron.préc.*, p. 134.

¹⁴¹⁷ C. Saas, « De la composition pénale ... » *chron.préc.* p. 827.

¹⁴¹⁸ Le juge doit vérifier que l'intéressé a librement et sincèrement reconnu les faits reprochés, Cons. Const du 2 mars 2004.

¹⁴¹⁹ C. Saas, « De la composition pénale ... » *chron.préc.* p. 827.

droit »¹⁴²⁰ car sa marge de manœuvre est faible. Le risque de lassitude peut donc effacer le bénéfice de la procédure. L'encadrement de cette procédure qui « *méconnaît la quasi-totalité des principes fondamentaux de la procédure pénale française* »¹⁴²¹ Le 23 janvier 2014 le Sénat a discuté une réforme sur la portée de la CRPC¹⁴²² interdite après un déferrement pour permettre au prévenu de préparer sa défense. Ainsi il peut accepter la CRPC dans de meilleures conditions. Le rôle du juge ne se résume plus à la simple homologation. Il vérifie l'exactitude des faits, la qualification juridique, la régularité de la procédure. Il contrôle le quantum de la peine en rapport avec la gravité des faits, des circonstances et de la personnalité de l'auteur. Il peut invalider l'accord si pour ces raisons il estime dans l'intérêt de la société que l'affaire mérite un jugement en correctionnel. Les garanties se répandent aux victimes qui pourront aussi transmettre leurs observations au procureur de la république dès lors que la CRPC est mise en œuvre.

313. Que doit consentir l'auteur qui reconnaît les faits ? Sans une composition pénale, il doit reconnaître sa culpabilité ainsi qu'accepter la sanction¹⁴²³. L'acceptation de la CRPC peut-elle se limiter à l'adhésion à la peine et non à la culpabilité?¹⁴²⁴ Renoncer à un procès équitable en échange d'une peine plus faible, incite à plaider coupable. Le refus est-il une circonstance aggravante subjective qui influence une condamnation plus lourde en correctionnelle ? Le juge du siège est habituellement lié avec la décision du procureur en confirmant la peine initiale. Contrairement à la composition pénale qui ne peut pas constituer le premier terme d'une récidive¹⁴²⁵, l'ordonnance d'homologation rendue par le président du Tribunal de Grande Instance peut constituer le premier terme d'une récidive et s'inscrit dans le casier judiciaire. De ce fait, le recours systématique à la CRPC revêt une importance particulière dans la lutte contre la récidive. En constituant le premier terme de la récidive, l'auteur qui accepte cette procédure n'a pas conscience de sa portée s'il récidive.

314. Les magistrats du Parquet ont des pouvoirs exorbitants dans la lutte contre la récidive, que ce soit dans les initiatives locales ou la mise en œuvre de la politique pénale nationale. La loi leur permet de relever très tôt les éléments objectifs et subjectifs constitutifs de la récidive. Les alternatives aux poursuites répondent à une exigence managériale de la justice à défaut de prévenir la récidive. La CRPC fixe le premier terme de la récidive sans être une condamnation décidée par un tribunal indépendant et impartial. Les droits fondamentaux du procès équitable sont violés dans un contexte politique de répression. Le champ d'application du régime des récidivistes s'élargit aux nouvelles incriminations caractéristique de la récidive actuelle. Les présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité sont institutionnalisées dans un relèvement anticipé de la récidive conditionne la suite du procès pénal. Les fichiers de renseignement tracent le récidiviste. Ce marquage social destiné à prévenir le risque de récidive est un boulet virtuel qui empêche la réhabilitation. Ce choix de société issu de la défense sociale, est entériné par les prérogatives du Parquet qui opèrent un premier tri avant le procès pénal. Les alternatives aux poursuites négocient une réponse pénale proportionnée aux méfaits

¹⁴²⁰ Ibid.

¹⁴²¹ Motifs du rapport du Sénat sur le projet de loi du 23 janvier 2014, M. Lena, « Petites retouches à la CRPC en vue », *AJ pénal*.2014, p 53.

¹⁴²² Ibid.

¹⁴²³ Circulaire du Ministère de la Justice du 11 juillet 2001.

¹⁴²⁴ J.Leblois-Happe, de la transaction pénale à la composition pénale, *JCP* 2000, I,198, p65, il donne l'exemple de la procédure de classement sous condition allemande, où le bénéficiaire précise qu'il accepte la procédure sans reconnaître sa culpabilité, in C.SAAS, « De la composition pénale ... » *chron.préc.*, p827.

¹⁴²⁵ Cass. Crim., 11 fév. 1981, n°80-94.110, Bull. Crim., n°55.

et acceptée par l'auteur. L'instrument le plus symbolique de l'extension du régime des récidivistes hors le champ judiciaire est la CRPC qui limite les droits de la défense et du procès équitable. Plus largement il est contre-productif dans la lutte contre la récidive car il participe et institutionnalise le pré-jugement du récidiviste par une autorité qui n'est pas indépendante. Dans la phase sententielle, le régime répressif des récidivistes s'est aussi élargi et complexifié. Les conditions d'application de la récidive légale imposent celle des peines planchers qui aggravent automatiquement la condamnation du récidiviste et gonflent les rangs de l'univers carcéral. De plus, les conditions d'application des aménagements sont réduites pour une sanction accrue du récidiviste.

B. Des peines aggravées

- 315.** D'une part, les peines planchers augmentent automatiquement le quantum (a). D'autre part, il existe d'autres mesures alternatives ou complémentaires qui caractérisent la sévérité du régime contre le récidiviste (b).

a. Aggravation des peines encourues

- 316.** L'échelle des peines d'emprisonnement prévues à l'article 131-4 du CP ne s'applique pas aux récidivistes soumis aux peines planchers. Il est courant que le juge soit plus sévère avec un récidiviste qu'avec un primo-délinquant. L'impact des peines planchers touche particulièrement les peines minimales encourues pour les délits. En effet, en matière criminelle la moyenne des peines prononcées avant l'entrée en vigueur des peines planchers est supérieure aux peines minimales encourues par celle-ci. Inversement concernant les délits où les peines prononcées qui sont largement inférieures à celles-ci dorénavant encourues. La difficulté pour les juges est de qualifier une nouvelle infraction identique ou similaire à celle prévue par les textes pour appliquer la peine plancher. L'autre difficulté est le délai plus ou moins long dans lequel intervient la nouvelle infraction. La juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement ferme sans motiver sa décision. Le principe de motivation est inversé lorsque le juge prononce une peine d'emprisonnement ferme contre un récidiviste¹⁴²⁶(1). Seules quelques rares dérogations, exceptionnelles dans certains cas, peuvent être admises (2).

1. Les peines planchers

- 317.** La récidive légale relevée par la juridiction de jugement avait pour conséquence de prononcer jusqu'à la loi du 15 août 2014 une peine plancher¹⁴²⁷ automatique, dont le minimum de la peine encourue est supérieur à celle prévue pour un délinquant primaire¹⁴²⁸.

« Pour les crimes commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement, de réclusion ou de détention ne peut être inférieure aux seuils suivants :

1° Cinq ans, si le crime est puni de quinze ans de réclusion ou de détention ;

2° Sept ans, si le crime est puni de vingt ans de réclusion ou de détention ;

3° Dix ans, si le crime est puni de trente ans de réclusion ou de détention ;

¹⁴²⁶ Art.132-29 du CP.

¹⁴²⁷ V.tableau, J-C.Crocq, *Le guide des infractions...op.cit.*, p 375 à 377.

¹⁴²⁸ Art. 132-18-1 et 132-19-1 du CP issu de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007.

4° *Quinze ans, si le crime est puni de la réclusion ou de la détention à perpétuité.* »¹⁴²⁹

Pour les crimes, la lecture combinée des articles 132-18-1 et 132-19-1 du CP laisse penser que la juridiction ne peut condamner à une peine qui ne soit pas privative de liberté¹⁴³⁰. Pour cela, le Président de la Cour d'assises porte à la connaissance des jurés l'existence des peines planchers criminelles¹⁴³¹. Si aucune majorité n'est acquise pour prononcer une peine supérieure au minimum prévu par ces peines, le franchissement du seuil peut intervenir dans ces conditions. Dans tous les cas, les jurés auront connaissance de l'existence du seuil minimum requis par l'état de récidive légale.

- 318.** Cependant, pour déroger aux peines planchers, l'accusé devait présenter des garanties d'insertion ou de réinsertion, et des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion si les faits ont été commis une seconde fois en état de récidive légale.

« Toutefois, la juridiction peut prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.

Lorsqu'un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à ces seuils que si l'accusé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. »¹⁴³²

Les délits sont les infractions ciblées par les peines planchers, pour lutter contre la délinquance de masse et la multirécidive notamment chez les jeunes.

- 319.** Concernant les délits, les peines planchers existaient dès lors que la peine d'emprisonnement encourue était égale à trois ans.

« Pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants :

1° Un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement ;

2° Deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ;

3° Trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ;

4° Quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement ».

Dans ces conditions, la juridiction n'avait pas obligation de motiver la peine d'emprisonnement prononcée sans sursis.¹⁴³³

« Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. »¹⁴³⁴

En revanche, lors de la seconde récidive, la « juridiction ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement lorsque est commis une nouvelle fois en état de récidive légale un des délits suivants :

1° Violences volontaires ;

2° Délit commis avec la circonstance aggravante de violences ;

3° Agression ou atteinte sexuelle ;

4° Délit puni de dix ans d'emprisonnement. »¹⁴³⁵

¹⁴²⁹ Art 132-18-1 al 1.

¹⁴³⁰ : J-C.Crocq, *Le guide des infractions...op.cit.*, p 376.

¹⁴³¹ Art 362 du CP issue de la circulaire criminelles 07-10-E8 du 13 août 2007.

¹⁴³² 132-18-1 du CP.

¹⁴³³ Art 132-19 du CP.

¹⁴³⁴ Art 132-19-1 du CP.

¹⁴³⁵ Art 132-19-1 du CP.

320. Une dérogation aux peines planchers était possible par décision spécialement motivée (inversement aux assises), si le prévenu présentait des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. « *Par décision spécialement motivée, la juridiction peut toutefois prononcer une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure aux seuils prévus par le présent article si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion.* »

Les dispositions du présent article ne sont pas exclusives d'une peine d'amende et d'une ou plusieurs peines complémentaires »¹⁴³⁶. Les garanties exceptionnelles d'insertion de réinsertion « *recouvrent de façon très concrète tous les facteurs de stabilisation sociale auxquels on peut songer : situation professionnelle, économique, mais aussi l'environnement social, familial, affectif, psychologiques, morale etc...* »¹⁴³⁷. Il incombe au Parquet de fournir le travail au tribunal correctionnel sur les « *éléments factuels utiles pour pouvoir apprécier les garanties offertes par le prévenu* »¹⁴³⁸.

321. Dans une logique rétributive, le législateur a voulu les étendre à certaines infractions de violences qui ne sont pas commises en récidive. Les peines planchers sont aussi applicables aux infractions de violences qui encourt sept à 10 ans d'emprisonnement, commises sans récidive¹⁴³⁹ telles que : les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente¹⁴⁴⁰, les violences habituelles sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité¹⁴⁴¹ ou commises en bande organisée ou avec guet-apens, embuscade¹⁴⁴², les violences commises avec usage ou menace d'une arme sur un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, ou sur un sapeur-pompier civil ou militaire ou un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs dans l'exercice¹⁴⁴³, et prévues à l'article 132-19-2 issues de la loi 2011-267 du 14 mars 2011¹⁴⁴⁴.

322. La détermination de la peine plancher soulève des difficultés en vertu du principe énoncé par la chambre criminelle qui précise que « *pour déterminer la peine plancher, la circonstance de la récidive ne doit pas être prise en compte* »¹⁴⁴⁵. En effet, pour déterminer la peine plancher, il faut calculer la peine encourue pour l'infraction poursuivie, sans prendre en compte la circonstance de récidive alors que la loi prévoit qu'en état de récidive légale les peines encourues sont doublées¹⁴⁴⁶. L'art 132-19-1 du CPP ne précise pas si les peines planchers sont déjà doublées, conduisant les juges à commettre des erreurs dans le prononcé des peines planchers. Le problème était de

¹⁴³⁶ Art 132-19-1 du CP.

¹⁴³⁷ Circ. Crim. 07-10-E8 du 13 août 2007, n°1.24.

¹⁴³⁸ Ibid., n°1.2.5.

¹⁴³⁹ Pour les délits prévus aux articles 222-9, 222-12 et 222-13, au 3° de l'article 222-14, au 4° de l'article 222-14-1 et à l'article 222-15-1, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants :

1° Dix-huit mois, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement.

2° Deux ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement.

Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.

¹⁴⁴⁰ 222-12 du CP.

¹⁴⁴¹ 222-14, 3° du CP.

¹⁴⁴² 222-15-1 du CP.

¹⁴⁴³ 222-14-1, 4° du CP.

¹⁴⁴⁴ *Le guide des infractions...op.cit.* p 377.

¹⁴⁴⁵ Crim. 6 mars 2012, n°11-84.711, D. 2012, Jur. 1656, obs. A. Gallois.

¹⁴⁴⁶ Art. 132-9 et 132-10 du CP.

connaître le moment où la peine est aggravée et doublée. Les juges pensaient à tort, que les peines planchers ne prenaient pas en compte le doublement puisqu'aucune peine n'est égale à un an et demi, deux ans et demi ou trois ans et demi. Les juges ont logiquement multiplié les peines encourues, augmentant de ce fait la peine plancher correspondante. En effet, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils d'un an, de deux ans, de trois ans et de quatre ans d'emprisonnement si les délits sont punis de trois, de cinq, de sept et de dix ans d'emprisonnement. « *Les dispositions des articles 132-9 et 132-10 du code pénal ne doivent pas être prises en compte pour appliquer l'article 132-19-1 du même code* »¹⁴⁴⁷.

Le récidiviste était puni deux fois. La récidive était prise en compte deux fois, en dépit du principe *non bis in idem* créant ainsi une schizophrénie intellectuelle. Le récidiviste ne peut y déroger que s'il prouve des garanties d'insertion.

2. Des dérogations exceptionnelles

- 324.** L'article 132-24 du CPP précise qu'une peine ferme est prononcée « *qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire* ». Ce à quoi, la Cour de Cassation rajoute : « *exclusive de toute autre sanction* »¹⁴⁴⁸ « *manifestement adéquate* »¹⁴⁴⁹. Elle se borne au contrôle des motivations en dépit de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2004. Il existe un réel flottement de la jurisprudence à l'égard de la motivation des peines fermes. L'absence de motivation d'une dérogation à une peine de prison ferme est-elle le signe d'une décision arbitraire ? Quelles sont les dérogations admises ? Les motivations d'une décision d'emprisonnement ferme doit être suffisamment précisée. Hors les cas de récidive, l'emprisonnement sans sursis doit être justifié par la gravité des faits, par la personnalité de l'auteur en dernier recours. Tel est le cas pour un refus de prélèvement biologique, qui conduit le juge à prononcer une peine ferme de deux mois pour contraindre le détenu. Il ne peut justifier d'une autre sanction plus adéquate¹⁴⁵⁰. L'altération du discernement d'une personne atteinte de troubles mentaux peut être une justification pour déroger. Dans ce cas les juges pourront prononcer une peine autre que l'emprisonnement ou une peine inférieure à la peine minimale en application de l'article 122-1 du CP¹⁴⁵¹. L'aménagement de la peine est possible lorsque le quantum de la peine ferme effective est inférieur à 2 ans, même si la peine prononcée est supérieure en raison d'une peine de SME¹⁴⁵²
- 325.** Les juges doivent-ils motiver les atténuations de peine ? Quels motifs doivent être énoncés pour justifier ce qui les a guidés vers une atténuation de peine ? Aujourd'hui, paradoxalement aux politiques sécuritaires, les juges peuvent user des circonstances atténuantes pour atténuer la rigueur de la loi. Les motivations des dérogations des peines planchers limitent en contrepartie le pouvoir arbitraire du juge, historiquement hostile aux

¹⁴⁴⁷ A. Gallois, « Détermination de la peine plancher d'emprisonnement en cas de récidive », *D.*2012 p. 1656.

¹⁴⁴⁸ *Crim.* 27 sept. 2011, n°11-80.252.

¹⁴⁴⁹ *Crim.* 21 mars 2012, n°11-83.154, G.Roujou De Boubee, T.Gare, M-H.Gozzi, S.Mirabail et T.Potaszkin, *Droit pénal*, Panorama, *D.* 2012, p2921.

¹⁴⁵⁰ *Crim.* 17 avr.2013, n° 12-86.054, *D.*2013, p 1350.

¹⁴⁵¹ *Crim.* 6 nov.2012, n°12-82.190, *AJ pénal* 20013, p98, obs, M.Lena.

¹⁴⁵² *Crim.* 22 fév. 2012, n°11-82.990, *RSC*, 2012, 389, obs. D. Boccon-Gibod.

peines automatiques. Ainsi, prétendre motiver l'admission des circonstances atténuantes ou des dérogations aux peines planchers serait une aberration¹⁴⁵³.

326. La motivation du juge renvoie à la question plus large des motivations insuffisantes des arrêts d'assises récemment objet de condamnations de la France par la CEDH¹⁴⁵⁴. Il s'agit ici pour le condamné de comprendre le verdict de la réclusion criminelle¹⁴⁵⁵. Il ne dispose d'aucune garantie d'information sur les tenants et les aboutissants de la peine. L'article 6 étant un « *droit conditionnel* »¹⁴⁵⁶, il n'y a pas d'obligation de motivation des décisions¹⁴⁵⁷. Cette forte exigence n'est pas reconnue comme un droit absolu. Outre l'exclusion de l'arbitraire, la CEDH insiste sur la compréhension de la condamnation prononcée contre le condamné. « *Cet impératif de compréhension est une garantie essentielle contre l'arbitraire* »¹⁴⁵⁸. Le président de la Cour d'assise doit expliquer clairement à l'intéressé les éléments de preuve ou les circonstances de faits qui pendant les débats ont influencé et conduit les jurés à prendre la décision de condamnation. Dans l'affaire Agnelet, le doute et les hypothèses soulevées pendant les débats autour du décès de la victime interrogent. Les questions non précises et non individualisées posées aux membres du jury qui ont prononcé la culpabilité de l'accusé, ne permettent pas de comprendre le verdict. En l'espèce le doute ne profite pas à l'accusé. La CEDH lutte contre l'arbitraire, en exigeant une « *motivation par ricochet* »¹⁴⁵⁹. Cet arrangement¹⁴⁶⁰ consiste d'une part à ne pas exiger de motivation, et d'autre part à exiger la compréhension du verdict. Des questions précises et individuelles doivent être posées aux jurés pour déterminer la culpabilité d'un accusé et effacer progressivement des Cours d'assises l'intime conviction tirée du doute qui condamne plus qu'il n'acquitte. Au nom des droits fondamentaux et de la protection des droits de la défense elle rompt avec l'intime conviction des juges, qui octroie à la justice une souplesse nécessaire¹⁴⁶¹. L'intime conviction des jurés, lorsqu'elle ne peut être tirée de faits objectifs, disparaît au gré des questions individualisées. De ce fait, ce n'est pas l'intime conviction que l'on évince mais les doutes qui l'animent et qui expliquent le verdict.

327. Si l'absence de motivation des décisions de condamnation de la Cour d'assise est contraire à l'exigence de compréhension de la peine par le condamné et constitue une brèche à l'arbitraire, qu'en est-il des décisions appliquant automatiquement les peines planchers sans motif ? Le récidiviste ne peut comprendre les raisons de sa peine,

¹⁴⁵³ L'extension générale des motivations des atténuations de peines aux délits (CP de 1810) et aux crimes (loi du 28 avril 1832) est réalisée par le loi du 29 décembre 1928, l'ordonnance du 4 octobre 1945 et la loi du 11 février 1951.

¹⁴⁵⁴ CEDH 10 janv. 2013, n° 30010/10, Fraumens c/ France ; n° 44446/10, Oulahcene c/ France ; n° 60995/09, Voica c/ France (constat de non-violation).

¹⁴⁵⁵ Affaire Agnelet : « le requérant n'a pas disposé de garanties suffisantes lui permettant de comprendre le verdict de condamnation » prononcé à son encontre et qui viole le droit à un procès équitable (Art 6§1 de la Convention) ; CEDH 10 janv. 2013, n°61198/08, J-F. Renucci, Mise au point européenne sur la motivation des arrêts d'assises, D.2013, p615.

¹⁴⁵⁶ J-F. Renucci, « Mise au point européenne sur la motivation des arrêts d'assises », D.2013, p 615.

¹⁴⁵⁷ Legillon c/France, CEDH 10 janv.2003, n°53406/10 ; D.2013, p615, obs. J-F. Renucci, Taxquet c/ Belgique, CEDH, gde.ch. 16 nov.2010, n°926/05, D.2010.p2841, obs. O.Bachelet.

¹⁴⁵⁸ D.2013, obs. J-F. Renucci, Ibid.

¹⁴⁵⁹ O.Bachelet, Le conseil constitutionnel valide la motivation elliptique des verdicts d'assises, Lettre « Actualité Droit-Libertés » du CREDOF, 4 avr.2011, in *Ibid.*, p 617.

¹⁴⁶⁰ C. Renaud-Duparc, « Petits arrangements de la Cour européenne des droits de l'homme avec l'exigence de motivation », *AJ pénal* 2013, p 336.

¹⁴⁶¹ L'intime conviction n'est pas synonyme d'arbitraire, elle est la raison d'être des citoyens en jurés d'assise, J-F. Renucci, « Mise au point européenne ... » *chron. préc.* p616, n°3 et 10.

compromettant ses chances d'amendement. La compréhension du verdict en Cour d'assise, à la même importance que la peine prononcée à l'encontre des récidivistes. La majorité des affaires mettant en cause des récidivistes, sont traités par voie alternative ou en comparution immédiate. La compréhension du jugement se situe au stade du prononcé de la peine, de son exécution et de son aménagement.

La motivation des décisions de justice concerne aussi le prononcé de la peine et de son quantum. Cette prérogative n'est pas toujours expressément prévue, sauf en application du principe de légalité criminelle et de personnalisation de la peine. Une cassation sans renvoi empêche le condamné de « discuter du contenu de sa peine »¹⁴⁶². La Cour de cassation manie ainsi, « l'art paradoxal de l'esquive et du raccourci »¹⁴⁶³.

328. La France n'est pas le seul pays à avoir appliqué les peines planchers, l'Australie, le Canada et les États-Unis sont des fervents adeptes de la répression automatique. Aucune étude n'a prouvé l'efficacité de l'aggravation du seuil minimal de la peine d'incarcération. Pourtant, les peines planchers ont longtemps été considérées comme efficaces à travers leur caractère rétributif et dissuasif. L'Australie abroge le système suite à un rapport en 2003 démontrant l'inégalité entre justiciables et la surpopulation carcérale agissant comme des leviers. Au Canada, elles sont vivement critiquées depuis 2005. Le modèle américain est le plus abouti d'une justice expéditive notamment avec la loi californienne dite des « *three strikes and you're out* »¹⁴⁶⁴. La troisième condamnation d'une personne oblige le juge à prononcer une peine entre 25 ans de prison et la réclusion perpétuelle. « *Le système des peines automatiques combinées à la procédure expéditive et très répandue du plaidé coupable a fortement contribué à l'explosion pénitentiaire* »¹⁴⁶⁵. Ce modèle est contestable¹⁴⁶⁶, il rappelle celui de la Défense Social Nouvel de M. Ancel. Il propose l'internement post-carcéral indéterminé comme en Belgique¹⁴⁶⁷. Cette peine complémentaire de surveillance se traduit par une période plus ou moins déterminée de surveillance et d'observation par l'internement. Un « *internement préventif post poena dans des établissements à mi-chemin entre l'hôpital psychiatrique et la prison* »¹⁴⁶⁸. Dans ce sens, certains Etats Américains ont œuvrés¹⁴⁶⁹. La règle du *Three strikes and you're out* de Californie en 1994 est un héritage de cette idéologie qui réprime plus sévèrement les récidivistes. Cette troisième condamnation neutralise pour très longtemps le récidiviste.

¹⁴⁶² Crim 12 nov. 2012, n° 11-88.583, obs. J. Leblois-Happe, *AJ pénal* 2013, p 340.

¹⁴⁶³ *Ibid.*

¹⁴⁶⁴ Trois infractions et vous êtes hors-jeu, expression empruntée au base-ball, in S. Portelli, *Récidivistes...op.cit.*, p 57.

¹⁴⁶⁵ *sentencing guidelines*, *Ibid.*, p 57.

¹⁴⁶⁶ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p 49.

¹⁴⁶⁷ Le fascisme Italien de 1932 et le Nazisme Allemand de 1933 ont systématiquement interné d'office les récidivistes.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

¹⁴⁶⁹ Brales acte de 1928 dans l'Etat de New-York, in *Ibid.*

b. Les mesures restrictives de libertés, alternatives ou complémentaires encourues.

329. A côté de la peine principale, des peines alternatives ou complémentaires peuvent être prononcées par l'autorité de jugement et placées sous le contrôle du JAP. Elles sont prévues par de nombreux textes¹⁴⁷⁰ (amendes pénales, retrait de permis de conduire ou de chasse, réparation etc.). Parmi les instruments destinées à prévenir la récidive, certaines ont vocation à éviter l'incarcération. En 1996, un rapport sur la prévention de la récidive propose des réponses quantitatives et qualitatives pour lutter contre la surpopulation carcérale et prévenir les risques de récidive¹⁴⁷¹. D'un point de vue qualitatif, l'accroissement et adaptation des capacités d'accueil des établissements pénitentiaires¹⁴⁷² est préconisé. Le recours aux alternatives à l'incarcération est quant à lui recommandé comme le principal instrument qualitatif de prévention. Il s'agit ici d'énoncer les mesures alternatives à l'emprisonnement, prononcées par la juridiction de jugement et dont le JAP en a le contrôle et la mise à exécution.

Les mesures de contrôle et de surveillances générale¹⁴⁷³ ne sont pas obligatoirement et expressément mentionnées dans le jugement de condamnation d'où la nécessité pour le JAP de rappeler et de notifier les tenants et aboutissants lors d'un rendez-vous. Inversement, les obligations particulières¹⁴⁷⁴ sont spécialement prononcées par la juridiction de jugement ou par le JAP. Il existe d'une part des mesures et des conditions obligatoires (mesures de contrôle) aux côtés de conditions particulières dont la nature diffère. « *Le condamné doit satisfaire aux mesures de contrôles qui sont prévues par l'article 132-44 et à celles des obligations particulières prévues à l'article 132-45 qui lui sont spécialement imposées* »¹⁴⁷⁵. L'obligation particulière a pour objet principal de lutter contre la récidive en s'attelant à corriger la cause du méfait et « *d'imposer un comportement ou de restreindre celui-ci, dans le but de favoriser le retour à la vie sociale* »¹⁴⁷⁶. Les mesures de contrôle concernent « les moyens concrets de s'assurer du respect des obligations particulières »¹⁴⁷⁷, notamment par le respect des convocations du JAP, des rendez-vous avec les travailleurs sociaux (SPIP)¹⁴⁷⁸, la mise en conformité de sa situation (changement d'adresse, déplacement, de situation familiale, de travail). Les mesures de contrôle sont spécifiques dans le cadre d'un travail d'intérêt général (examen médical préalable)¹⁴⁷⁹, d'une interdiction de séjour¹⁴⁸⁰ ou d'une suspension de peine pour raison médicale¹⁴⁸¹. Ainsi, ces mesures se distinguent par leur caractère général (1) et particulier (2). Ces mesures sont suivies et coordonnées par le rôle essentiel du JAP (3).

¹⁴⁷⁰ Les peines correctionnelles prononcées à l'encontre d'une personne physique auteur d'un délit peut être condamné selon l'article 131-3 du CP (Modifié par Loi n°2007-297 du 5 mars 2007), à une peine d'emprisonnement, d'amende, de jour-amende (Qui ne peut excéder 1000e par jour, Art 131-5 du CP), à effectuer un stage de citoyenneté, à un travail d'intérêt général, à des peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-6, ainsi qu'à des peines complémentaires prévues à l'article 131-10 et à une sanction-réparation.

¹⁴⁷¹ G- P. Cabanel, Rapport au premier ministre, Pour une meilleure prévention de la récidive, La documentation française, 1996.

¹⁴⁷² Réalisation de projection, étude de la population carcérale et de son évolution.

¹⁴⁷³ Art 132-44 du CP.

¹⁴⁷⁴ Art 132-45 du CP.

¹⁴⁷⁵ Art 132-43 du CP.

¹⁴⁷⁶ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p 847, n°615.13.

¹⁴⁷⁷ Ibid.

¹⁴⁷⁸ Ibid., p 849, n°615.21 et s.

¹⁴⁷⁹ Art 132-55 du CP

¹⁴⁸⁰ Art 762- 1 et -2 du CPP

¹⁴⁸¹ Art 720-1-1 al 5

1. Des mesures générales

- 330.** Des mesures d'aide et d'assistance peuvent compléter les mesures de contrôle du SME ou d'autres mesures d'aménagements de peine (libération conditionnelle¹⁴⁸², PSE¹⁴⁸³). Elles peuvent être adaptées et intégrées dans une mesure prononcée (TIG¹⁴⁸⁴) afin de renforcer le suivi et « *le reclassement social* »¹⁴⁸⁵ du condamné sous la forme d'aide à caractère social ou matériel (recherche d'emploi, de logement, aide à la constitution d'un dossier administratif)¹⁴⁸⁶. Elles écartent d'une certaine façon le JAP et sont principalement mises en œuvre par le service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) ou tout autre service public et privé tel que les associations (Croix-Rouge, secours populaire, etc...)¹⁴⁸⁷. D'une manière générale le législateur a réduit le champ d'application de ces mesures d'aide et d'assistance¹⁴⁸⁸ se positionnant à contre-courant de l'idée que la lutte contre la récidive ne trouvera pas son salut ailleurs que dans l'univers carcéral. « *De manière forte regrettable, la dimension de soutien de la probation semble avoir totalement disparue, alors même que les criminologues spécialisés dans la désistance montrent que l'un des seuls domaines où le travail social peut avoir un intérêt quelconque dans ce processus réside précisément dans un interventionnisme actif venant au soutien du probationnaire* »¹⁴⁸⁹. En effet, les mesures d'aide et d'assistance ne sont pas expressément prévues par les textes mais émanent de la mission confiée au SPIP qui favorise l'insertion et la réinsertion des condamnés¹⁴⁹⁰.
- 331.** Le tribunal dispose d'un mécanisme procédural pour ajourner le prononcé d'une peine avec mise à l'épreuve, voire, de dispenser de toute sanction le coupable d'un délit sous conditions¹⁴⁹¹. L'objectif est de limiter le recours aux courtes peines de prison et d'éviter une prise en charge trop longue qui ne se justifie pas. Cette mesure est peu usitée en raison de plusieurs passages de l'affaire ce qui surcharge les instances. Il est préférable dans l'intérêt de la société de ne pas incarcérer l'individu en présence d'un trouble à l'ordre public mineur. Le prévenu est placé sous le régime de la mise à l'épreuve pendant un délai qui ne peut être supérieur à un an lorsqu'il est présent à l'audience¹⁴⁹². Si le trouble de l'infraction a cessé, s'il est en voie de reclassement ou de réparation du dommage. Le juge d'application des peines du lieu de résidence suit et contrôle les obligations de la mise à l'épreuve (modification des obligations¹⁴⁹³, décerne des mandats ou ordonne l'incarcération provisoire en cas de violation¹⁴⁹⁴) et les ajournements avec injonction¹⁴⁹⁵ afin que les prescriptions ordonnées par le jugement soient respectées. Les obligations peuvent être particulières (exercer une activité professionnelle, payer les pensions alimentaires, s'abstenir de conduire). Il dresse un rapport pour l'audience de renvoi qu'il peut saisir préalablement à l'expiration du délai d'épreuve pour qu'il soit

¹⁴⁸² Art 731 du CPP

¹⁴⁸³ Art. 723-10 du CPP

¹⁴⁸⁴ Art 132-45 du CP et 132-55 du CP

¹⁴⁸⁵ Art 132-46 al 1 du CP et 762-3 du CPP.

¹⁴⁸⁶ Art 132-46 du CP.

¹⁴⁸⁷ Art 132-46 du CP.

¹⁴⁸⁸ Annexe 15 : « Tableau des domaines d'application des mesures d'aide et d'assistance », M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p 856 et 857, n°616.18.

¹⁴⁸⁹ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution ...op.cit.*, p 855, n°616

¹⁴⁹⁰ Art D.460 du CPP.

¹⁴⁹¹ Art. 132-63 du CP et 747-3 du CPP, loi n° 75-624 du 11 juillet 1975.

¹⁴⁹² Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989.

¹⁴⁹³ Art 712-8 du CPP.

¹⁴⁹⁴ Art 747-3 al 4 du CPP, le condamné doit se présenter dans les 5 jours de l'écrou.

¹⁴⁹⁵ Article 132-66 du CP et 747-4 du CPP.

statué sur la peine, si les conditions sont remplies et s'il est constaté qu'il a fourni des efforts¹⁴⁹⁶. Dans ce cas, il pourra être dispensé de peine ou être de nouveau ajourné.

332. Les emprisonnements assortis d'un sursis avec mise à l'épreuve (SME)¹⁴⁹⁷ sont une modalité d'exécution de la peine. Le SME est prononcé par l'autorité de jugement dont le JAP aura la charge de mettre à exécution durant un temps d'épreuve pré-déterminé dans le jugement et selon les faits et la personnalité du bénéficiaire (rappel des obligations, modification des obligations, incarcération provisoire, prolongation du délai d'épreuve, révocation du sursis total ou partiel). Le SME est introduit par le CPP de 1958¹⁴⁹⁸ et trouve son origine dans la loi Bérenger du 26 mars 1891 qui crée le sursis simple. L'exécution de la peine d'emprisonnement prononcée est suspendue en contrepartie de la probation du condamné, libéré, à se soumettre à un régime d'épreuves¹⁴⁹⁹. Il peut être prononcé à l'encontre des mineurs par décision spécialement motivée¹⁵⁰⁰ et s'applique aussi aux étrangers¹⁵⁰¹. Cette mesure alternative, « *dont l'utilité sociale n'est plus à démontrer* »¹⁵⁰² est l'une des plus appliquée en Europe, mais n'en reste pas moins pénible au vue de la lourdeur des obligations et du caractère stigmatisant que cette peine peut revêtir¹⁵⁰³. Les obligations du SME rappellent que la peine est sous condition de réalisation des obligations pendant un temps d'épreuve déterminé par le jugement¹⁵⁰⁴.

Dans le cadre de mesures d'assistances et de surveillances, des obligations précises sont imposées après l'exécution, ce qui rend la peine initiale non avenue¹⁵⁰⁵. Il est une forme de probation proche de la libération conditionnelle. En se substituant à l'emprisonnement, le SME a vocation à lutter contre la récidive et la désocialisation. Elle poursuit l'accompagnement du condamné dans ses efforts de resocialisation. Elle vise principalement les condamnations pour des délits¹⁵⁰⁶ qui ne présentent pas un caractère particulièrement dangereux. En effet, le SSJ est incompatible avec cette mesure en raison de risque de « *redondance* »¹⁵⁰⁷ des obligations. Le SME qui est un régime propre décidé par la juridiction de jugement et dont le JAP fixe et contrôle les modalités de l'exécution¹⁵⁰⁸. Le SPIP, quant à lui a pour mission de trouver les moyens appropriés à l'application de la mesure d'aide et d'assistance. Elle s'en détache d'autant plus que l'injonction de soin n'est plus obligatoire dans le SME¹⁵⁰⁹.

¹⁴⁹⁶ Art. 747-3 al. 3 du CPP.

¹⁴⁹⁷ Art 132-40 du CP et art 739 et R58 du CPP

¹⁴⁹⁸ Ord.58-1300 du 23 déc.1958.

¹⁴⁹⁹ V « Le régime d'épreuve » (fixation, point de départ, suspension) M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p 4406, n°421.81.

¹⁵⁰⁰ Art 2 al 3 de l'ordonnance du 2 février 1945 n°45-174.

¹⁵⁰¹ Art 132-44 du CP, les étrangers condamnés à une mesure d'interdiction du territoire français doivent se soumettre aux JAP et aux travailleurs sociaux, même pour une peine supérieure à 10 ans qui n'a pour seule conséquence que de suspendre le SME le temps de l'épreuve, Art 132-40 du CP issue de la loi du 26 nov.2003.

¹⁵⁰² M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution ..op.cit.*, p 405.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, p 402 et 403

¹⁵⁰⁴ Liste des obligations du SME des Art. 132-44 à 46 du CP

¹⁵⁰⁵ Art 132-52 du CPP.

¹⁵⁰⁶ Il semble que les peines criminelles soient exclues de l'application du régime du SME, crim 11 juin 1986, n°86-90.999, bull.crim., n°204, in M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.* p 403.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, p 403

¹⁵⁰⁸ Art 712-1 du CPP.

¹⁵⁰⁹ Abrogation de l'art. 132-45-1 du CPP issu de la loi du 10 mars 2010 n° 2010-242, V. M.Herzog-Evans, « La loi récidive III : extension et aggravation de la probation obligatoire », D.2010, p 1428.

Le quantum de la peine ferme prononcée faisant encourir le SME, est allongée jusqu'à 5 ans¹⁵¹⁰ prenant ainsi en compte un plus grand nombre de condamnés. L'aspect contraignant du SME est aussi imposé aux récidivistes pour une peine de prison du double du quantum. Le régime du SME est aggravé pour le récidiviste condamné à une peine de prison allant jusqu'à 10 ans, sauf si antérieurement, il a été condamné à deux reprises en état de récidive légale à un SME¹⁵¹¹, voire dans d'autres cas une seule suffit¹⁵¹². En effet, le législateur considère que la réitération de cette mesure n'est pas pertinente dans ce cas pour lutter contre les causes de la récidive. Cependant, «*La récidive n'est pas un critère suffisant pour apprécier l'évolution d'un délinquant. Ce qui est pertinent, c'est la nature même des infractions qu'il commet après une première condamnation, le contexte dans lequel il les a commises, etc. par ailleurs une peine probatoire comportant un contrôle social suffisant est souvent plus efficace, précisément pour encadrer ce type de délinquant, qu'une peine privative de liberté. Au demeurant, la probation n'est pas toujours identique. Elle peut inclure un accroissement, au fil des prononcés, du degré et de la pertinence du contrôle social qu'elle implique*»¹⁵¹³.

Le délai d'épreuve est obligatoirement fixé par la juridiction¹⁵¹⁴. Il est porté à 3 ans pour les primo délinquants et à 5 ans pour les récidivistes, depuis la loi du 12 décembre 2005¹⁵¹⁵. La révocation de plein droit du sursis «*pour toute nouvelle condamnation à une peine d'emprisonnement ou de réclusion révoque le sursis antérieurement accordé quelle que soit la peine qui l'accompagne*»¹⁵¹⁶. Lorsqu'une nouvelle infraction est commise durant le délai d'épreuve, la révocation est laissée à l'appréciation de la nouvelle juridiction et ne peut être conditionnée à une irrégularité du prononcé du sursis¹⁵¹⁷. Le SME ne peut être révoqué, même partiellement en raison du manquement partiel aux obligations après l'expiration du délai d'épreuve, sans que cela heurte le principe d'individualisation des peines¹⁵¹⁸. Les traitements ou les soins sous le régime de l'hospitalisation sont des mesures d'aide et d'assistance particulière (sociale ou matérielle) qui secondent les obligations du SME afin de renforcer les efforts de reclassement du condamné.

2. Des mesures particulières

333. L'emprisonnement avec sursis peut être assorti d'un travail d'intérêt général (TIG)¹⁵¹⁹. Inspiré du Royaume-Uni : le «*community service*» est introduit par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 avec un double objectif de constituer une alternative à une courte peine d'emprisonnement et de faciliter la réinsertion du condamné majeur ou mineur de 16 à 18 ans. Une application grandissante faite par les tribunaux (0,7 % des condamnations pour délit en 198 et 3 % en 1992). En 1993 les TIG représentent 12 % de l'ensemble des condamnations constituant une peine de substitution. Les TIG concernent les crimes, les

¹⁵¹⁰ Art.132-41 al 1 du CPP ; Le quantum maximum de l'emprisonnement correctionnel est passé de cinq ans à 10 ans dans le code pénal de 1996 (art. 132-41 al 1 du CPP de 1996).

¹⁵¹¹ Dans les cas de récidive de délits assimilés prévus aux art.131-16 à 131-16-4 du CP.

¹⁵¹² Dans les cas de récidive légale de délit ou de crimes graves avec violence prévus à l'article 132-41 du CP.

¹⁵¹³ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p 405

¹⁵¹⁴ Art 132-42 du CP.

¹⁵¹⁵ Il était autrefois de 18 mois et ne pouvait pas dépasser 3 ans sous l'empire du CP de 1996.

¹⁵¹⁶ Art 132-36 du CP.

¹⁵¹⁷ Crim., 4 avr. 2013, n°10-88.834, *D. actu.*, 2013, p 1004.

¹⁵¹⁸ En l'espèce, non-paiement de la totalité de la pension alimentaire à l'ex-épouse, Crim. ; 12 avr. 2012, n°11-84.684, *AJ pénal* 2012, p 497, obs. V. Dufour.

¹⁵¹⁹ Art. 131-8, 131-22 et 132-54, du CP et 733-1 et 747-1 du CPP.

délits et les contraventions que le juge peut prononcer à titre de peine principale, complémentaire ou dans le cadre d'un sursis avec obligation d'accomplir cette mesure¹⁵²⁰.

- 334.** Le JAP est chargé de suivre les condamnés aux suivis sociaux judiciaires¹⁵²¹ (désignation du médecin coordinateur, modification des obligations, mandat, incarcération provisoire). Cette peine, lorsqu'elle est encourue est prononcée dans un quart des condamnations (13%) pour des délits ou des crimes¹⁵²². La gravité de l'infraction (circonstances aggravantes, récidive) détermine le prononcé du SSJ. La durée du SSJ est d'autant plus longue que la peine d'emprisonnement prononcée est longue ou qu'il y a récidive. En moyenne elle est de 6 ans de SSJ pour les crimes et 5 pour les délits. La récidive prolonge la durée du SSJ.
- 335.** Le JAP surveille les condamnés à l'interdiction de séjour¹⁵²³ (modification de la liste des lieux interdits, suspension provisoire de l'interdiction en cas d'urgence d'un débat contradictoire) et interdiction du territoire national¹⁵²⁴. Il est chargé sur réquisition du procureur de la République, de sanctionner la violation du stage de citoyenneté, des peines alternatives ou complémentaires¹⁵²⁵. Dans une procédure, le JAP peut donner un délai de paiement ou constater l'impossibilité du condamné à verser une amende fiscale douanière (compétence du ministère public et du trésor public) inversement il peut ordonner la contrainte judiciaire par l'emprisonnement correspondant au jour impayé¹⁵²⁶.
- 336.** Une inscription au FIJAIS¹⁵²⁷ est justifiée pour les condamnés pour un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement en état de récidive légale ou qui présentent un caractère dangereux, après un débat contradictoire¹⁵²⁸. Ce régime impose une présentation mensuelle et peut être ordonné par le juge d'application des peines ou la juridiction de jugement le juge d'application des peines peut relever le condamné d'une interdiction professionnelle ou ordonner la dispense d'inscription au bulletin numéro deux du casier judiciaire « *en vue de lui permettre de bénéficier d'un aménagement de peine fondée sur un projet pour lequel l'interdiction ou l'inscription serait un obstacle conformément à l'article 712-22 du code de procédure pénale* »¹⁵²⁹. La surveillance judiciaire des personnes dangereuses¹⁵³⁰ est aussi une mesure particulière prononcée par le tribunal d'application des peines. Le juge d'application des peines reste chargé du contrôle et statue sur d'éventuelles modifications.

3. Le rôle central du JAP dans le suivi

- 337.** Le JAP notifie les mesures d'obligations et assure le suivi. Le tribunal peut aussi révoquer le SME. Il est considéré comme non avenu si le condamné au cours du délai d'épreuve n'a pas commis de nouvelles infractions, suivies d'une nouvelle condamnation ordonnant la

¹⁵²⁰ Ibid., p 40 à 43.

¹⁵²¹ Art. 131-36-1 du CP, 763-1 et R 61 du CPP et articles L. 3711 et R. 3711 du code de la santé publique.

¹⁵²² Bulletin d'information statistique sur la pratique du SSJ édité par le ministère de la justice, Infostat justice, n°121 fev. 2013, *AJ pénal* 2013, p183.

¹⁵²³ Art.131-31 du CP et 762-1 et D.571-1 du CPP.

¹⁵²⁴ 729-2 du CPP.

¹⁵²⁵ Art. 131-5-1,131-6,131-9 et 131-11 du CP.

¹⁵²⁶ Art 754 et 752 du CPP.

¹⁵²⁷ Art 706-53-5 du CPP.

¹⁵²⁸ Art 712-6 du CPP.

¹⁵²⁹ J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique...op.cit.*, p 43.

¹⁵³⁰ Art. 723-29 et D. 147-31 du CPP.

révocation du sursis ou un manquement aux mesures de surveillance ou d'assistance aux obligations particulières qui lui étaient imposées. Les condamnations non avenues sont retirées du bulletin n°2, puis du n°1 du casier judiciaire à l'expiration des délais courant à compter du jour du non avvenu (art.133-13 et 133-14 du code pénal).

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 est venue modifier le régime des conversions de peine ferme en peines avec SME. L'objectif de désengorgement des prisons impose de libérer des places de prison d'une part en raison de leur coût et d'autre part en raison du risque de condamnation par la cour européenne des droits de l'homme pour détention indignes résultant de la surpopulation carcérale. Le management organisationnel ne suffit pas à lui seul à opérer la gestion des flux d'où l'utilisation du droit de l'exécution des peines tel un clapet malléable de régulation. L'article 132-57 du code pénal permet au juge d'application des peines d'ordonner « *la conversion d'une peine d'emprisonnement ayant fait l'objet d'un sursis partiel, assorti ou non d'une mise à l'épreuve, lorsque la partie ferme de la peine est inférieure ou égale à six mois, ainsi que d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à six mois résultant de la révocation d'un sursis, assorti ou non d'une mise à l'épreuve, en une peine de sursis assortie de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ou en une peine de jours amendes* »¹⁵³¹. Cette réforme qu'autrefois la jurisprudence condamnait assouplie l'exécution des peines en facilitant l'individualisation de la peine même si le reliquat est faible.

338. « *La gestion à la chaîne des dossiers* »¹⁵³² fait s'interroger sur le choix stratégique d'une procédure plutôt qu'une autre en raison de son coût et de sa rapidité. « *Le droit pénal n'est-il donc plus qu'une gestion de choix de filières ?* »¹⁵³³. Cette interrogation est issue d'un constat alarmant de la gestion des affaires pénales en matière correctionnelle. L'inhumanité du traitement rapide, automatique découle de l'impossibilité matérielle du JAP et des services de probation à résoudre les problèmes sanitaires et sociaux à l'origine de la délinquance. Cet état du droit pénal français s'oppose au mouvement de la « *jurisprudence thérapeutique* »¹⁵³⁴ redonnant aux magistrats ses lettres de noblesse dans un traitement humain et efficace des conflits des justiciables.

II. Des aménagements restreints

339. L'institution du juge d'application est-il menacé au regard de son incapacité à lutter contre la récidive alors qu'il dispose de nombreux d'instruments à cet effet ? L'aménagement de peines est certes un principe réaffirmé dans les récentes lois pénitentiaires mais dont les conditions d'application restent limitées pour les récidivistes (A). Le JAP dispose de suffisamment de moyens et d'outils juridiques pour individualiser la peine dans le but de réinsérer le délinquant en le remettant sur un pied d'égalité avec ces concitoyens (B). Le rôle du JAP est de ce fait crucial dans la lutte contre la récidive. Il aménage au plus juste la peine en adéquation avec l'esprit du jugement, la réparation de la victime, le châtement et la réinsertion sociale du condamné. Sa mission dévie vers un juge thérapeutique qui tente de résoudre les problèmes sociaux. Pourtant, sa fonction se heurte au rôle croissant de la victime et du Parquet qui détiennent des pouvoirs intrusifs dans son domaine de compétence qu'il partage avec le SPIP. L'accroissement des affaires relevant

¹⁵³¹ Crim, 12 mai 2010, n°09-84.030, obs. M.Herzog- Evans, *AJ pénal*, 2011, p 255

¹⁵³² M.Herzog-Evans, « La conversion en jour amende possible pour les peines issues d'une révocation de SME : entrée en vigueur de la loi pénitentiaire », *AJ pénal* 2011, p254.

¹⁵³³ Ibid.

¹⁵³⁴ Ibid.

de questions sociales limite qualitativement l'efficacité des instruments et menace le rôle du JAP (C).

A. Des aménagements limités pour les récidivistes

340. Le principe d'aménagement des peines connaît des exceptions pour les récidivistes (a) ce qui rend son application complexe (b). De plus, le Parquet détient un rôle crucial dans la phase d'aménagement des peines (c).

a. Le principe de l'aménagement de peine

341. Les aménagements de peines sont appréhendés dès le prononcé de la sentence¹⁵³⁵ et ne constitue plus « *une faveur ou un cadeau fait au condamné* »¹⁵³⁶. Plus en amont, telles les réquisitions du parquet à l'audience, celui-ci est enjoint par une circulaire de 2006 de requérir des aménagements de peines accessoirement à la peine privative de liberté¹⁵³⁷. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 insuffle une nouvelle philosophie dans le prononcé de la peine qui ne peut plus être pensée ni recherchée en occultant l'aménagement de peine. La loi pénitentiaire de 2009 réaffirme le principe de l'aménagement de peine nécessaire (personnalité et situation du condamné) lorsqu'elle est prononcée ainsi que le caractère subsidiaire de la peine d'emprisonnement ferme en matière délictuelle¹⁵³⁸. La prison ferme est un ultime recours, sauf application des peines planchers prononcées pour des faits commis en état de récidive légale¹⁵³⁹. En dernier recours, la prison ferme peut être prononcée suivant deux conditions cumulatives compte tenu de la gravité de l'infraction et de la personnalité de son auteur, condition cumulative avec l'inadéquation de toute autre peine. Dès la condamnation, le magistrat recherche si la condamnation est susceptible d'un aménagement de peine. Sauf en cas de récidive légale, il a conscience de cette éventualité lorsque le quantum de la peine prononcée est inférieur ou égal à deux ans.

L'aménagement de peine met en pratique le principe de substitution qui autorise les tribunaux correctionnels, à chaque fois que cela est possible, de prononcer des peines autres que l'emprisonnement¹⁵⁴⁰ notamment lorsque des peines accessoires et complémentaires sont prévues par les textes (confiscation du corps du délit ou ayant permis la réalisation de celui-ci, suspension du permis de conduire, confiscation de véhicules, interdiction de détenir et de porter une arme soumise à autorisation, retrait du permis de chasse)

Loi de programmation pour la justice du 6 janvier 1995 avait pour objectif jusqu'en 2002 de diminuer la surpopulation carcérale. Le recours aux alternatives à l'incarcération et la croissance du parc pénitentiaire constituent des solutions qualitatives et quantitatives préconisées pour lutter contre la récidive¹⁵⁴¹. Un effort important se développe par les

¹⁵³⁵ Loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 20091

¹⁵³⁶ J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique...op.cit* p233.

¹⁵³⁷ Circ. JUS-D-06-30051 C du 27 avril 2006.

¹⁵³⁸ Art. 132-24 du CP.

¹⁵³⁹ Art. 132-19-1 du CP.

¹⁵⁴⁰ Loi n°75-624 du 11 juillet 1975.

¹⁵⁴¹ Construction de maison centrale, 1200 places de semi-liberté, création de 768 emplois de travailleurs sociaux au bénéfice des comités de probation pour un renforcement en milieu ouvert, ainsi qu'une réforme

alternatives à l'incarcération qui a pour conséquence une réorganisation des structures du milieu ouvert (comités de probation et d'assistance pour les détenus libérés, préparation à la sortie de prison méthodologie de travail social).

342. Le JAP constitue avec le tribunal de l'application des peines (TAP)¹⁵⁴² et le juge des enfants faisant office de JAP pour les mineurs la juridiction d'application des peines de premier degré. « *Leur mission est de fixer les principales modalités d'exécution des condamnations privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application* »¹⁵⁴³. C'est la loi du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004 qui régissent actuellement le régime de l'application des peines. L'article 707 du CPP et l'article 132-24 du code pénal constitue la feuille de route du juge d'application des peines :

« Sur décision ou sous le contrôle des autorités judiciaires, les peines prononcées par les juridictions pénales sont, sauf circonstances insurmontables, mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais.

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.

*A cette fin, les peines sont aménagées avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution si la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou leur évolution le permettent. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire »*¹⁵⁴⁴.

Cependant, la loi du 15 août modifie l'article 707 du CPP ainsi :

« Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières.

*Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire »*¹⁵⁴⁵.

Il n'est plus question du terme d'aménagement mais d'une adaptation de la peine au fur et à mesure de la peine. Une sémantique moins péjorative est moins perçue comme une

législative permettant la conversion en travail d'intérêt général de toute peine inférieure à six mois d'emprisonnement. G- P. Cabanel, Rapport au premier ministre, Pour une meilleure prévention de la récidive, La documentation française, 1996.

¹⁵⁴² Compétences du TAP : Modification et révocations de libération conditionnelle pour les peines supérieures à 10 ans d'emprisonnement et dont le reliquat est supérieure à trois ans (art 730 al. 2 du CPP.), mesure de suspension de peine médicale (art 720-1-1 du CPP.), Demande de réduction et de relèvement de la période de sûreté (art 720-4 du CPP.), Demande de réduction du délai du suivis sociaux judiciaires (art 131-36-1 al 2 CP.), Demande de réduction exceptionnelle (art 721-3 du CPP.), Demande de mesures de surveillance judiciaire pour les peines supérieures ou égales à sept ans suite aux réquisitions du procureur de la république (art 723-29 al. 2 du CPP.).

¹⁵⁴³ J. Duflo et E. Martin (Dir.), Traité pratique de l'application des peines, Berger- Levrault, Sofiac, 2010, p 17.

¹⁵⁴⁴ Art. 707 du CPP.

¹⁵⁴⁵ Art. 707 II et III du CPP en vigueur au 1^{er} octobre 2014.

faveur. Une adaptation qui se double d'un retour progressif à la liberté pour les détenus emprisonnés. Les aménagements de peines sont généralisés à l'ensemble des sortants de prison. Ainsi la prévention de la récidive est un objectif consacré par le droit plaçant au centre de l'édifice le juge d'application des peines. Pour ce faire il utilise l'aménagement des peines comme outil d'individualisation de la sanction pénale pour éviter les sorties sèches de prison sans suivi. La sanction du condamné doit concilier la prévention de la récidive en favorisant sa réinsertion avec les intérêts de la victime au nom de la société¹⁵⁴⁶. Le conseil constitutionnel rajoute sa pierre à l'édifice en rappelant 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* »¹⁵⁴⁷. L'aménagement des peines des condamnés en état de récidive légales est toutefois limité.

b. Condition d'application des aménagements de peines

343. Dès l'entrée de la personne en détention et sans attendre que la décision soit définitive ou exécutoire, le JAP peut aménager la peine même en cas d'appel du ministère public qui suspend la décision¹⁵⁴⁸. Cette disposition concerne particulièrement les condamnés en comparution immédiate qui voudraient faire valoir pour leur défense un élément nouveau survenu après leur condamnation avec mandat de dépôt. Les peines sont aménagées avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution comme le précise le nouvel art 707 al 3 du CPP : « *ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine* »¹⁵⁴⁹ lorsque cela est possible. Un rendez-vous est fixé ultérieurement dans un délai maximum de quatre mois devant le juge d'application des peines pour les condamnations sans mandat de dépôt. Les aménagements de peines sont calculés au regard de la date de l'incarcération et de la date de libération¹⁵⁵⁰. La peine à subir se distingue de la peine prononcée afin d'évaluer les conditions des délais requis pour qu'une demande d'aménagement de peine en milieu fermé soit recevable. Le reliquat de la peine doit correspondre aux différentes natures d'aménagements dont le condamné peut bénéficier soit au tiers, à la moitié ou aux deux tiers de la peine restant. La durée de la détention provisoire est fictivement ajoutée. La peine à subir est le critère de calcul pour la libération conditionnelle, les aménagements de peines sous écrou et les permissions de sortir. La peine prononcée est le critère pour un placement sous surveillance électronique mobile, une surveillance de sûreté ou une suspension de peine. L'obtention de l'aménagement de peine est aussi liée au régime de la récidive concernant les délais et les conditions d'octroi¹⁵⁵¹.

344. Le seuil des peines aménageables est relevé d'un à deux ans pour les récidivistes. La loi pénitentiaire remonte le quantum de peine d'emprisonnement susceptible de faire l'objet d'un aménagement de peine d'un à deux ans. La juridiction de jugement qui prononce

¹⁵⁴⁶ Art. 132-24 du CP.

¹⁵⁴⁷ Cons.Const. du 20 janv.1994, n°93-334.

¹⁵⁴⁸ Art. 712-14 du CPP, Formé dans les 24 heures de la notification de la décision du JAP ou du TAP, l'appel du ministère public a un effet suspensif de la décision, jusqu'à ce que la chambre de l'application des peines de la cour d'appel ou son président ait statué au plus tard dans les deux mois à défaut de quoi l'appel sera non avenu.

¹⁵⁴⁹ Art 707 du CPP issue de la loi du 15 août 2014.

¹⁵⁵⁰ J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique...op.cit* p234 et s.

¹⁵⁵¹ Art. D. 150-1 et s du CPP.

une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement, ou à un an pour une personne en état de récidive légale, peut décider qu'elle sera exécutée en tout ou partie sous le régime de la semi-liberté et du placement à l'extérieur¹⁵⁵² ou du placement sous surveillance électronique¹⁵⁵³.

Le juge de l'application des peines peut prévoir que la peine s'exécutera sous le régime de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur¹⁵⁵⁴ ou du placement sous surveillance électronique¹⁵⁵⁵ soit en cas de condamnation à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas deux ans, soit lorsqu'il reste à subir par le condamné une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la durée totale n'excède pas deux ans.

Le dispositif d'aménagement des peines exclu du champ d'application les récidivistes puisque le seuil d'un an est maintenant pour eux, en raison de la compatibilité nécessaire avec les textes des peines planchers¹⁵⁵⁶.

Dans un souci d'une plus grande souplesse, la juridiction qui prononce une peine d'emprisonnement avec mandat de dépôt peut préciser que la totalité ou une partie seulement sera exécutée sous le régime d'un aménagement de peine sous écrou et dont une partie peut être exécuté sous le régime de la semi-liberté. Cette simplification est relative et ne concerne pas les récidivistes, principaux bénéficiaires d'une condamnation de privation de liberté assortie d'un mandat de dépôt, notamment dans la cadre de la procédure de comparution immédiate.

Le quantum de la peine à aménager n'est pas fixé par le juge de jugement mais laissé à la compétence du JAP, afin que cela n'interfère pas dans le reliquat de la peine qui évolue au gré des crédits de réduction de peine et qui n'est donc pas prévisible¹⁵⁵⁷. Quantum qui doit aussi déduire le temps passé en détention provisoire¹⁵⁵⁸. La juridiction de jugement doit solliciter rapidement le juge de l'application des peines pour qu'il fixe les modalités d'exécution de la peine¹⁵⁵⁹.

c. La compétence extraordinaire du Parquet

- 345.** Le Parquet a pour mission la mise exécution de chaque condamnation. Il contrôle les pièces d'exécution en conformité avec la décision et l'extrême écrou (dispositif, récidive, légalité) vérifie le caractère exécutoire de la peine avec la décision (écrous, fiches

¹⁵⁵² Art. 132-25 du CP.

¹⁵⁵³ Art. 132-26-1 du CP.

¹⁵⁵⁴ Art. 723-1 du CPP.

¹⁵⁵⁵ Art. 723-7 du CPP.

¹⁵⁵⁶ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

¹⁵⁵⁷ Pour se faire, « il importe que la juridiction de jugement ne fixe pas le quantum de peine qui sera exécuté sous le régime d'un aménagement de peine mais qu'elle indique la date à partir de laquelle l'aménagement de peine débutera. Par exemple, le tribunal correctionnel qui prononce 1^{er} septembre 2010 une peine de 2 ans » ; Circulaire du 10 novembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 relatives au prononcé des peines et aux aménagements de peines.

¹⁵⁵⁸ Sur une peine prononcé de 18 mois dont 8 ont été exécutés en détention provisoire, le tribunal se contente de préciser que « le reliquat de la peine sera exécuté selon le régime des aménagements de peine (placement sous surveillance électronique, semi-liberté ou placement à l'extérieur); art 132-25 et 132-26-1 du CP.

¹⁵⁵⁹ Art. 723-2 et 723-7-1 du CPP.

pénales¹⁵⁶⁰ et fichiers destinés au casier judiciaire, gestion des débats¹⁵⁶¹) notamment au regard des règles du droit (prescription, amnistie grâce) ou des règles de fait (situation professionnelle, médicale et familiale). Le juge d'application des peines vérifie aussi la légalité de la peine. Le procureur peut saisir le juge d'application des peines pour modifier ou retirer un aménagement de peine¹⁵⁶². Il doit être informé de tout changement concernant la liberté conditionnelle d'un condamné. Le procureur a un avis consultatif dans les affaires du juge d'application des peines.

Concernant les peines non privatives de liberté, l'article 708 al. 3 du CPP donne une « *compétence extraordinaire* »¹⁵⁶³ aux Parquets. Il peut prendre une mesure d'aménagement de peine *ab initio*. Il peut (ou saisir la juridiction de jugement), prendre seul la décision de suspension, de fractionnement d'une peine pour motif grave d'ordre médical, familial ou professionnel à raison d'une suspension qui ne peut excéder trois mois à l'exception de la suspension de permis conduire. Il collabore dans la réalisation du taux d'exécution des peines dont « *le chiffre alarmant de 50 % de peine privative de liberté réellement mise à exécution sont affichés par l'union syndicale des magistrats* »¹⁵⁶⁴. Les raisons de cette exécution consistent à en l'absence d'adresse ou de lieux indiqués par le condamné, les grâces présidentielles, l'écoulement trop long du temps entre la condamnation et la mise à exécution ainsi que les aménagements de peines et les dysfonctionnements de la justice constituent les principales causes de ce taux élevé de non-exécution des peines privatives de liberté.¹⁵⁶⁵

Une circulaire du 10 avril 2002¹⁵⁶⁶ tendait à améliorer la rapidité et l'efficacité des procédures. Elle influençait l'exécution provisoire des jugements et l'ajournement avec mise à l'épreuve. Le rapport Warsmann¹⁵⁶⁷ préconisait une série de mesures relatives à l'efficacité et à la réactivité de la mise en œuvre des sentences pénales ce qui aboutira à la loi du 9 mars 2004 qui consacre à l'article 207 du code de procédure pénale la nécessité sauf circonstances insurmontables des peines à exécuter de manière effective dans les meilleurs délais.

B. Des peines aménagées

346. Le Conseil Constitutionnel a récemment rappelé, dans le cadre d'une individualisation de la peine, que la nature d'une punition décidée par l'administration, doit faire l'objet d'une publication obligatoire décidée en fonction des circonstances de l'espèce. Quelles sont les instruments qui mettent en œuvre le principe d'individualisation de la peine ? Dans quelles conditions respectent-ils ce principe dans le cadre de la récidive ?

¹⁵⁶⁰ Le procureur reçoit la fiche pénale des personnes condamnées à une peine privative de liberté supérieure ou égale à sept ans, dont la libération intervient dans le sixième et le 12e mois qui suit, D 147-32 du CPP.

¹⁵⁶¹ D.49-17-2 du CPP.

¹⁵⁶² Art.712-4 du CPP.

¹⁵⁶³ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.* p 118 n°111.51.

¹⁵⁶⁴ Infostat justice, n°83 juill.2005.

¹⁵⁶⁵ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution...op.cit.* p 119 n°111.63.

¹⁵⁶⁶ Circ.crim 2002-08 E3.

¹⁵⁶⁷ Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie, rapport de mission parlementaire auprès de Dominique Perben garde des sceaux, ministère de la justice, documentation française, 2003.

Outre le suivi et le contrôle des peines restrictives de liberté prononcées par la juridiction de jugement, il a le pouvoir d'individualiser les peines grâce à des mesures dont les combinaisons sont nombreuses. La loi pénitentiaire de 2009¹⁵⁶⁸ vise « l'aménagement ou la conversion de la peine »¹⁵⁶⁹. Les mesures sont expressément énumérées à l'article 723-15 alinéa 1 du CPP. Dans le cadre des articles 474 et 723-15 du CPP, le JAP peut prononcer une mesure de semi-liberté, placement à l'extérieur, placement sous surveillance électronique, fractionnement ou suspension de peines, libération conditionnelle ou une conversion¹⁵⁷⁰. A cela s'ajoutent la modification du crédit de réductions de peines, la réparation sanction supplémentaire de peine, le travail d'intérêt général et les jours-amende. Les modalités d'application des nouvelles dispositions législatives de 2010¹⁵⁷¹, tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle, simplifient les procédures d'aménagement de peine, concernant les condamnés libres et les détenus, en favorisant le prononcé des peines de travail d'intérêt général, de jours-amendes, de surveillance judiciaire dans l'exécution des peines prononcées¹⁵⁷². L'aménagement de la peine varie selon le seuil de deux ans ou un an pour les récidivistes. A la mi-peine, une libération conditionnelle peut être demandée par le détenu. La loi du 15 août 2015 instaure une liberté sous contrainte qui bouscule le schéma classique au risque de supplanter l'aménagement de peine¹⁵⁷³. Le régime de la libération conditionnelle et de la surveillance judiciaire et de sûreté sont aussi modifiés¹⁵⁷⁴.

Dans l'ensemble ces aménagements facilitent la réinsertion, cependant, elles sont moins appliquées pour les récidivistes. Ainsi, il faut distinguer les aménagements de peine sous écrou (a), la liberté conditionnelle (b) et sous contrainte (c). Les peines peuvent être fractionnées ou suspendues (d) ou alors réduite (e). Le condamné peut aussi faire l'objet d'une mesure de surveillance de sûreté (f).

a. Des aménagements de peine sous écrou

347. Concernant les condamnés justifiant d'une activité professionnelle, d'un stage, d'un emploi temporaire, d'une formation professionnelle, ou qui ont une participation essentielle à la vie de la famille ou qui subissent un traitement médical ; les aménagements de peine sous écrou sont élargis à l'octroi de la semi-liberté (1)¹⁵⁷⁵, au placement à l'extérieur (2) et du placement sous surveillance électronique (3)¹⁵⁷⁶. La loi rajoute deux autres critères consistant en la recherche assidue d'emploi ou de fournir des efforts sérieux de réadaptation sociale ou une implication dans un projet d'insertion ou de réinsertion et dont le caractère durable garanti la prévention des risques de récidive.

¹⁵⁶⁸ Loi n°2009-14 36 du 24 novembre 2009.

¹⁵⁶⁹ Art. 712-6 du CPP.

¹⁵⁷⁰ Art. 132-57 du CP.

¹⁵⁷¹ Circulaire du 10 novembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 relatives au prononcé des peines et aux aménagements de peines.

¹⁵⁷² Les modalités d'exécution des fins de peines d'emprisonnement sous surveillance électronique (décret n°2010-1278 du 27 octobre 2010) fait l'objet d'une circulaire distincte en 2011.

¹⁵⁷³ L.Griffon-Yarza, « La liberté sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ pénal*, 2015, p 80.

¹⁵⁷⁴ Décret n° 2010-1277 du 27 octobre 2010.

¹⁵⁷⁵ Art. 132-25 du CP.

¹⁵⁷⁶ Art. 132-26-1 du CP.

1. Une semi-liberté

- 348.** La semi-liberté ¹⁵⁷⁷ est un aménagement de peine modifié et contrôlé par le juge d'application des peines. Le condamné dont la peine de détention restant à subir est inférieure ou égale à un an et admis à la libération conditionnelle sous la condition d'avoir été soumis à titre probatoire, peut se voir appliquer le régime de semi-liberté. Après avis de la commission d'application des peines le juge d'application des peines admet ce régime en progression depuis 1994. Un quartier centre de semi-liberté accueille les détenus pour suivre leurs activités librement pendant des heures déterminées par le juge ¹⁵⁷⁸. Pour se faire, ils justifient soit d'une activité professionnelle, de stages de formation participation ou doivent suivre un traitement médical. En dehors de ces heures, ils retournent dans leur établissement pénitentiaire.
- 349.** La semi-liberté est décriée depuis l'avis du contrôleur général des lieux de privation de liberté ¹⁵⁷⁹ et tire la sonnette d'alarme contre une mesure défailante qui nécessite d'urgence d'être réformée. Cet instrument conçu initialement pour prévenir la récidive est « *une prise en charge individualisée illusoire* » ¹⁵⁸⁰. La défaillance de la semi-liberté est d'autant plus pointée du doigt suite aux faits divers dramatiques de Colombes, dont l'auteur présumé d'agressions sexuelles envers deux jeunes femmes était en semi-liberté ¹⁵⁸¹. Promiscuité des quartiers de semi-liberté, avec « *des cellules disciplinaires où sont placés les individus rentrant en état d'ébriété, ou ayant commis des infractions pendant leurs heures de sorties* » ¹⁵⁸². Ne pouvant plus bénéficier de soin que ce soit dans le cadre de l'établissement pénitentiaire ou à l'extérieur (centre de soin spécialisé saturé), étant donné qu'ils sont dans un régime à part. Parallèlement, il opte pour un assouplissement de la discipline (téléphone portable autorisé, absence de fouille intégrale). Cette mesure ne remplit pas l'objectif de réinsertion (travail, formation soin). La réduction d'une semi-liberté, condition préalable à la liberté conditionnelle, n'est pas possible lorsqu'il s'agit d'une mesure probatoire obligatoire ¹⁵⁸³, mais lorsqu'elle est facultative, la durée peut être réduite si le terme approche et si la semi-liberté est incompatible avec son emploi ¹⁵⁸⁴.
- 350.** Le comité d'orientation restreint pour la loi pénitentiaire préconisait dans son rapport remis en novembre 2007 la création d'un code de l'exécution des sanctions et des mesures pénales afin de mettre à part les différents régimes dans le but de simplifier les sanctions et les applications des aménagements de peine notamment des milieux ouverts. Le régime multiforme de la semi-liberté est un parfait exemple.

La semi-liberté est peu étudiée et a subi de nombreuses mutations de régime. Son application fait converger de multiples services : juridiction de jugement, application des peines, administration pénitentiaire. La principale problématique reste l'insuffisance des

¹⁵⁷⁷ Art. 132-25 du CP et 723-1 et D138 du CPP.

¹⁵⁷⁸ P. Poncela, C. Medici, « La semi-liberté, contours d'une sanction pénale multiforme et détournement par le quartier de semi-liberté de Versailles », *RSC* 2011, p153.

¹⁵⁷⁹ Avis du 26 sept. 2012 publié au J.O. le 23 octobre 2012 par J-M. Delarue, ancien contrôleur général des lieux de privation de liberté.

¹⁵⁸⁰ C. Fleuriot, « Semi-liberté : une prise en charge individualisée illusoire », *D.* 2012, p 2522.

¹⁵⁸¹ S. Boutboul, L'agresseur présumé de deux femmes, à Colombes, a un très lourd passé judiciaire, 13 août 2013, *Le figaro.fr*.

¹⁵⁸² C. Fleuriot, « *Semi-liberté ...* » *chron.préc.*, p 2522.

¹⁵⁸³ Art 730-2 du CPP.

¹⁵⁸⁴ CHAP Paris, 14 février 2013, n° 12/09650, *D.* 2013, p 1310.

places disponibles par rapport aux besoins et la difficulté des services à faire face à cet imbroglio¹⁵⁸⁵. La semi-liberté est confrontée à sa difficulté de mise en œuvre des obligations de soins décidées par le juge. Les centres médicaux psychiatriques sont saturés. Dans ces conditions les juges d'application des peines estiment quand même préférable pour les jeunes, même si le taux de récidive est important, le placement en semi-liberté qui reste un gage de réinsertion probable. L'insertion professionnelle est un des projets commun exercé durant la semi-liberté, (démarche active et volontaire). Le placement en semi-liberté permet le maintien de l'emploi ou une recherche active d'emploi.

Il existe deux catégories de semi-liberté. Celle appliquée au condamné à qui est évitée une incarcération s'il est condamné à une courte peine et celle qui consiste en « *une transition vers la liberté pour des condamnés à des longues ou moyennes peines* »¹⁵⁸⁶. Celui qui obtient la semi-liberté en sortant de prison et celui qui vient du milieu libre. Pour ce dernier contrairement à ce que l'on pourrait croire, le fait de purger une peine démobilise et démotive dans la recherche d'un emploi et dans la construction d'un projet professionnel dans le but de tenir cette même semi-liberté. La situation est alors tout autant délicate pour l'individu venant du milieu libre qui devra fournir une promesse d'embauche ou un contrat de travail¹⁵⁸⁷.

- 351.** La semi-liberté impose le respect d'obligation dont la violation déclenche le retour à l'incarcération normale. En effet la semi-liberté octroie le droit aux détenus de quitter le milieu carcéral suivant des horaires préalablement fixés et individualisés par le *jap*¹⁵⁸⁸ (en collaboration avec le SPIP) en fonction de ses besoins (emploi, recherche d'emploi, horaires de formation) mais qui nécessiteront la réintégration souvent chaque soir dans le quartier de semi-liberté. La qualité de l'hébergement diverge s'il s'agit d'un centre ou d'un quartier de semi-liberté. Dans le premier cas il s'agit d'une chambre avec une salle commune permettant la prise des repas en collectivité. Le quartier de semi-liberté dans les maisons d'arrêt constitue de simples cellules rendant difficile l'exercice d'activités qu'elle soit physique ou commune avec les autres. Le fort taux d'occupation rend les conditions d'hébergement difficile. D'où la nécessité d'octroyer le plus souvent possible les permissions de sortie les week-ends ou les jours fériés en plus des jours de la semaine. L'arrivée du placement sous surveillance électronique semble remédier au fort taux d'occupation dans le cadre d'un placement à l'extérieur.

La demande du détenu, pour obtenir un aménagement de peine sous le régime de la semi-liberté peut s'avérer long car elle dépend d'une enquête de personnalité. C'est ici que survient la cohérence car c'est à ce dernier stade que les détenus se mobilisent pour trouver un emploi quel qu'il soit, souvent dans la précipitation et sans cohérence avec sa personnalité, son projet ou ses aspirations. Rajoutant de la démotivation à la situation précaire. Dans ces conditions il n'est pas rare de voir le détenu abandonner son emploi en cours de réalisation. Sans oublier que la reprise du travail à la sortie de prison implique un

¹⁵⁸⁵ Etude concernant la semi-liberté appliquée par le service pénitentiaire d'insertion et de probation des Yvelines en 2010, *Ibid*, p 158.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, p 154.

¹⁵⁸⁷ Il est de plus en plus constaté l'existence d'un trafic de faux documents provenant de sociétés fictives créées dans le but de fournir de fausses promesses d'embauche de faux contrats de travail considéré comme le sésame pour obtenir la semi-liberté. Le personnel du SPIP se heurte ainsi à un manque de moyens pour vérifier l'authenticité des preuves fournies.

¹⁵⁸⁸ Art 132-26 du CPP et D.118 et s. du CPP

changement de vie dont le rythme peut-être difficilement supportable pour le détenu qui n'est plus habitué au rythme de vie et aux horaires.

352. L'agent de probation détient, à ce stade, un rôle crucial car c'est lui qui aide le détenu à trouver un travail par l'obtention dans un premier temps d'une promesse d'embauche afin qu'il tienne les engagements de la semi-liberté. Il est crucial que la recherche d'emploi soit un projet construit et mûrement réfléchi afin que le dispositif d'accompagnement soit efficace. Dans tous les cas le SPIP s'emploie à fournir un encadrement notamment par des coaches et des conseillers permettant au condamné de se réinsérer par le biais d'un projet professionnel construit et pérenne. Il est constaté l'intervention de Pôle emploi, de missions locales pour les jeunes, et d'associations comme le CIFA¹⁵⁸⁹, le STJ¹⁵⁹⁰, FAIR¹⁵⁹¹ qui sont indispensables à la réinsertion du détenu qui dans la moitié des cas se réinsère et ne récidive pas. Le point faible de cette structure et l'absence de règlement des problèmes additifs et de soins ce qui crée un barrage à l'exercice pérenne d'un emploi et donc de la réinsertion. Il est aussi regrettable que la fonction publique conditionne l'obtention d'un emploi à l'existence d'un casier judiciaire vierge réduisant ainsi l'accès à une partie de l'emploi. « *Mais si le secteur privé semble plus accueillant, c'est souvent au prix d'un silence sur la situation pénale des semis libres. D'où l'on voit l'ampleur de la tâche concernant le développement du sens des responsabilités, lequel concerne la société dans son ensemble pour une bonne compréhension de ce que sont les sanctions pénales de milieu ouvert* »¹⁵⁹².

353. Les conditions de placement en semi-liberté sont à peu près équivalents aux autres mesures d'aménagement de peine, placement à l'extérieur, placement sous surveillance électronique, suivis sociaux judiciaires, surveillance de sûreté ou mise à l'épreuve. En revanche la semi-liberté dispose spécifiquement du critère de la recherche d'emploi ce qui la distingue des autres en ce qu'elle constitue un instrument de prévention de la récidive car elle exige « *l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant d'une application directe dans un projet d'insertion et de prévention de la récidive* »¹⁵⁹³. La semi-liberté est l'instrument privilégié pour répondre à une problématique de recherche d'emploi et de formation professionnelle contrairement à d'autres instruments comme le suivi sociaux judiciaires imposant une injonction de soins dans le but de venir à bout aux addictions, ou encore le bracelet électronique qui permettra la continuité des relations familiales.

La réforme pénitentiaire de 1945 expérimente le régime de la semi-liberté dans le cadre d'un régime progressif pour le consacrer en 1958. Il devient le mode normal d'exécution

¹⁵⁸⁹ Association de Communications, Insertion, Formation, Apprentissage (CIFA) créé en 1991 et qui organise la réinsertion des détenus par des stages en entreprise notamment pour ceux qui n'ont aucune qualification. Son action s'étend aux bénéficiaires du revenu minimum permettant ainsi de brouiller les cartes sur le passé judiciaire ou non du stagiaire. Un peu moins de la moitié sont embauchés à l'issue du stage.

¹⁵⁹⁰ Association solidarité et jalons pour le travail spécialement prévu pour intervenir en semi-liberté et dans à la recherche d'emploi ainsi qu'à son suivi.

¹⁵⁹¹ Association pour la formation et l'aide à la réinsertion concernant les plus démunis, sans repères présentant des addictions sévères à l'alcool et à la drogue et s'intéresse à la résolution des problèmes qui freinent la réinsertion professionnelle (absence de logements, pas d'expérience professionnelle ni de projets. Elle obtient de bons résultats concernant la recherche de domicile et l'absence de récidive dans un peu plus de la moitié des cas. *Ibid*, p 164.

¹⁵⁹² *Ibid*, p 164.

¹⁵⁹³ 132-25 CPP

dès lors que le reliquat de la peine est inférieur ou égal à un an en 1972 passant à 2 ans pour les détenus ordinaires et à un an pour les récidivistes¹⁵⁹⁴ .

Elle n'est pas applicable dans le cas d'une semi-liberté probatoire à la libération conditionnelle¹⁵⁹⁵. A partir de 1970¹⁵⁹⁶ les lois ajoutent des motifs pour l'octroi de la semi-liberté conditionnée à l'existence d'une activité professionnelle, d'un enseignement ou formation ainsi qu'à la soumission d'un traitement médical, puis en 1985 c'est l'octroi d'un stage ou d'un emploi temporaire. Les modifications de régime se superposent et s'annulent par alternance, qu'elle concerne les modifications d'octroi de la liberté conditionnelle ou le quantum minimum de peines d'emprisonnement requis. Il existe quatre catégories de semi-liberté. La juridiction de jugement qui condamne à une peine d'emprisonnement égale ou inférieure à 2 ans pour les récidivistes peut décider d'une semi-liberté. Elle peut aussi être décidée par le juge d'application des peines qui statue dans le cadre d'une procédure simplifiée (modifié par la loi du 24 novembre 2009 article 723-15 du CPP). La semi-liberté peut aussi être une mesure d'aménagement immédiat dès la mise à l'exécution de la peine¹⁵⁹⁷, c'est-à-dire qu'en cas de mandat de dépôt ou d'arrêt elle est appliquée avant même que la peine soit exécutoire¹⁵⁹⁸. Le dernier cas concerne la semi-liberté, commune mesure d'aménagement de fin de peine pour les condamnés à cinq ans d'emprisonnement (cumulés ou non) dès lors que le reliquat restant à exécuter est égal ou inférieur à 2 ans pour les récidivistes¹⁵⁹⁹. En ce qui concerne l'autre forme de semi-liberté probatoire liée à une libération conditionnelle elle est obligatoire pour les condamnés dont la peine de sûreté est supérieure à 15 ans et dont le reliquat de la peine varie de un jusqu'à trois ans¹⁶⁰⁰. Dans tous les cas, la semi-liberté requiert l'adhésion du condamné au même titre que les autres aménagements de peine, placement à l'extérieur, travail d'intérêt général ou placement sous surveillance électronique.

Le mouvement de diversification touche dans ce cas particulièrement l'augmentation des obligations qui accompagnent la semi-liberté. La complexité de cet aménagement de peine a nécessité la création d'un bureau d'exécution des peines afin que dès l'audience le condamné se voit expliquer le sens de la peine, les aménagements possibles lorsque c'est le cas mais aussi une comparution devant le juge d'application des peines entre 10 et 30 jours et dans un délai de 45 jours maximum devant le SPIP (article 474 du CPP).

2. Un placement à l'extérieur

- 354.** Le placement à l'extérieur¹⁶⁰¹ est une mesure ancienne de la moitié du XIXe siècle relancée et en augmentation constante depuis 1986 permettant aux détenus de travailler en dehors des établissements pénitentiaires (formation professionnelle, traitement médical). Après un avis de la commission d'application des peines, le JAP place à l'extérieur le détenu sélectionné en maison d'arrêt. Cette mesure s'opère dans le cadre d'un partenariat, dont le prix moyen de la journée est financé et négocié entre les partenaires et l'administration pénitentiaire. Le reliquat de la peine à subir n'excède pas trois ans pour

¹⁵⁹⁴ Art 132-25 CP.

¹⁵⁹⁵ Décret du 12 septembre 1972.

¹⁵⁹⁶ Loi du 17 juillet 1970.

¹⁵⁹⁷ Art. 703 al. 3 du CPP.

¹⁵⁹⁸ Elle concerne les personnes venant d'être incarcérées, Art. 723-19 du CPP.

¹⁵⁹⁹ Art. 723 19 du CPP.

¹⁶⁰⁰ Art. 720-5 du CPP.

¹⁶⁰¹ Art. 132-25 du CP et art. 723 et D. 118 du CPP.

remplir les conditions d'admission à la libération conditionnelle. Ils font l'objet d'une surveillance constante par l'administration pénitentiaire notamment pour les activités de travail. Les détenus soumis à la libération conditionnelle sous condition d'avoir été admis à titre probatoire au régime du placement extérieure, ne sont pas surveillés lorsque leur peine restante est inférieure à un an. Le placement à l'extérieur¹⁶⁰² astreint le condamné à exercer une activité hors l'établissement pénitentiaire mais toujours sous le contrôle de l'administration. La nature de cette activité est élargie afin de justifier un plus grand nombre de placements à l'extérieur. Elle peut être professionnelle mais aussi, consister en un enseignement, une formation ainsi que la participation essentielle à la vie de famille ou la nécessité de suivre un traitement médical.

Dans un souci d'allègement de la charge de travail du JAP, ce dernier peut autoriser¹⁶⁰³ l'administration pénitentiaire¹⁶⁰⁴ à modifier les horaires d'entrée et de sortie des mesures d'aménagement de peine qu'il a ordonnées¹⁶⁰⁵. Les modifications doivent être favorables au condamné sans toucher à l'équilibre de la mesure. Le JAP garde cependant le contrôle, par l'obligation d'être informé de la modification qu'il peut annuler par ordonnance, non susceptible de recours

3. *Un placement sous surveillance électronique*

355. Le placement sous surveillance électronique¹⁶⁰⁶ statique (PSE) ou mobile (PSEM)¹⁶⁰⁷ est un dispositif technique qui intervient au plus tard, dans les cinq jours qui suivent la décision, sous réserve de la disponibilité du dispositif¹⁶⁰⁸. Le placement sous surveillance électronique mobile est la mise en place à la cheville d'un bracelet, telle qu'existait autrefois la chaîne autour du pied du bagnard. En fonction de la nature du placement il est intégré ou non un GPS. La majorité ne sont pas équipés, car la surveillance et la gestion des incidents requièrent du personnel et des moyens. Il concerne les délinquants sexuels sortis de prison après de longues peines. Ils ne sont donc pas uniquement soumis à résidence. Cet aspect moyenâgeux sous l'angle de la modernité atteint dans le corps la personne qui en est bénéficiaire. Tel un oiseau bagué, il ne peut s'en défaire. Vit avec comme un boulet au pied. Les horaires permettent une réinsertion relative. Il est impossible d'exercer son travail mais pas d'avoir une vie sociale spontanée. Les incidents ont alors des répercussions sur la bonne exécution de la peine.

La loi du 19 décembre 1997 instaure le placement sous surveillance électronique comme une modalité d'aménagement des peines. Les modalités de sa mise en œuvre sont précisées dans le décret d'application du 3 avril 2002, il peut s'appliquer à la détention provisoire. La loi du 9 septembre 2002 élargit le PSE au contrôle judiciaire¹⁶⁰⁹. La loi du 12 décembre 2005 le prévoit dans le cadre d'une surveillance judiciaire des condamnés à

¹⁶⁰² Art 723 du CPP.

¹⁶⁰³ Art. 712-8 et D. 49-35 du CPP.

¹⁶⁰⁴ Il s'agit du chef d'établissement ou du directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) ou, s'agissant des mineurs, le directeur interrégional de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ).

¹⁶⁰⁵ Mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou déplacement sous surveillance électronique ou pour l'exécution de permissions de sortir.

¹⁶⁰⁶ Art. 132-26-1 du CP. et art. 723-7 R. 57-10 du CPP.

¹⁶⁰⁷ Art. 131-36-9 du CP et 763-10 et R. 61-9, D. 539 du CPP.

¹⁶⁰⁸ R.57-19 du CPP.

¹⁶⁰⁹ Décret d'application du 17 mars 2004.

la sortie de prison. Mais ce n'est qu'en 2007 que la surveillance électronique devient mobile.

- 356.** L'exécution de la peine en dehors de l'établissement pénitentiaire reste sous le contrôle du juge d'application des peines et des services de l'administration pénitentiaire puisque le condamné garde son numéro d'écrou. La violation des applications équivaut à une évasion de l'établissement pénitentiaire. Ces déplacements sont contrôlés et vérifiés à partir d'un lieu et de périodes d'assignation fixées préalablement par le juge d'application des peines. Ainsi, il peut exercer une activité professionnelle, suivre une formation, poursuivre son rôle familial ou alors suivre des soins. Cette méthode a pour principal objectif la lutte contre la récidive en permettant la réinsertion du condamné dans la société et surtout par l'extraction du milieu carcéral. Le lien social est maintenu ainsi que les relations familiales et autres. Ainsi, il conserve ses rôles civiques et peut bénéficier de ses droits sociaux qui peuvent être supprimés en cas d'incarcération sous deux mois¹⁶¹⁰. Ce dispositif est donc créé pour garantir la meilleure chance de réinsertion. Il est aussi un moyen de réduction des coûts et de la surpopulation carcérale. Lorsqu'il est appliqué durant la période de détention provisoire il est aussi une meilleure garantie du respect de la présomption d'innocence. Le placement sous surveillance électronique n'est pas incompatible avec les autres aménagements de peine telle que le placement à l'extérieur s'il est inférieur à cinq ans, la semi-liberté ou la libération conditionnelle. Il est aussi une alternative à la peine d'emprisonnement avec sursis assortie d'une mise à l'épreuve. La durée du placement sous surveillance électronique ne peut excéder un an, mais la durée varie en fonction des circonstances. Depuis la loi de 2004 le juge du tribunal correctionnel ou de la cour d'assises peut décider du placement sous surveillance électronique. Cette décision n'est plus exclusive du juge d'application des peines. Dans ce dernier cas la décision est prise dans un débat contradictoire durant lequel le procureur évoque ses réquisitions en présence de l'avocat du condamné qui peut exposer ses observations. La décision est susceptible d'appel et de pourvoi en cassation. Lorsqu'il s'agit d'une fin de peine le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation ou le juge d'application des peines sont compétents pour prendre cette décision.
- 357.** Le dispositif technique consiste à mettre en place un bracelet transmetteur fixé généralement à la cheville et doté d'un signal réceptionné par un boîtier installé au domicile du condamné. Dans l'établissement pénitentiaire un centre de contrôle vérifie l'existence ou l'absence d'incidents liés aux déplacements. Si le condamné ne respecte pas le périmètre couvert par le signal pendant les heures d'assignation alors une alarme se déclenche au centre de contrôle. Le procureur de la république et le juge d'application des peines sont dans ce cas informés. C'est un surveillant de l'administration pénitentiaire qui se déplace au domicile du condamné pour installer le récepteur une fois le bracelet fixé à la cheville dans l'enceinte de l'établissement. En cas d'incident, un travailleur social du SPIP, est compétent pour prendre contact et connaître les raisons du déclenchement de l'alarme. C'est au juge d'application des peines qu'il convient de décider de la suite à donner à cet incident (retrait, poursuite pour évasion, rappel à la loi et poursuite de la surveillance). Les chiffres concernant les incidents révèlent le scepticisme qui peut peser sur cet instrument perçu ces dernières années comme la solution de lutte contre la récidive et la surpopulation carcérale. Or, un peu plus de 60 % des cas, les incidents concernent le non-respect des obligations et la récidive est relevée dans près de 20 % des cas. Même si la mesure est rarement retirée, dans la moitié des cas des incidents ont été répertoriés. Le

¹⁶¹⁰ A. Auret, P. Bessoles, *Interface cliniques et juridiques...op.cit*, p 40.

dispositif ne suffit pas à lui seul à lutter contre la récidive est œuvrer pour une réinsertion effective. L'accompagnement par le travail social, la surveillance par un médecin coordinateur ou un psychiatre est essentiel pour prolonger les efforts de réinsertion. Les conditions d'obtention du placement sous surveillance électronique dépendent de plusieurs justifications apportées après enquête du SPIP telles que un domicile fixe, un emploi, (bulletin de salaire, horaires de travail formation) l'obligation de soins, la situation familiale, la réparation l'indemnisation des victimes, mais aussi la capacité d'être autonome (utilisation des transports en commun véhicule). La prise en compte de l'évaluation et notamment du milieu social favorise le choix du placement. Dans près de la majorité des cas c'est l'existence d'une activité professionnelle qui joue en sa faveur.

358. Le placement sous surveillance électronique mobile est quant à lui non pas un aménagement de peine mais il survient en plus d'une exécution privative de liberté. Cette mesure s'ajoute à la peine d'emprisonnement pour les condamnés les plus dangereux depuis la loi du 12 décembre 2005. C'est une expertise médicale sur la dangerosité qui influence la décision de ce placement. Il concerne les condamnés les plus dangereux ayant exécuté leur peine pour des crimes d'une particulière gravité (peine supérieure ou égale à sept ans et dont le risque de récidive est important) ce placement permet aussi le suivi socio judiciaire. Dans ce cas-là le dispositif est muni d'un système GPS permettant de contrôler les déplacements de l'individu et de déclencher l'alarme lorsque celui-ci fréquentera des lieux interdits tels que des zones regroupant des enfants, école, parc. Six mois avant la levée du dispositif une autre expertise médicale est nécessaire pour décider de la poursuite ou non. La durée est de deux ans renouvelables une fois en matière de délit est deux fois en matière de crime. Ce dispositif traduit parfaitement le retour à la sévérité car cette nouvelle peine qui s'ajoute à la précédente échappe au principe de non rétroactivité des peines plus sévères car elle s'appliquera pour les peines avant l'entrée en vigueur de la loi de 2005. Il violerait ainsi l'art 7 (principe de non rétroactivité puisqu'il s'applique dans le cadre d'une liberté conditionnelle pour des faits antérieurs à la loi du 12 décembre 2005) et l'article 8 de la CEDH (vie privée) ce que le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat n'ont pas retenus¹⁶¹¹. De plus aucune nouvelle déclaration de culpabilité n'est prononcée pour justifier cette nouvelle fonction à l'inverse du PSE qui fait l'objet d'un débat contradictoire devant le juge d'application des peines en présence de l'avocat et du procureur.

Dans les deux cas le placement sous surveillance électronique qu'elle soit mobile ou non exige un encadrement social important afin de garantir le succès du dispositif, c'est-à-dire la réinsertion du condamné et empêcher la récidive.

b. Une liberté conditionnelle

359. La liberté conditionnelle¹⁶¹² prévue à l'article 729 -5 est de la compétence du JAP pour statuer sur une demande lorsque la peine prononcée est inférieure ou égale à 10 ans dont la peine restant à subir est inférieure ou égale à 3 ans pour une peine entre sept et 10 ans. Dans les autres cas si le quantum est supérieur respectivement à 10 ans ou trois ans c'est le tribunal d'application des peines qui est compétent. Le temps d'épreuve nécessaire à

¹⁶¹¹ M.Herzog-Evans, « PSEM : après le conseil constitutionnel, la validation par le Conseil d'Etat », *AJ pénal* 2008p 131.

¹⁶¹² M. Herzog-Evans, *Le droit de l'exécution des peines...op.cit.*, n°442. 81 et s.

l'octroi d'une demande de libération conditionnelle est plus long concernant les récidivistes. Ils doivent accomplir une durée de détention « *au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir* »¹⁶¹³. L'intervention du juge en matière de libération conditionnelle et de milieu ouvert n'est consacrée qu'en 1952¹⁶¹⁴. Le code de procédure pénale de 1958 a créé le juge d'application des peines, magistrat du siège du TGI. Ces compétences n'ont cessé de s'étendre¹⁶¹⁵. Il est chargé du suivi et du contrôle de l'exécution des peines prononcées par la juridiction de jugement. Son pouvoir est important car il intervient pour déterminer les modalités d'exécution de la peine pour chaque condamné et peut attribuer des peines alternatives à l'emprisonnement.

Les conditions d'octroi de la libération conditionnelle¹⁶¹⁶ consistent pour le condamné à présenter des efforts sérieux de réadaptation sociale en vue d'une insertion sociale : activité professionnelle, stage ou emploi temporaire, suivi assidu à un enseignement ou une formation professionnelle, une participation essentielle à la vie de sa famille, la nécessité de suivre un traitement ou de fournir des efforts en vue de l'indemnisation des victimes. La loi assouplit ces conditions, qui en pratique élargissent les possibilités d'octroi d'une libération conditionnelle par « *l'implication dans tout autre projet sérieux d'insertion ou de réinsertion* »¹⁶¹⁷ dont la réalité d'implication sera laissée à l'appréciation du JAP, tel que l'investissement dans une association, la réalisation d'un bilan de compétences, ou la création d'entreprise.

Le JAP ou le TAP peut subordonner la libération conditionnelle du condamné à l'exécution, à titre probatoire à une mesure de semi-liberté, un placement à l'extérieur ou un placement sous surveillance électronique, pour une durée n'excédant pas un an¹⁶¹⁸. La date de fin de libération conditionnelle est fixée dans la décision ce qui fige la situation pénale du condamné à la date du jugement.

Dans le même jugement de libération conditionnelle est subordonnée à une mesure probatoire avec une date de prise d'effet. Il définit les modalités des deux mesures d'aménagement de peine. En cas de non-respect des obligations ou de changement dans la situation du condamné un débat contradictoire doit être organisé pour retirer le bénéfice de la libération conditionnelle ou rendre une ordonnance modificative.

Le condamné peut bénéficier depuis la loi pénitentiaire d'une « *mesure probatoire à la libération conditionnelle un an avant la fin du temps d'épreuve prévu à l'article 729 du code de procédure pénale, soit un an avant la date de la mi-peine ou des deux tiers de peine. Il résulte de l'article 729, aux termes duquel la libération conditionnelle peut être accordée lorsque la durée de la peine accomplie par le condamné est au moins égale à la durée de la peine restant à subir, que la recevabilité s'apprécie au jour de*

¹⁶¹³ Art 729 al. 2 du CPP.

¹⁶¹⁴ Décret du 1^{er} avril 1952, L'administration pénitentiaire charge en 1945 un magistrat pour contrôler l'exécution des peines dans les maisons centrales ou le régime progressif est appliqué, et l'intervention du JAP en matière de liberté conditionnelle n'est consacrée qu'en 1952.

¹⁶¹⁵ Notamment les lois n° 70-643 du 17 juillet 1970, n° 72-1226 du 29 décembre 1972 et n° 75-624 du 11 juillet 1975.

¹⁶¹⁶ Art. 729 du CPP.

¹⁶¹⁷ Circulaire du 10 novembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 relatives au prononcé des peines et aux aménagements de peines.

¹⁶¹⁸ Art. 723-1 et 723-7 du CPP et D. 542 du CPP.

l'audience »¹⁶¹⁹. Cette réforme est une innovation importante qui montre l'assouplissement accompli dans l'aménagement des peines.

L'exigence d'une période probatoire en aménagement de peine sous écrou avant toute libération conditionnelle est maintenue pour les condamnés à une peine privative de liberté assortie d'une période de sûreté d'une durée supérieure à quinze ans¹⁶²⁰. Cependant, parmi les mesures probatoires, au même titre que la semi-liberté, le placement sous surveillance électronique est ajouté à la liste pour favoriser la réinsertion progressive des condamnés.

Le reliquat de peine doit être inférieur à trois ans pour que la mesure de semi-liberté ou de PSE d'une durée d'un à trois ans s'applique à titre de mesure probatoire¹⁶²¹.

L'aménagement des peines est restreint pour les récidivistes. Lorsque le condamné purge plusieurs peines, l'état de récidive légale caractéristique d'une ou de plusieurs d'entre elles, ne contamine pas les autres¹⁶²². « *En présence de plusieurs peines, dont l'une est prononcée pour une infraction commise en État de récidive, l'État de récidive ne persiste, au regard de l'exécution des peines, que tant qu'est purgé la peine en cause* »¹⁶²³. Ce sont là où les peines en État de récidive qui sont purgées en premier. Durant cette période, les règles de l'aménagement des peines pour récidivistes s'appliquent. Puis, le régime classique d'aménagement des peines pourra s'appliquer aux peines simples. La liberté conditionnelle d'un condamné à la réclusion criminelle à perpétuité est d'abord soumise à une période probatoire de 3 ans sous semi-liberté ou sous surveillance électronique avant de bénéficier d'une liberté conditionnelle de droit commun¹⁶²⁴ (s'opposant à la liberté conditionnelle expulsion¹⁶²⁵)

Contrairement à ce qui est admis pour la réduction de peine spécifique à la récidive où il suffit qu'une des peines en cours d'exécution ou déjà exécuté ait été prononcée en état de récidive légale, la libération conditionnelle revient sur le principe d'absorption des peines de plein droit d'une peine correctionnelle par une peine criminelle pour déterminer le temps d'épreuve et ainsi conclure aux deux tiers de la peine exécutée pour obtenir une libération conditionnelle¹⁶²⁶. C'est sans compter, sur une décision du 1^{er} février 2012, qui revient sur la prise en compte de l'état de récidive contaminant l'ensemble des peines. En effet, « *La détermination du temps d'épreuve prévu en matière de libération conditionnelle, ne doit pas tenir compte de l'état de récidive dès lors que la peine prononcée pour des faits commis en récidive a été exécuté* »¹⁶²⁷.

L'application de l'article D. 150-1 et -2 du code de procédure pénale : « *un condamné n'est en état de récidive légale que temps que dure la peine pour laquelle il était en état*

¹⁶¹⁹ Circulaire du 10 novembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 relatives au prononcé des peines et aux aménagements de peines.

¹⁶²⁰ 720-5 du CPP.

¹⁶²¹ Cette disposition d'une durée de 3 ans est incompatible avec une libération conditionnelle subordonnée à la condition d'une mesure d'interdiction du territoire français de reconduite à la frontière ou d'expulsion (D.541 du CPP).

¹⁶²² Art D.48-2 du CPP issu du Décret n° 2010-12 76 du 27 octobre 2010.

¹⁶²³ M.Herzog-Evans, « Libération conditionnelle, libération conditionnelle parentale, État de récidive et charge de travail des SPIP », *AJ pénal* 2011, p 42.

¹⁶²⁴ Art 730-2 du CPP issu de la loi du 10 août 2011.

¹⁶²⁵ Crim. 4 avr. 2013, n° 13-80 .447, *AJ pénal* 2013, p 291, obs. M.Herzog-Evans.

¹⁶²⁶ Crim. 30 sept. 1997, n°96-83.379, bull crim n° 315, RSC 1998, p 319, obs. B.Bouloc.

¹⁶²⁷ Crim 1^{er} fév.2012, n°11-84.180, D.2012, p 1532, obs. J. Griffon.

de récidive. » Le pouvoir réglementaire est venu inverser ce principe afin d'alléger les règles restrictives applicables au récidiviste. Le condamné se voit appliquer un régime juridique plus favorable. Le condamné écroué devant exécuter plusieurs peines exécute en premier celle liée à la récidive. Il ne peut obtenir un délai d'épreuve qu'après avoir purgé les deux tiers de sa peine. C'est-à-dire au moins égale au double de la peine restante¹⁶²⁸. Cependant, l'arrêt de la Cour de Cassation du 15 mai 2013 précise que ce délai d'épreuve de la libération conditionnelle se calcule à partir de l'ensemble des thèmes à subir. « *L'ensemble des dix peines devant être considérée comme une peine unique pour l'application des dispositions relatives à la libération conditionnelle* »¹⁶²⁹.

Il est donc considéré qu'une combinaison des articles 729 al. 3 et D. 150-2 du CPP sont plus favorables au condamné en état de récidive puisque que pour demander la libération conditionnelle la condition n'est pas d'avoir exécuté totalement la peine en relation avec la récidive. Cette durée se calcule sur les deux tiers de l'ensemble des peines restant à exécuter¹⁶³⁰.

c. Une liberté sous contrainte

360. La loi sur la contrainte pénale fut débattue dans le calme devant le Parlement, ce qui rompt avec l'habitude de l'urgence¹⁶³¹. L'intention est de faire évoluer les mentalités des irréductibles partisans du tout carcéral. La procédure accélérée étant ainsi exclue. L'organisation européenne pour la probation, s'est pour la première fois réunie en Congrès à Londres afin de conquérir l'opinion publique. En 2014 a été mis en place la commission de refonte du droit des peines¹⁶³² devant aboutir en 2016 à la création d'un code d'exécution des peines pour simplifier l'architecture des peines. Cette commission s'ajoute au comité national de l'exécution des peines qui d'une manière plus générale a pour mission de réfléchir sur la place de la sanction en France ainsi que « *l'architecture des prisons et la psychologie de l'enferment, des politiques de santé* »¹⁶³³. Le projet de réforme était présenté comme un ensemble de mesures destinées à prévenir la récidive et renforcer l'individualisation des peines suite à la conférence de consensus de février 2013¹⁶³⁴. Les peines planchers sont supprimées concernant les récidivistes et autres délits de violence. « *Le caractère automatique de la révocation des sursis en cas de nouvelle condamnation est supprimé* »¹⁶³⁵. Le projet de loi du 9 octobre 2013 revient sur la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 qui prévoyait un aménagement de peine pour celle non plus de 2 ans mais d'un an de prison ferme. Avant la mise en exécution le JAP peut désormais aménager plus de peines ce qui désengorge les tribunaux et les prisons. La contrainte pénale est une nouvelle peine en milieu ouvert, elle ne se substitue pas à la prison. Une évaluation régulière de la personne sous contrainte pénale sera effectuée pour permettre une adaptation de la mesure. Si violation ou récidive, elle peut être condamnée à l'emprisonnement « *pour une durée égale à la moitié de la durée de la contrainte*

¹⁶²⁸ Art. 729 du CPP.

¹⁶²⁹ Crim 15 mai 2013, n°13-82.623, obs M.Herzog-Evans, « Exécution des peines : l'état de récidive dure autant que la peine à laquelle il est rattaché », D.2013, p 552.

¹⁶³⁰ Crim 2 oct 1987 n°87-81.705.

¹⁶³¹ E.Allain, , « La grande réforme à l'épreuve du réalisme pénal », D.2013, p 503

¹⁶³² Présidé par B. Cotte, D.2014, p 827

¹⁶³³ M.Babonneau, D. 23 janvier 2014

¹⁶³⁴ M. Herzog-Evans « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », D2013 p 720.

¹⁶³⁵ Prévention de la récidive et individualisation des peines : présentation de la réforme, D 2013 p 2339

pénale »¹⁶³⁶ La contrainte pénale est voulue comme une peine plus rigoureuse et efficace contre la récidive car plus contraignante que les mesures existantes modulables.

L'article 720 du CPP intègre depuis la loi du 15 août 2014 une libération sous contrainte (LSC)¹⁶³⁷. Elle prend la forme d'une semi-liberté, d'un placement extérieur, d'un placement sous surveillance électronique ou d'une libération conditionnelle. C'est une procédure hybride qui permet de libérer avant le terme une grande partie des détenus. Les conditions de recevabilité sont larges et s'ajoutent aux autres modes d'aménagement de peines et de liberté conditionnelle. Ceci soulève la question de son devenir en ce qu'elle s'oppose dans sa philosophie à la contrainte pénale autre mesure phare de la loi de 2014. En effet, la contrainte pénale a pour objectif d'être une autre peine à côté de l'emprisonnement afin de garantir un suivi et la réinsertion du détenu qui présente un projet. La liberté conditionnelle est une procédure automatique qui n'est pas à l'initiative du détenu mais à celle due la Chambre d'application des peines. Dès lors qu'un détenu a exécuté les deux tiers de sa peine et que le reliquat est égal à 5 ans au plus, il peut être libéré sous contrainte. Alors que la liberté conditionnelle peut être demandée à mi-peine. Le nombre de détenus éligibles à la libération sous contrainte (LSC) est plus important que sous le PSAP et la Surveillance Electronique de Fin de Peine (SEFIP) qui ont été abrogés par la loi car « *ce seuil de cinq ans concerne 97% des condamnés* »¹⁶³⁸. Les récidivistes sont concernés par cet aménagement car le calcul des deux tiers de la peine prend en compte le cumul des peines. Elle concerne aussi les plus petites peines soit une libération au bout de 15 jours pour une peine d'un mois. La procédure de LSC est distincte voire concurrente de la libération conditionnelle. Elles peuvent s'exercer en parallèle et la LSC peut se poursuivre même en cas de refus d'un aménagement de peine. Ce qui étonne c'est qu'elle n'exige pas le consentement du condamné, ni de présenter un projet d'insertion, ni d'expertise psychiatrique. La LSC n'est qu'une « *simple mesure d'exécution de fin de peine, qui fait de la LSC un outil de gestion des flux aux antipodes de la contrainte pénale, pourtant créée par la même loi* »¹⁶³⁹. Après avis de la chambre d'application des peines, c'est le JAP qui décide ou non de la LSC par une ordonnance motivée au regard de l'article 707 du CPP. Sans débat contradictoire, le JAP peut l'ordonner sous des critères inexistant, créant un aléa, qui rompt avec le principe de la procédure équitable. La LSC est un seuil de plus dans l'aménagement des peines permettant une libération massive de détenus qui n'auront aucun suivi ni projet de réinsertion dans le temps. Ils ne seront pas contrôlés par les SPIP. Cette mesure remet en cause le principe d'individualisation de la peine et surtout le sens donné à la peine. La LSC est industrialisée par son caractère obligatoire et une procédure vidée de son contenu. Le juge est forcé de libérer.

d. Des peines suspendues et fractionnées

361. Les peines privatives de liberté peuvent être suspendues ou fractionnées¹⁶⁴⁰. La juridiction de jugement et dorénavant le JAP peuvent *ab initio* suspendre¹⁶⁴¹ ou

¹⁶³⁶ Ibid., p 2339

¹⁶³⁷ Art 39 de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

¹⁶³⁸ L.Griffon-Yarza, « La liberté sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ pénal*, 2015, p 80.

¹⁶³⁹ Ibid.

¹⁶⁴⁰ Art. 720-1 du CPP.

¹⁶⁴¹ La suspension de peine pour raison médicale est allégée pour statuer rapidement, en cas d'urgence ou pour raison médicale grave (pronostic vital engagé ou décès imminent du condamné) n'impose plus deux

fractionner l'exécution d'une peine d'emprisonnement correctionnel dont le reliquat est inférieur ou égal à deux ans, contre un an avant¹⁶⁴². Il peut supprimer la condition de gravité du motif d'ordre médical, familial, professionnel ou social. Le législateur n'a pas souhaité exclure les condamnés en état de récidive légale qui bénéficie du régime général dans le relèvement du seuil à deux ans en matière de suspension et de fractionnement, des peines privatives de libertés. Le fractionnement et la suspension de peine de droit commun sont des mesures suivies et contrôlées par l'application des peines (art. 720-1 du CPP). Il en est de même pour les suspensions de peine pour raison médicale (art. 720-1-1 et D. 147-1. Du CPP).

e. Les mesures de réduction de peines

362. Le crédit de réductions de peines (CRP) est sous le contrôle du ministère public de la mise à l'échec de la peine¹⁶⁴³. Il a été créé par la loi du 9 mars 2004 pour offrir au détenu une visibilité de la fin de sa peine en connaissant la date de sa sortie. Or, la pratique est non uniforme et le mode de calcul est complexe remettant en cause l'esprit pédagogique du CRP¹⁶⁴⁴. C'est le mauvais comportement du condamné qui contribue la saisine du juge d'application des peines par le chef d'établissement ou le procureur en vue de retirer ce crédit de réductions de peines. L'avis de la Commission de l'application des peines est requis. Une mesure de surveillance judiciaire des personnes dangereuses ou de réductions de peines conditionnelles peut être substituée¹⁶⁴⁵. Après avis de la commission de l'application des peines le JAP peut se prononcer sur la réduction supplémentaire de peine¹⁶⁴⁶. Il est aussi compétent pour ordonner la réduction de peines conditionnelles notamment après un débat contradictoire. Il assurera le contrôle le suivi et pourra modifier les obligations¹⁶⁴⁷. Le juge d'application des peines est aussi compétent après avis de la commission d'application des peines sur les demandes de réductions de temps d'épreuve pour obtenir la libération conditionnelle concernant les peines perpétuelles¹⁶⁴⁸. La permission de sortie¹⁶⁴⁹ (avec avis de la commission d'application des peines), l'autorisation de sortie sous escorte¹⁶⁵⁰ requiert l'examen par le juge d'application des peines.

Les mesures de réduction de peine du condamné à une peine privative de liberté peuvent entraîner la libération immédiate, une permission de sortir, un placement à l'extérieur, la semi-liberté, le fractionnement et la suspension des peines, ou encore le placement sous surveillance électronique fixe, la libération conditionnelle et de relèvement de la période de sûreté. Ces aménagements ne peuvent être accordés sans expertise psychiatrique préalable pour les personnes condamnées pour des infractions graves qui encourrent le suivi socio-judiciaire telles que le meurtre, les actes de torture et de barbarie, viol et

expertises médicales distinctes et concordantes, mais seulement un certificat médical du médecin responsable de la structure sanitaire (UCSA, UHSI, médecin hospitalier) prenant en charge le détenu. Art. 720-1-1 du CPP

¹⁶⁴² Art. 132-27 du CPP.

¹⁶⁴³ Art 721 du CPP.

¹⁶⁴⁴ F. Poinsignon, « Retrait de crédit de réduction de peine par le JAP : mode(s) d'emploi ? », *AJ pénal* 2013, p28.

¹⁶⁴⁵ Art.723-29 et 721-2 du CPP.

¹⁶⁴⁶ Art. 721-1 et D. 116 du CPP.

¹⁶⁴⁷ Article 721-2, D.116 et D.117 du CPP.

¹⁶⁴⁸ Art. 729-1 du CPP.

¹⁶⁴⁹ Art. 723-3 du CPP.

¹⁶⁵⁰ Art. 723-6 du CPP.

agressions sexuelles prévues à l'article D49-23 1° et suivant du CPP¹⁶⁵¹. En matière criminelle, une expertise médicale intervient tous les 6 mois pour vérifier que les conditions de la suspension sont toujours remplies.

Lorsque la personne a été condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru le certificat médical, ne dispense pas d'ordonner l'expertise psychiatrique préalable prévue par les textes¹⁶⁵². Avec l'accord du procureur de la République le JAP peut passer outre, par ordonnance spécialement motivée, l'exigence d'une expertise médicale pour certaines condamnations, au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de l'auteur¹⁶⁵³. Une suspension de peine médicale peut être assortie d'une injonction de soins¹⁶⁵⁴. Le juge de l'application des peines peut à tout moment mettre fin à la suspension si d'une part les conditions de celle-ci ne sont plus remplies et d'autre part si le condamné ne respecte pas les obligations qui lui ont été imposées¹⁶⁵⁵ et d'ordonner une expertise médicale à l'égard d'un condamné ayant bénéficié d'une mesure de suspension de peine pour raison médicale.

La condition d'octroi de la réduction supplémentaire de peines est sévère lorsqu'elle concerne plusieurs peines en cours d'exécution et qui n'ont pas toutes été prononcées en état de récidive, est applicable à l'ensemble de la peine, même lorsqu'elles se composent de plusieurs peines dont certaines ne sont pas prononcées en état de récidive légale. Il suffit qu'une seule, ait été prononcée en état de récidive légale en cours d'exécution ou déjà exécutée pour faire application des réductions de peines spécifiques à la récidive (soit, deux mois par an, ou quatre jours par mois), en application de la combinaison des art. 721-1 al 2 et D 150-2 du CPP¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵¹ 1° Les crimes d'atteintes volontaires à la vie prévus par les articles 221-1 à 221-5-1 du CP ;

2° Les crimes de tortures et d'actes de barbarie prévus par les articles 222-1 à 222-6 du CP;

3° Les crimes et délits de violences ou de menaces commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou 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 celle-ci par un pacte civil de solidarité, prévus par les articles 222-8 (6°), 222-10 (6°), 222-12 (6°), 222-13 (6°), 222-14 et 222-18-3 du CP;

4° Les crimes et délits de violences commis sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime, prévus par les articles 222-8 (avant-dernier alinéa), 222-10 (avant-dernier alinéa), 222-12 (avant-dernier alinéa), 222-13 (dernier alinéa) et 222-14 du code pénal ;

5° Les crimes de viols prévus par les articles 222-23 à 222-26 du CP;

6° Les délits d'agressions sexuelles prévus par les articles 222-27 à 222-31 du CP;

7° Le délit d'exhibition sexuelle prévu par l'article 222-32 du CP;

8° Les crimes d'enlèvement et de séquestration prévus par les articles 224-1 à 224-5-2 du code pénal ;

9° Les délits de corruption de mineurs, de propositions sexuelles à un mineur, d'enregistrement, transmission, offre, diffusion ou consultation habituelle d'images pédopornographiques, de diffusion de messages violents ou pornographiques susceptibles d'être vus par un mineur et d'atteintes sexuelles sur mineur prévus par les articles 227-22 à 227-27 du code pénal ».

10° Les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes prévues par les articles 322-6 à 322-11 du CP.

¹⁶⁵² Art 712-21 du CPP.

¹⁶⁵³ D49-23 alinéa 13 du CPP.

¹⁶⁵⁴ D. 147-2 du CPP.

¹⁶⁵⁵ Notamment s'il existe un risque grave de réitération de l'infraction. Art.720-1-1 al. 6 issu de la loi n°2010-242 du 10 mars 2010.

¹⁶⁵⁶ Crim. 23 nov. 2011, n° 11-81.088, D. 2011, actu. p 2936

Cette sévérité à l'égard des récidivistes, est tempérée par l'application récente de la détermination du temps d'épreuve en matière de libération conditionnelle, qui ne tient plus en compte la récidive lorsque deux peines sont absorbées c'est-à-dire confondues.

- 363.** La confusion des peines post-sententielle est un aménagement de peine qui peut être demandée au même titre qu'une confusion de peine *ab initio*¹⁶⁵⁷. Les textes ne prévoient aucune condition de fond puisqu'il s'agit d'une mesure de faveur et qu'elle est facultative. Dans ces conditions, la décision rendue revêt l'autorité de la chose jugée. La question est de savoir si le mérite pénal est une condition permettant la confusion post-sententielle de plusieurs peines. La Cour de Cassation refuse pour absence de mérite la confusion des peines lorsqu'elle est demandée durant l'exécution (*ab initio*) mais elle s'appuie sur l'autorité de la chose jugée lorsque le requérant est méritant et exige une nouvelle décision sur le refus de confusion des peines post-sententielle¹⁶⁵⁸. Les efforts de réinsertion du condamné ne sont pas pris en compte pour confondre et donc diminuer le temps passé en détention ce qui montre l'incohérence du système face aux lois pénitentiaires de 2009 souhaitant libérer des places de prison, aménager les peines. Cette position crée une rigueur juridique contraire aux fondements de la prévention de la récidive qui constitue à encourager l'amendement du condamné notamment par sa bonne conduite, son travail reconnu sous le terme de mérite pénal. La justice jongle soit avec l'autorité de la chose jugée pour contrer la libération anticipée d'un récidiviste qui redemande après un refus la confusion post-sententielle alors qu'il a fourni des efforts ce que demande de plus en plus la société et la justice et d'un autre côté pour débouter une demande elle considère suffisant l'absence de mérite. La rigueur de la justice qui se cache derrière l'autorité de la chose jugée ou derrière des terres négatives d'absence de mérite ne coïncide pas avec le désir de la société et du pouvoir politique de mettre en avant le changement du détenu à travers le mérite pénal.

Dans le cadre d'une pluralité de peines d'emprisonnement exécutées, la computation des délais déduit la période de détention provisoire de la période de sûreté prévue à l'article 132-23 du CP. La période de détention provisoire est déduite diminuant ainsi la période de sûreté. « *Quand il y a eu détention provisoire à quelque stade de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée* »¹⁶⁵⁹. En revanche la computation de la durée est exclue dès lors que les détenus exécutent simultanément une peine d'emprisonnement relatif à une autre condamnation¹⁶⁶⁰.

f. Une surveillance de sûreté

- 364.** La surveillance de sûreté¹⁶⁶¹ peut être ordonnée par le JAP « *mais il est titulaire avec le procureur de la république, des droits de saisir la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, d'ordonner une expertise relative à la persistance de la dangerosité et de saisir la juridiction régionale de la rétention de sûreté soit en vue d'un placement initial soit d'un renouvellement de cette mesure* »¹⁶⁶².

¹⁶⁵⁷ Soit auprès de la dernière juridiction soit auprès des juridictions prévues à l'article 710 du CPP en référence à l'article 132-4 du CP.

¹⁶⁵⁸ Cass crim, 9 juin 2010, n° 09-87. 656, confusion de peine : M.Herzog-Evans, « la jurisprudence refuse toujours de prendre en compte les efforts d'insertion post-sentenciels », *AJ pénal* 2011, p 146.

¹⁶⁵⁹ Crim. 15 juin 2014 n° 14-81.793, M.Lena, *D.*2014, p 1379.

¹⁶⁶⁰ Crim 14 fév 2012, bull. Crim. n°47.

¹⁶⁶¹ Art. 706-53-13 et R. 53-8-40 du CPP

¹⁶⁶² J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique...op.cit.*, p 46.

La Cour européenne des droits de l'homme contrôle scrupuleusement la conformité de la rétention de sûreté avec l'article 5§1. Elle s'acharne à constater le lien de causalité nécessaire entre la condamnation initiale issue d'une décision de justice et la privation de liberté subséquente¹⁶⁶³. La détention en rétention de sûreté ne doit pas être distendue dans le temps avec la condamnation initiale. Elle semble hostile à toute rétention de sûreté rétroactive comme on l'a connaît en France comme une sanction aux non-respects des obligations de la surveillance de sûreté. Elle s'applique aussi à rechercher les risques de récidive justifiant le placement en rétention de sûreté. Elle ne se contente pas d'un risque potentiel de récidive¹⁶⁶⁴, mais exige des faits concrets et précis tels qu'un refus de se soumettre à une thérapie ou de l'absence d'autres mesures efficaces pour empêcher la récidive d'infractions graves¹⁶⁶⁵.

C. Un juge d'application des peines menacé

365. Le JAP est souvent pointé du doigt comme étant le principal responsable de la récidive de certains dangereux criminels. Ses compétences judiciaires (a) se doublent d'une compétence humaine qui l'oriente vers un juge dit, thérapeutique (b). Il doit interagir avec les fonctions grandissantes du Parquet et des droits de la défense (c). De plus, la nature de ses décisions se déjudiciarisent, décrédibilisant davantage sa fonction (d).

a. Les compétences du JAP

366. Le principe d'individualisation des peines de l'article 132-24 du CPP donne le pouvoir au JAP de faire du « *sur-mesure plutôt que du prêt à porter* »¹⁶⁶⁶ et d'opérer une transformation de la peine même si celle-ci n'est pas expressément prévue par les textes. Tel est le cas d'une semi-liberté transformée en PSE¹⁶⁶⁷. La Chambre de l'application des peines (CHAP)¹⁶⁶⁸ est compétente pour se prononcer sur les appels des jugements du Tribunal de l'application des peines (TAP)¹⁶⁶⁹. Le JAP est saisi d'une demande soit du condamné (requête en aménagement de peine) soit du procureur (retrait du crédit de réductions de peines). Il peut être saisi pour mettre en œuvre le prononcé d'une peine, d'un suivi, d'un contrôle ou d'une sanction pour non-respect des obligations émanant de la mesure d'aménagement des peines. La mise en œuvre de la peine peut être l'objet d'une saisie par le parquet de la juridiction de condamnation¹⁶⁷⁰. Il peut se saisir d'office pour aménager des peines sous son contrôle¹⁶⁷¹. Il peut être saisi du seul fait de l'écrou pour lequel il ouvrira un dossier individuel. Le principe du contradictoire, imposait la création d'un dossier individuel par condamné systématiquement ouvert¹⁶⁷². Ce dossier simplifie l'unicité de formation concernant les mesures prises pour le condamné tout au long de sa vie. Le JAP n'est pas compétent en matière de détention provisoire, excepté pour les personnes condamnées à des peines exécutoires ou sous mandat de dépôt passé le délai

¹⁶⁶³ J-P Cere, L'appréciation *in concreto* de la conventionnalité de la rétention de sûreté, CEDH, 21 oct. 2010 n° 24478/03, Grosskopf c/ Allemagne, *AJ pénal* 2011, p45.

¹⁶⁶⁴ CEDH 6 nov. 1980, Guzzardi c/ Italie.

¹⁶⁶⁵ CEDH, 21 oct. 2010 n° 24478/03, Grosskopf c/ Allemagne, obs, J-P Cere, *AJ pénal* 2011, p45.

¹⁶⁶⁶ M Herzog-Evans, La transformation d'une semi-liberté probatoire en un PSES probatoire à la libération conditionnelle, *AJ pénal* 2012, p 491.

¹⁶⁶⁷ Ibid, p 491.

¹⁶⁶⁸ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, n°821. 53.

¹⁶⁶⁹ Art 712-13, al 2 du CPP.

¹⁶⁷⁰ Art 707-1, 708 et D.48 du CPP.

¹⁶⁷¹ Art712-4 du CPP.

¹⁶⁷² Décret du 13 décembre 2000, art. D 49-29 du CPP.

d'appel ou au jour de la décision de la Cour de Cassation¹⁶⁷³. En matière de libération conditionnelle et de PSE, le juge d'application des peines à une compétence territoriale.

- 367.** La juridiction de jugement statue désormais à juge unique pour les demandes de relèvement d'interdictions, de déchéances et d'incapacités, les demandes d'exclusion du bulletin n° 2 du CJN et les incidents contentieux relatifs à l'exécution et à la rectification d'erreurs purement matérielles. Ce contentieux reste de la compétence des juridictions de jugement. Cependant, la loi pénitentiaire donne une nouvelle compétence au JAP pour favoriser l'octroi des aménagements de peine. Les juridictions de l'application des peines disposent de deux compétences élargies nouvelles¹⁶⁷⁴ lorsqu'elles se prononcent sur l'octroi d'une des mesures d'aménagement de peine relative au relèvement d'une interdiction professionnelle et dispense d'inscription d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire¹⁶⁷⁵.

Les interdictions, déchéances ou incapacités résultant d'une condamnation sont relevées dès lors que la mention de celle-ci est effacée du bulletin n° 2, exception faite des infractions mentionnées à l'article 706-47¹⁶⁷⁶ concernant « *les 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 ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur*¹⁶⁷⁷ [...] ces dispositions sont également applicables aux 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 ». Le JAP suit et contrôle des peines restrictives de liberté prononcée par la juridiction de jugement. Il a le pouvoir d'individualiser les peines grâce à des mesures de plus en plus nombreuses pour lutter contre la récidive.

b. Un juge thérapeutique

- 368.** Le JAP est une spécificité française, « *un authentique joyaux depuis soixante ans, qui nous ait fortement envié ailleurs* »¹⁶⁷⁸. L'évolution de sa mission l'entraîne dans le champ post-sententiel. Ses capacités humaines et ses compétences en matière de suivi des condamnés, même s'il est confié à des acteurs extra-judiciaires (SPIP et association) apporte une particularité à sa fonction essentielle dans la lutte contre la récidive. Les

¹⁶⁷³ Art 708 al 2 du CPP.

¹⁶⁷⁴ Les modifications concerne d'une part, de celle de « relever un condamné d'une interdiction résultant de plein droit d'une condamnation pénale ou prononcée à titre de peine complémentaire, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale, ce relèvement pouvant porter sur tout ou partie de cette interdiction ou de sa durée ». D'autre part, elles concernent « celle d'exclure du bulletin n° 2 du casier judiciaire les condamnations qui font obstacle au projet d'aménagement de peine. » ; Art. 712-22 du CPP.

¹⁶⁷⁵ Art. 712-6 et 712-7 du CPP. Le greffier du juge de l'application des peines en application de l'article R. 69 8° du CPP informe le service du casier judiciaire de la décision d'exclusion d'une mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire.

¹⁶⁷⁶ Art. 775-1 du CPP.

¹⁶⁷⁷ Art. 222-23 à 222-31, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du CP.

¹⁶⁷⁸ M.Herzog-Evans, « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine », D.2011, p3016.

méthodes américaines de jurisprudence thérapeutiques de certaines juridictions de résolution des conflits, infiltre le droit français au même titre que la psychiatrie. Il n'est pas étonnant que le JAP soit menacé par une autre forme de justice qui fait ses preuves outre atlantique. Le JAP est très attaqué par les hommes politiques lui reprochant son imprudence quant à la libération de criminels dangereux qui ont fait la une des faits divers comme Michel Fourniret ou Guy Georges. Les critiques de l'administration pénitentiaire se focalisent sur les aménagements de peines qui ne suffisent pas à désengorger les prisons. La réduction du rôle du JAP dans l'aménagement des peines de longues, courtes et moyennes peines, le réduit au rôle de juge de l'incident. Le juge d'application des peines est victime d'une réorganisation de la justice et de la suppression dans les tribunaux des services dédiés au suivi des condamnés (SPIP). La prise en charge des condamnés était optimale mais la distance créée par cette réorganisation avec ses services rend le travail du juge d'application des peines contre-productive. Submergé par le nombre d'affaires croissantes, l'absence de coordination efficace entre les services, l'accès partiel au fichier (APPI) est une des raisons de la contre productivité. Les critiques se focalisent sur les compétences du JAP alors que la clé de la réussite comparable aux États-Unis est « *l'appropriation citoyenne de ces juridictions* »¹⁶⁷⁹. Le juge thérapeutique qui caractérise cette nouvelle justice place les acteurs et le droit comme des vecteurs d'apaisement et de traitement de la délinquance et de la récidive. L'impact de la procédure pénale sur la satisfaction et le bien-être des victimes ainsi que sur les délinquants est une nouvelle vision de rentabilité de la justice à contre-courant de « *la massification industrialisée de la justice* »¹⁶⁸⁰ française.

Les affaires soumises à l'exécution des peines sont nombreuses et le manque de magistrat influence sur la mauvaise exécution de la justice ce qui alimente la récidive. Il suffit de se référer à l'importance d'une peine prompte et immédiate. En effet, après de nombreux efforts, seul 10 % des postes proposés à la sortie d'école de la magistrature concerne l'application des peines. La lenteur des exécutions contamine le retard dans la transmission des informations quant au suivi du condamné (casier judiciaire)¹⁶⁸¹.

b. L'interaction du JAP avec les autres acteurs de la justice

- 369.** La mission du JAP « *s'inscrit dans un ensemble d'interactions avec plusieurs partenaires (services pénitentiaires d'insertion et de probation, Parquet, associations, etc...) avec lesquels il est indispensable d'entretenir des contacts réguliers. Il participe, localement à de nombreuses instances d'information est ainsi développe une véritable politique de communication* »¹⁶⁸². Sans oublier le greffe du Jap chargé de conserver les minutes des jugements et des ordonnances rendues par le JAP¹⁶⁸³. Il interagit avec différents acteurs des SPIP et des conseillers, membres des commissions, assistante sociale, éducateurs, médecins coordinateurs et surtout avec le Parquet (1) et les avocats (2).

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ P. Clement, *Rapport d'information de l'assemblée nationale n° 1718 sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, 4 mars 2004, p 79.

¹⁶⁸² J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique...op.cit.*, p 19.

¹⁶⁸³ Circulaire de l'organisation judiciaire, articles R 123-5 et R 123-7 du CPP.

1. L'interaction avec le procureur

370. L'article 707-1 du CPP dispose que « le ministère public et les parties poursuivent l'exécution de la sentence chacun en ce qui le concerne »¹⁶⁸⁴ le Parquet est un interlocuteur fondamental du juge d'application des peines mêmes en l'absence de textes qui régissent et encadre leurs relations¹⁶⁸⁵. Pourtant la qualité relationnelle quotidienne de ces deux partenaires est fondamentale dans la politique d'action contre la récidive. Les pratiques locales sont courantes et quelquefois divergentes. Le souci d'harmonisation de leur pratique est traduit dans une circulaire démontrant les enjeux de cette problématique¹⁶⁸⁶.

L'avis du parquet est sollicité dans la phase préparatoire des aménagements de peines et des ordonnances du juge d'application des peines¹⁶⁸⁷. Il est membre de droit de la commission d'application des peines¹⁶⁸⁸ ce qui est contestable au regard de la « confusion des rôles de chacun »¹⁶⁸⁹. Le procureur a un droit d'appel des décisions prises par cette autorité dont il est membre de droit¹⁶⁹⁰, il peut aussi requérir le retrait des réductions de peine¹⁶⁹¹.

Son avis est requis pour les décisions concernant les peines restrictives de liberté. Par exemple dans le cadre d'un travail d'intérêt général le juge d'application des peines doit trouver des employeurs et les habilitier pour recevoir le condamné mais il doit au préalable obtenir l'avis du parquet¹⁶⁹². Il en est ainsi concernant la modification de la liste des lieux de séjour interdit au condamné¹⁶⁹³.

Le procureur a en charge d'informer le casier judiciaire national en l'alimentant par l'envoi de l'extrait de l'ordonnance du juge d'application des peines¹⁶⁹⁴ ainsi que le FJNAIS fichier judiciaire national automatisé des infractions sexuelles qui l'informe. Dans le cadre de ses pouvoirs extraordinaires il peut auditionner un condamné¹⁶⁹⁵, faire des réquisitions sur l'ensemble des compétences du JAP en raison de son pouvoir général de réquisition¹⁶⁹⁶. Il peut saisir le Jap d'une réquisition à des fins de novation transformant une peine privative de liberté en un autre thème qu'un TIG en jour amende¹⁶⁹⁷ ou d'une peine de faire en peine de jour d'amende 132-57 du CPP. Il contrôle la

¹⁶⁸⁴ Art. 707-1 du CPP.

¹⁶⁸⁵ Ibid., p 21.

¹⁶⁸⁶ Circ. du 23 octobre 2007.

¹⁶⁸⁷ 712-5 du CPP.

¹⁶⁸⁸ 712-5 al3 du CPP.

¹⁶⁸⁹ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines ...op.cit.*, p 138, n°112.21.

¹⁶⁹⁰ 712-11-1 et 712-12 du CPP.

¹⁶⁹¹ 721 al 2 du CPP.

¹⁶⁹² Art. R131-14 et -19 du CP

¹⁶⁹³ Art.762-4 al2 du CPP.

¹⁶⁹⁴ D.49-26 du CPP.

¹⁶⁹⁵ Dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, d'un mandat d'amener ou d'arrêt du juge d'application des peines 712-17 du CPP), d'un condamné transféré depuis l'étranger (728-3 du CPP) ou lors de la notification du retrait du placement sous surveillance électronique d'un mineur (723-28 du CPP) ; M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p140.

¹⁶⁹⁶ 712-4 du CP : Réquisitions en matière de suivi des peines restrictives de liberté (712-17) s'agissant des sanctions infligées au condamné les décisions favorables ou des mesures d'instruction. Quant à son rôle de sanction, il peut concerner le manquement aux obligations dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve (742) d'un suivi socio judiciaire (763-5 al1) d'un travail d'intérêt général (733-1) et d'incarcération temporaire (712-17)

¹⁶⁹⁷ 733-1 du CPP.

légalité de l'exécution des peines, les établissements pénitentiaires. Il possède l'exercice de la contrainte judiciaire¹⁶⁹⁸.

- 371.** Le rôle du Parquet dans l'exécution des peines a-t-il besoin d'être renforcé ?¹⁶⁹⁹ L'article 707-un précise que « *le ministère public et les parties poursuivent l'exécution de la sentence chacun en ce qui le concerne* ». Le procureur, indépendamment de la politique pénale, coordonne les enquêtes de police, poursuit et prononce des peines alternatives aux poursuites. Il met en jeu des intérêts contradictoires, la protection de l'ordre public. Il met en place des méthodes locales de prévention de la récidive et doit approuver ou non le taux d'occupation des maisons d'arrêts. Pour lutter contre la récidive et pour faire mettre en application les articles 700 et suivant du CPP des pouvoirs de rechercher des personnes condamnées et aussi mettre à exécution des peines d'emprisonnement relevant des jugements contradictoires par la voie de l'article 498-un du code de procédure pénale (même si la décision est définitive et qu'un délai de 10 jours s'est écoulé entre la décision et la signification). Cependant, il peut aussi mettre à exécution des peines d'emprisonnement ferme et définitives dès lors qu'un est signalé¹⁷⁰⁰ un caractère de dangerosité des personnes ou de risque avéré de fuite. Le danger est interprété de manière large puisqu'il ne s'agit pas d'une récidive légale mais d'un fait présentant un risque de danger pour la société. C'est au parquet d'apprécier et d'utiliser son pouvoir coercitif dans l'application du jugement.

Le parquet dispose d'une influence non négligeable sur l'aménagement des peines *ab initio* c'est-à-dire qu'il dispose de l'article 41 al. 6 du CPP pour demander l'ouverture d'une enquête de personnalité réalisée par le service pénitentiaire d'insertion et de probation afin d'orienter le choix des juges dans leur prononcé d'un aménagement de peine.

2. L'interaction avec l'avocat

- 372.** L'exécution des peines est une discipline assez récente et peut étudiée par les étudiants ou avocats. Depuis le début des années 2000 plusieurs lois¹⁷⁰¹ ont ouvert la discipline aux avocats en leur donnant l'opportunité d'exercer leur mission de défense dans la phase d'exécution des peines et même au-delà dans le droit disciplinaire pénitentiaire, rendant le métier, certes peu attrayant financièrement, et pourtant juridiquement et humainement enrichissant¹⁷⁰².

Dans la procédure d'application des peines du premier degré¹⁷⁰³ la représentation du condamné par l'avocat¹⁷⁰⁴ n'est pas prévu par les textes. Il doit comparaître en personne. Il est avisé par le service de l'application des peines de la possibilité d'être assisté par un avocat lors du débat contradictoire pour le placement sous surveillance électronique¹⁷⁰⁵. L'assistance d'un avocat est prévue pour l'application de certains articles¹⁷⁰⁶ ainsi que dans

¹⁶⁹⁸ 754 al 3 du CCP.

¹⁶⁹⁹ C.Logelin, « Le ministère public : les pouvoirs renforcés en matière d'exécution des peines », *AJ pénal* 2014, p 264.

¹⁷⁰⁰ Art. 723-16 du CPP.

¹⁷⁰¹ Loi n°2000- 516 du 15 juin 2000, loi n°2004-204 du 9 mars 2004, loi n°2005-1549 du 12 déc.2005, loi n°2007- 1198 du 10 août 2007, loi n°2008-174 du 28 fev.2008.

¹⁷⁰² M. Herzog-Evans, « La défense dans l'application des peines », *Rev. Pén.* 2010, p 171

¹⁷⁰³ Le condamné peut se faire représenter par son avocat en appel.

¹⁷⁰⁴ D 49-14 du CPP.

¹⁷⁰⁵ Art 132-26-1 du CP.

¹⁷⁰⁶ Art. 712-6-1,712-7 et 712-8 du CPP.

les cas où un débat contradictoire est tenu. L'assistance est possible lorsqu'il n'y a pas de débat contradictoire, cependant, le condamné ne sera pas indemnisé au titre de l'aide juridictionnelle. La difficulté provient du fait que les ordonnances, décisions juridictionnalisées¹⁷⁰⁷ sans débat sont obligatoirement notifiées à l'avocat du condamné¹⁷⁰⁸. L'assistance de l'avocat est obligatoire pour le prononcé d'une mesure de surveillance judiciaire¹⁷⁰⁹. L'assistance de l'avocat pour toute mesure de placement sous surveillance électronique est devenue facultative en 2004¹⁷¹⁰. La convocation de l'avocat doit respecter des conditions de forme et de délais à peine de nullité¹⁷¹¹.

373. Le défenseur des libertés fondamentales s'oppose de fait au juge parfois frontalement. Pour cela il faut garder une liberté d'expression. Si le pouvoir de plaider est mise à mal c'est l'anéantissement de la parole. L'avocat est un défenseur des faits et de la personne à travers l'expression orale qui se fait par la force du verbe. L'avocat n'est pas qu'un technicien du droit, il utilise sa plaidoirie pour équilibrer la position du juge qui dit le droit, un droit qui n'est pas toujours de fait équitable. L'outil du langage est essentiel pour restituer la vérité des faits avec des mots justes. « *La routine ne doit pas s'emparer du verbe* »¹⁷¹² et se détacher de la facilité par la connivence de l'avocat et du magistrat. La maîtrise de la parole suggère la maîtrise du langage avec au préalable celle de l'affaire, du droit et de la procédure. L'avocat a la responsabilité de la parole, du discours de l'oralité tel un législateur défendant sa loi, il défend son client et la vérité des faits si ce n'est pas sa vérité. L'avocat se heurte au défi d'être entendu par le magistrat dont l'esprit semble parasité par la pression de l'opinion public. Le poids et la force de la plaidoirie est le dernier outil salvateur du récidiviste. La dernière technique qui le sauvera d'une peine d'emprisonnement ferme. La défense d'un récidiviste si elle doit se préparer est-elle pour autant une défense particulière qui doit encore plus persuader ? Est-ce une plaidoirie perdue d'avance, un coup pour rien ? L'éloquence et la dialectique trouve ici une raison supplémentaire de se maintenir à un haut niveau. « *Il ne suffit pas d'asséner que l'on a raison et que l'on n'est dans son bon droit, il faut le démontrer preuves à l'appui, citer ces preuves sans les tronquer ni les dénaturer, tout en évitant l'écueil de la lecture exhaustive des pièces* »¹⁷¹³. L'implication physique et éthique de l'avocat est essentielle pour soutenir sa cause et accrocher le regard des magistrats ou du jury. La sympathie et la confiance envers l'avocat se transmet par un regard courtois. Il s'oppose au regard fuyant qui installe une absence d'adhésion. La position du corps de l'avocat se concentre dans un mouvement qui répond à une dynamique et une extériorisation physique à chaque vérité. Les restrictions budgétaires et la gestion des flux réduisent l'espace et le temps pour plaider. Il est bien souvent assis ce qui relativise son implication physique, surtout dans une procédure orale. L'évolution des pratiques éloigne les plaidoiries substituées par la constitution de dossiers écrits. Physiquement, il absorbe aussi la tension des audiences et des verdicts ainsi que la détresse des prévenus ou accusés. L'avocat détient les techniques qui maîtrisent les passions et canalisent les révoltes encore plus s'il s'agit de multirécidivistes.

¹⁷⁰⁷ Art 712-8

¹⁷⁰⁸ Art. D 49-21 du CPP

¹⁷⁰⁹ Art 723-32 al1er du CPP

¹⁷¹⁰ La loi du 9 mars 2004 abroge l'article 723-7 du CPP

¹⁷¹¹ Convocation par télécopie, lettre recommandée, convocation 10 jours avant la date du débat contradictoire, l'urgence ne requiert pas de forme ni de délai particulier la convocation de l'avocat se fait par tout moyen, appels téléphoniques. D.49-15 et -16 du CPP.

¹⁷¹² Avocats, *Le verbe et la robe*, ouvrage collectif, Prat édition, 2009, p27.

¹⁷¹³ Ibid., p 31.

d. La déjuridictionnalisation des mesures d'application des peines

375. Suite à une évolution législative, les mesures d'application des peines subissent un phénomène de déjuridictionnalisation progressive depuis la loi du 9 mars 2004 et du 24 novembre 2009. À l'origine, la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence qualifie toutes les mesures du juge d'application des peines de mesures d'administration judiciaire limitant les voies de recours raidissant les droits de la défense au condamné¹⁷¹⁴. Les mesures relatives aux peines privatives de liberté et aux aménagements de peines sont quasi juridictionnelles (réductions de peines, permissions de sortir, autorisation de sortie sous escortes)¹⁷¹⁵. Ce sont des mesures d'administration judiciaires prises sous la forme d'ordonnance et non de jugement, mais cependant pris au premier degré. Des mesures juridictionnelles quant à elle permette la sortie du détenu en milieu semi ouvert, ou ouvert.

La loi du 15 juin 2000, donnait comme nature juridique aux aménagements de peine la qualité de mesures judiciaires ou juridictionnalisées¹⁷¹⁶ concernant dans un premier temps les décisions relatives en milieu ouvert (suspension et fractionnement de la peine, semi-liberté, placements extérieurs, placement sous surveillance électronique et libération conditionnelle¹⁷¹⁷), puis dans un second temps les peines restrictives de liberté (le suivi socio-judiciaire, l'interdiction de séjour, le travail d'intérêt général les mesures d'ajournement du prononcé de la peine avec mise à l'épreuve¹⁷¹⁸). Le juge d'application des peines n'est plus perçu comme un administrateur judiciaire voire un travailleur social¹⁷¹⁹ mais il est reconnu en tant que juridiction de premier degré. Les décisions sont dorénavant prises par un magistrat du siège, juridiction de premier degré, « *avec pour objectif de faire application du régime juridique des actes judiciaires de droit pénal et notamment du contradictoire, des droits de la défense, du droit à un recours auprès d'une juridiction de second degré, de la motivation etc...* »¹⁷²⁰.

376. Les décisions du JAP sont tantôt administratives et tantôt judiciaires. Elles conservent une dualité de nature juridique souvent critiquée. En effet, « *lorsque le Directeur du SPIP ramené à l'exécution d'un aménagement de peine qu'il avait proposé pour homologation au JAP, parce que ce dernier s'était abstenu depuis trois semaines de prendre une décision, le législateur avait choisi de qualifier la décision du D-SPIP de mesure d'administration judiciaire. Il est certain que la nature judiciaire posait ici une difficulté au regard de l'auteur de la décision : le D-SPIP n'était pas un magistrat, mais un fonctionnaire pénitentiaire. Inversement, la nature administrative, qui pouvaient être*

¹⁷¹⁴ Des mesures juridictionnelles ont été déjuridictionnalisées par la loi du 29 novembre 2009. Sous l'empire de l'article 133-un du code de procédure pénale, le juge d'application que fais-tu après avis de la commission d'application sans respect du contradictoire ni motivation de décision en l'absence de comparution obligatoire du condamné et de la présence de les droits de recours est exercée par le procureur lui-même membre de la commission d'application des peines.

¹⁷¹⁵ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.* p 328, n°400.05.

¹⁷¹⁶ La juridictionnalisation est « un procédé consistant à attribuer à des actes qui ne la comporterait normalement pas la qualification d'actes juridictionnels, afin de leur étendre le régime de ces derniers » ; qui se distingue de la judiciarisation qui est la décision, de quelque nature que se soit, émanant d'un juge, G.Cornu, vocabulaire juridique, in M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p 329, n°400.22.

¹⁷¹⁷ Anc art.722, al 6 du CPP.

¹⁷¹⁸ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 article 712-6 al. 1er et 3du CPP.

¹⁷¹⁹ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines...op.cit.*, p329.

¹⁷²⁰ Ibid., p 329.

rattachée à cette autorité, ne correspondait pas à la nature réelle des décisions qu'il pouvait prendre dans ce cadre : semi-liberté, placement à l'extérieur et PSE qui, lorsqu'elles sont accordées par le JAP sont par essence juridictionnelle»¹⁷²¹.

La confusion s'ajoute à la déjuridictionnalisation puisse que « des décisions identiques peuvent en effet revêtir une qualification distincte au gré des circonstances »¹⁷²² (Semi-liberté, placements extérieurs). Le mouvement de déjuridictionnalisation opère le retour aux mesures d'administration judiciaire, empêchant le droit de défense dans un but d'organisation judiciaire et de rapidité.

377. Entre 1976 et 1980 les juridictions ont prononcé peu de peines alternatives¹⁷²³. Aujourd'hui les peines alternatives sont entrées dans les mœurs. L'absence d'exécution provisoire et l'absence de système de contrôle assurant l'efficacité de la peine semblait les freins de l'application de ces peines de substitution en 1982. En effet une peine de substitution doit être exécutoire immédiatement sauf à perdre de son sens et à disparaître telle une mesure théorique sans aucune efficacité. « Comment être certain qu'une peine alternative est ressentie comme punition alors que la seule peine dont il est certain qu'elle va être vécu comme tel est l'emprisonnement, compris comme présentant un rapport indiscutable avec les délits commis ? Qu'il s'agisse de punir, d'éduquer ou d'exclure, la prison reste toujours la peine de référence »¹⁷²⁴. La réforme du Code pénal semble affaiblie par la distinction entre peine principale, peines alternatives ou de substitution et peine complémentaire. Ces trois catégories de peine sont placées sur le même plan pour le législateur. Le juge a devant lui la diversité du choix.

Il est évident que le régime des récidivistes s'est élargi de toute part. L'éventail des incriminations et des éléments constitutifs de la récidive se sont élargis et spécifiés en rapport avec les déviances contemporaines. Les aménagements de peines, nombreux par leur forme et moderne par l'utilisation de nouvelles technologies, n'en restent pas moins, restreintes pour les récidivistes qui doivent présenter des garanties d'insertion, exceptionnelles pour les plus incorrigibles d'entre eux. L'échelle des peines s'est automatisée et les dérogations à l'emprisonnement restent exceptionnelles. L'ambivalence des choix d'aménagement de peines ne changent pas en réalité la fermeté du régime prévu pour les récidivistes. Très tôt des pré-jugements découlent du statut du récidiviste et les happent dans une procédure *bis* qui les conduit directement en prison.

¹⁷²¹ Art.712-6 du CPP, Ibid., p 330, n°400.26.

¹⁷²² Ibid., p 329, par exemple « Une peine restrictive de liberté accordée par la juridiction de jugement » (132-25 du cpp) , « une mesure juridictionnelle du JAP aménageant une peine privative de liberté » (712-6 du CPP) ou «une mesure juridictionnelle du JAP novant l'une de ces peines ont une autre, que ce soit à son initiative, celle du condamné ou du parquet ou à celle du D-SPIP » (art 723-2 et 723-25 du CPP.).

¹⁷²³ « Pourquoi les tribunaux français appliquent-ils si peu les peines dites de substitution ? » RSC, 1984, p221.

¹⁷²⁴ Pierre Cabanel, Rapport pour une meilleure prévention de la récidive, 1996, p57.

Conclusion du Chapitre II

378. Le phénomène de la récidive est apparu récemment dans l'histoire du droit criminel. L'adoucissement des peines et l'absence de mesures de substitution laissent dans la nature des hommes brisés par des châtiments inhumains. Le récidiviste est identifiable physiquement ou par le biais d'outils statistiques et informatiques qui retracent son passé judiciaire et le suit pour l'avenir. La relégation est le premier instrument d'élimination du récidiviste de toute nature : voleurs multirécidivistes, violeurs, meurtriers, activistes politiques, mendiants, prostituées. Elle a le mérite de poser les bases de l'observation de ces anormaux, de les classer selon leur dangerosité et de tenter de prédire leur capacité de redressement. Cependant, les critères d'analyse reposent sur des doctrines divergentes fondées sur des préjugés issus de cultures sociétales sans valeurs scientifiques. Les présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité, si elles ne sont pas reconnues en ces termes dans les textes, sont des instruments idéologiques qui imprègnent le législateur qui construit un régime juridique dérogatoire pour les récidivistes. Les circonstances aggravantes et l'échelle des peines mettent en application les préjugés d'une société qui ne donne pas les moyens d'insérer une population défaillante. Ainsi, la lutte contre la récidive est fondée sur la construction autonome d'un récidiviste identifié, ainsi que sur des critères objectifs et subjectifs permettant l'application de sanctions particulières. Une procédure spécifique déroge au droit commun dans le but de réprimer plus fermement le plus grand nombre. La circonstance aggravante de récidive légale accentue automatiquement le quantum de la peine. Les aménagements de peines sont restreintes voire impossibles à obtenir dès lors qu'il est demandé au récidiviste de fournir des garanties de réinsertion. Lorsque le cas d'espèce s'adresse à l'humanité du JAP, il voit ses pouvoirs limités par ceux du Parquet qui mène traditionnellement une politique répressive contre les récidivistes.

Conclusion de la Partie I

379. Les doctrines pénales guident la lutte contre la récidive et fixent les bases juridiques actuelles de la réponse pénale. De la superposition complexe et contradictoire de ces méthodes découle un régime sévère à l'encontre du récidiviste. Il est condamné pour l'acte qu'il a commis, mais il voit sa sanction aggravée par son état de récidiviste. Il est frappé par la double peine, soit un quantum plus élevé, soit une mesure de sûreté post-sententielle. La récidive est longtemps restée une notion aux contours flous, laissée à l'arbitraire des juges. L'étude de la dichotomie entre les paradigmes rétributifs et préventifs fait ressurgir une troisième doctrine qui allie les deux autour de la notion de dangerosité et non de responsabilité. A travers la mesure de sûreté, la réponse pénale dans la lutte contre la récidive opère un glissement entre la punition et la prévention. Elle part de la punition pure d'un homme pour un acte délictuel ou criminel qu'il vient de réaliser, pour migrer vers l'évaluation de sa potentielle future dangerosité. Ce glissement se réalise tout au long de la chaîne pénale et en dehors de celle-ci avec des mesures pré-sententielle, post-sententielle et para-pénale. Le récidiviste est identifiable et traçable grâce au casier judiciaire et autres fichiers d'identification. Sa dangerosité médicale et criminologique peut être évaluée en cours d'instruction ou après sa peine (SSJ et injonction de soins). Le récidiviste répond à des critères spécifiques autonomes. La division doctrinale se traduit dans les anciens et nouveaux instruments de lutte contre la récidive. Il coexiste des instruments rétributifs : peines planchers rétention de sûreté, et des instruments préventifs : liberté conditionnelle, SSJ, bracelet électronique. Les instruments de défense sociale comme la rétention de sûreté et le SSJ, reposent sur les deux doctrines. La multitude d'instruments, leurs caractéristiques et leurs critères créent un régime pénal complexe et souvent inefficace surtout pour les criminels endurcis. La société ne sait plus comment punir le délinquant, avec quelle fermeté et quelle humanité ? Elle veut soigner le fou sans lui donner de soin tout en le gardant en prison. Elle veut rééduquer le jeune multirécidiviste sorti du système scolaire sans lui donner d'emploi. Elle veut enfermer les nuisibles en prison sans adapter la prison. Le respect des principes directeurs du droit pénal comme la légalité criminelle, qu'il s'agisse de sa clarté, de sa certitude et de sa proportionnalité inquiète beaucoup moins que l'incertitude donnée au sens de la peine que la société reflète. Le régime pénal des récidivistes est constitué d'un imbroglio de textes complexes qui en pratique reflètent un régime de présomption de culpabilité du récidiviste.

DEUXIEME PARTIE :

UNE MISE EN ŒUVRE COMPLEXE

- 380.** Le taux de récidive est un indicateur du bon ou du mauvais fonctionnement de la justice selon l'angle de vue. La récidive est au-delà de son aspect légal un phénomène criminel issu des préjugés populaires, consacrée dans un régime pénal autonome servant à réprimer plus que réinsérer. La population carcérale qui se compose d'une grande partie de récidivistes montre, l'inefficacité du système judiciaire. La consécration d'une catégorie pénale de récidivistes est un postulat de départ qui justifie l'application d'un régime répressif. Sévèrement remis en cause par la mise en œuvre complexe de ses instruments. La récidive serait alors un faux problème pénal. Prévenir le risque de rechute signifie rechercher les causes au-delà de l'acte matériel et de l'intention criminelle. Pour prévenir la récidive ne faut-il pas comprendre les motivations ou les mobiles en s'introduisant dans le mental du condamné ? Les neurosciences, la biologie et la psychiatrie n'ont pas de succès dans cette recherche. Ainsi, en l'absence d'avancées de la science, le droit pénal vient au secours du mouvement prédictif du crime qui refait surface, au détriment des principes directeurs et des droits de la défense.
- 381.** Les outils punitifs et les autres instruments d'aide à la réinsertion prennent des formes diverses et variées. Ils sont mis en œuvre par différents acteurs judiciaires que ce soit dans le relèvement de la récidive (police), le choix de la procédure (alternatives aux poursuites du Parquet), le choix de la peine (autorité de jugement) son aménagement et sa mise à exécution (JAP) sa mise en œuvre son évaluation et l'aide à la réinsertion (SPIP, PJJ, agents de probation, médecins, experts psychiatriques services sociaux, psychologues et associations). Tous ces différents acteurs doivent interagir dans le traitement judiciaire de chaque condamné. Le magistrat chargé de l'affaire dispose d'une palette de peines et de mesures dont les combinaisons sont multiples. Il tente ainsi de gommer les difficultés du récidiviste et les facteurs qui l'empêchent de s'insérer socialement. Le magistrat peut faire le choix d'un traitement qui soigne l'addiction ou la maladie. En faisant table rase du passé, ce magistrat, technicien du droit, donne une autre chance au récidiviste en le replaçant sur un même pied d'égalité avec ses concitoyens. La réitération et la récidive ravivent alors, dès la nouvelle arrestation, la mémoire judiciaire. La rechute d'une grande majorité de récidivistes provient de facteurs sociaux, économiques, familiaux, d'addiction, de trouble de la personnalité ou de maladies mentales non diagnostiquées. Une politique sociale appropriée et ciblée (emploi, logement, soin, cure de désintoxication) permettrait l'éradication d'une grande partie de la misère et donc de la récidive. Il est ici question d'un choix politique que la société souhaite accorder mais seulement jusqu'à un certain seuil. Ainsi, il existe une corrélation entre le niveau d'aide sociale, d'éducation et de soin avec le taux de criminalité et de récidive. Ce taux ne serait pas le symbole d'un mauvais fonctionnement de la justice mais le signal d'alarme d'une politique sociale et économique en déclin. En effet, l'histoire des instruments de lutte contre la récidive vient de montrer, que les grandes lois répressives, étaient concomitantes aux crises économiques et sociales.

La dangerosité criminelle est, au stade de notre histoire pénale, impossible à évaluer et à prédire. De ce fait, la superposition d'outils conçus pour lutter contre la rechute du malftrat, ne suffisent pas à gommer les facteurs de la récidive. La dangerosité criminelle

est l'ultime critère consacrée dans la loi¹⁷²⁵ sans que la maladie psychiatrique ne trouve de concordance exacte en droit pénal autre que la déclaration d'irresponsabilité pénale pour altération ou abolition des facultés mentales lors du passage à l'acte. La criminalité organisée, quant à elle, (terrorisme, traite humaine, trafic de drogue, d'arme, fausse monnaie) s'adapte aux sociétés modernes. Elle consiste à mettre collectivement l'intelligence au service du mal et souvent de manière transfrontalière. Elle est une des formes les plus abouties de la dangerosité criminelle pour celui qui n'a pas de trouble mental mais seulement une aversion au respect de la loi faisant d'eux, de véritables incorrigibles. Cette forme de criminalité est de loin la plus propice au traitement carcéral sévère qui justifie le déploiement de moyens techniques, humains ainsi qu'une procédure pénale dérogatoire relative à la criminalité et à la délinquance organisée¹⁷²⁶. De ce fait, le relèvement aggrave davantage la peine criminelle. Qu'il soit pré ou post-sentenciel, les instruments transcendent la chaîne pénale. Leur mise en œuvre complexe démontre l'inadaptation des instruments qui découle de paradigmes fondés sur des préjugés rendant la lutte contre la récidive inefficace. L'éventail des procédures simplifiées et des mesures préventives et répressives constituent un patchwork. Le magistrat doit décider rapidement, dans un contexte d'efficacité organisationnelle, l'obligeant à standardiser sa réponse pénale. Ce technicien du droit devient un automate au sens entendu par Beccaria.

382. Quelles sont les raisons d'une application complexe des instruments de lutte contre la récidive ? Quelle est la portée de cette complexité dans la lutte contre la récidive ? L'échec des instruments caractérise concrètement les limites des paradigmes préventifs et rétributifs qui fondent le régime pénal des récidivistes. Au XXI^{ème} siècle, la lutte contre la récidive confortera-t-elle encore la justice dans un mécanisme carcéral automatique ? Un changement de paradigme peut-il émerger du constat d'échec, sur le fond et la forme, des instruments spécialement appliqués contre les récidivistes ? Dès l'origine, les critères des instruments ignorent le principe d'individualisation ce qui, plus tard, les rendra complexes dans leur mise en œuvre. Comment faire valoir le principe d'individualisation et d'aménagement des peines, bénéfique à la réinsertion, dans un régime qui aggrave systématiquement les peines ? Il a été clairement démontré l'effet criminogène de la prison et les effets bénéfiques des aménagements, comme la liberté conditionnelle, sur la réinsertion du condamné. Ces principes sont donc contradictoires, déjà en théorie mais encore plus en pratique tant leur mise en œuvre est délicate pour les récidivistes ou ceux qui présentent seulement un risque de récidive. En conséquence, il est dans l'intérêt du condamné de défendre ses droits tout au long de l'exécution de sa peine jusqu'à sa réhabilitation. L'objectif est de garantir la protection de la société à travers une justice respectueuse des droits de l'homme.

383. En effet, l'étude de la lutte contre la récidive révèle une mise en œuvre complexe en raison de l'inefficacité et de l'incohérence des instruments. Elles sont inefficaces, en raison de la mise en œuvre de procédures instrumentalisées par le Parquet pour réprimer. Ainsi, la comparution immédiate, procédure brutale, réduit les droits de la défense. L'étude de sa mise en œuvre montre les limites du régime dérogatoire pour les multirécidivistes. Ces incorrigibles sont propulsés dès leur arrestation, dans une procédure dérogatoire de comparution immédiate, qui les conduit, dans la majorité des cas, directement en prison. Conquérant les criminels les plus dangereux, l'expertise psychiatrique est dévoyée. Tout au long de la chaîne pénale, elle est requise pour évaluer

¹⁷²⁵ Notion de dangerosité consacrée dans la loi de 2008 sur la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté, reprise dans la loi de programmation du 12 janvier 2012.

¹⁷²⁶ Art 706-73 à 706-106 du CPP

la dangerosité du prévenu, accusé ou condamné. Pourtant, si les méthodes d'évaluation ont déjà fait l'objet de critiques sur le fond, la mise en œuvre de l'expertise dévoile les lacunes de ce nouveau mode de preuve contre le récidiviste. In fine, le verdict impose une peine automatique de prison devenu le principal instrument alors même que le système pénitentiaire s'effondre. La mise en œuvre de l'incarcération atteint ses limites et interroge la société sur la pertinence de cette peine au XXI^{ème} siècle. En effet, le chevauchement des missions et des institutions judiciaires et administratives rendent la peine et ses aménagements incohérents produisant des erreurs aux conséquences dommageables pour les condamnés en sortie sèche et le risque de récidive qu'ils représentent pour la société. Ainsi, la mise en œuvre des instruments procéduraux préjuge le récidiviste le privant de ses droits à la défense qui ne peuvent rendre le verdict qu'incompréhensible, et de ce fait, inefficace et incohérent (**chapitre 1**).

384. Certains instruments, pourtant, rompent avec ce régime dérogatoire pour répondre à de nouveaux paradigmes probatoires et restauratifs. La spécificité française applique une forme de probation qui surveille plus qu'elle ne réinsère. En effet, l'exemple anglo-saxon de la probation inspire la dernière réforme judiciaire qui crée une nouvelle peine de probation. Ainsi, il existe dans notre système pénal suffisamment de ressources financières et humaines pour mener à bien une autre forme de répression qui place au même rang la punition, la surveillance et la réinsertion. Des expériences locales de suivis renforcés ont déjà été menées à bien par les Parquets en coopération avec l'application des peines auprès de récidivistes qui présentent de bonnes garanties d'insertion. Le choix des instruments qui luttent contre la récidive ne serait donc, qu'une question de choix politiques et d'implications personnelles des professionnels au niveau local. Pourtant, la peine de probation ne peut résoudre que certaine nature de délinquance. C'est pourquoi, il se développe, en parallèle, une justice restaurative qui permet la rencontre et l'échange entre infracteurs et victimes afin que chacun puisse se reconstruire pour l'avenir. D'inspiration anglo-saxonne, cette justice restaurative modifie considérablement les paradigmes qui jusqu'ici guident le régime des récidivistes. C'est donc le droit pénal et la culture judiciaire française, qui devra relever le défi d'intégrer de nouveaux instruments, qui répondent aux paradigmes d'une justice du XXI^{ème} siècle (**chapitre II**).

CHAPITRE I :

DES INSTRUMENTS INEFFICACES

- 385.** Le régime pénal des récidivistes est complexe sur le fond et la forme. L'élargissement du champ d'application du régime des récidivistes est caractéristique d'une obsession dans la lutte contre la récidive. Ces instruments élargissent leur champ d'application pour réprimer plus longtemps et davantage d'auteurs qui ne répondent plus uniquement aux critères de la récidive légale, mais à celui de la dangerosité. Dans un régime aussi complexe et technique, la procédure se standardise pour traiter rapidement les affaires les plus simples par la comparution immédiate du récidiviste. Lorsque les faits sont complexes et qu'ils soulèvent la question de la dangerosité psychiatrique ou criminelle du délinquant, le magistrat se repose sur l'évaluation de l'expert judiciaire. Cette phase d'expertise s'imisce dans la prise de décision telle un pré-jugement. Le pouvoir du procureur est remis en question par la portée de ces décisions en raison d'un statut qui n'est pas indépendant, ainsi qu'en raison d'instruments alternatifs aux poursuites qui violent les droits fondamentaux du procès équitable. En effet, l'efficacité de la lutte contre la récidive est concurrencée par la gestion managériale de la justice imposée par le manque de moyens. Les sanctions pénales sont négociées en échange d'aveux, qui se substitue à la preuve de la culpabilité, en défaveur de la manifestation de la vérité. En dehors du jugement judiciaire, le procureur a des prorogatives exorbitant pour juger la récidive.
- 386.** Le régime des récidivistes est complexe en raison de l'extension de celui-ci tout au long du procès pénal. Il est aussi devenu spécifique au récidiviste avec le développement d'une procédure de pré-jugement de comparution immédiate. Elle réduit considérablement les droits de la défense dès lors que sa mise en œuvre est rapide et brutale. L'expertise psychiatrique constitue un autre instrument, détourné, pour évaluer à tout moment le caractère dangereux ou le risque de récidive. Une fois de plus, l'étude de sa mise en œuvre relève les incohérences de cet outil informatif et probatoire à charge. En effet, le rôle de l'expert soulève de nombreuses interrogations quant au contenu et à la portée de son rapport. Ainsi, sa mise en œuvre préjuge l'issue du procès pénal (**Section 1**). En conséquence, si le récidiviste est jugé par l'application de procédures restrictives de ses droits (présomptions d'innocence et défense effective), la réponse pénale ne peut être comprise, voire, elle est injuste. Le travail d'amendement et de réinsertion est compromis. Dans une justice humaine qui prévient la récidive, l'incohérence du régime des récidivistes se traduit par une application ineffective des peines prononcées, devenant criminogènes. Cette incohérence résulte d'une cacophonie institutionnelle qui empêche le

bon déroulement de la peine et une exécution efficiente indispensable pour lutter contre la récidive (**Section 2**).

Section 1. Le pré-jugement des récidivistes

387. La technicité du droit de l'exécution des peines limitent l'individualisation de la peine pour les récidivistes. Il est appliquée une procédure bis fondée sur le pré-jugement l'incorrigibilité et la dangerosité dès l'enclenchement de la procédure pénale. Les instruments de lutte contre la récidive sont nombreux, cependant, leur efficacité dépend de l'application d'un régime complexe, dont le champ d'application, s'accroît de l'arrestation à la réhabilitation. Le récidiviste est l'objet d'une procédure dérogatoire, ou dite, alternative en raison de son statut d'incorrigible et dangereux. Les alternatives aux poursuites caractérisent déjà, comme il l'a déjà été démontré, la montée en puissance du rôle du Parquet dans le traitement de la récidive. Son pouvoir est d'autant plus grand et dévoyé dans cette lutte lorsqu'il renvoie le prévenu en comparution immédiate. Encore une fois, ce bras armé de la politique pénale nationale et locale, utilise cette procédure, en apparence respectueuse du procès équitable, nonobstant son caractère expéditif spécialement appliqué à l'encontre des récidivistes. Sur l'initiative du procureur, le récidiviste est dirigé dans la spirale d'un droit dérogatoire dans le but de simplifier une réponse pénale sévère au détriment des droits de la défense (**I**). Pour justifier cette sévérité et établir le critère de dangerosité, le magistrat se réfère à l'avis de l'expert qu'il utilise comme preuve. Il se déduit une portée normative du rapport d'expertise psychiatrique dans le procès pénal (**II**).

I. Une comparution immédiate de l'incorrigible

388. La comparution immédiate est la procédure par excellence qui condamne et envoie le récidiviste en prison. Elle est une machine bien rodée qui débarrasse la société d'une population socialement exclue qui crée de l'insécurité. Tel le mendiant ou le vagabond du XIX^{ème} siècle, l'alcoolique ou le chômeur d'aujourd'hui est catalogué socialement par son casier judiciaire qui déterminera l'application de cette procédure. Cette procédure d'urgence est « *une course contre la montre pour la défense* »¹⁷²⁷ dans le traitement en temps réel des affaires. Elle soulève de nombreuses problématiques quant au respect des droits de l'homme. Elle s'applique particulièrement à une population de récidivistes désœuvrés. Elle alimente ainsi la machine de la récidive en punissant l'homme sans traiter les causes. Quelles sont les caractéristiques de la comparution immédiate et ses critères d'application qui en font l'arme de prédilection de neutralisation des récidivistes ? Quels sont les « *vecteurs de détermination de la peine* »¹⁷²⁸ dans une procédure automatisée ?

Le récidiviste stigmatisé par son passé criminel, est facile à identifier par les fichiers et sa condition sociale. Les caractéristiques du récidiviste déclenchent automatiquement son l'arrestation sous l'autorité du Parquet, pour une comparution immédiate (**A**). Dans la majorité des affaires, elle condamne à de la prison ferme avec mandat de dépôt (**B**).

¹⁷²⁷ P. De Comble de Nayves et E. Mercinier, « Comparution immédiates : la défense in situ », *AJ pénal* 2011, p18

¹⁷²⁸ C.SAAS, « Les insuffisances de la procédure de comparution immédiate sur la sellette », *AJ pénal* 2012, p476.

A. Un procès automatique

389. Le Procureur de la République informé dans les plus bref délais, d'une infraction, d'un crime ou d'un délit, a le pouvoir de poursuivre, de rendre un non-lieu ou de procéder aux alternatives aux poursuites. « *Chaque mode de saisine répond à une philosophie* »¹⁷²⁹. Parmi les modes de poursuite, « *au même titre que la comparution volontaire des parties, la citation, la convocation par procès-verbal, le renvoi ordonné par une juridiction d'instruction* »¹⁷³⁰, le Parquet peut saisir le tribunal par le biais de la comparution immédiate. La comparution immédiate¹⁷³¹ est une procédure simple consistant en une réponse pénale rapide et efficace mettant fin à un trouble à l'ordre public. Elle garantit une justice efficace dans la gestion des affaires et de la sécurité des citoyens. Critiquée par l'observatoire des comparutions immédiates, elle est devenue le symbole d'une justice inaudible qui ne respecte pas le droit au procès équitable. Elle touche particulièrement les individus précaires dont la principale caractéristique est leur état de récidive ou de réitération. Ils sont majoritairement sanctionnés par une peine de prison ferme. La comparution immédiate applique à quatre fois plus de récidivistes que pour l'ensemble des délits jugés en correctionnelle. Elle condamne trois fois plus que les autres procédures à une peine de prison. Le casier judiciaire est-il le critère objectif de la condamnation du récidiviste ? Les policiers gendarmes usent-ils de critères subjectifs relatifs à leur préjugé pour influencer l'orientation de la procédure dès la garde à vue ? Quelles sont les conditions préalables pour appliquer cette procédure, en pratique spécifique aux récidivistes ? Les critères objectifs et subjectifs de l'automatisme de la procédure de comparution immédiate sont appréciés dès la phase de poursuite par le parquet et l'arrestation par les forces de police (a) pour un jugement expéditif (b).

a. L'arme sécuritaire du Parquet

390. La comparution immédiate est une procédure particulière qui cible les récidivistes. Elle est décidée par le procureur si les conditions le permettent. Elle juge rapidement des délits résolus qui ne nécessitent pas d'investigations supplémentaires. La réponse pénale est donc rapide et permet de gérer les flux des affaires courantes (1). Le choix de la procédure est conditionné dès les premiers instants de l'arrestation ou de la garde à vue. L'opportunité des poursuites est décidée par le procureur mais influencée par l'OPJ (2).

1. Une procédure de flagrants délits

391. La comparution immédiate est une arme sécuritaire orchestrée par le Parquet dans le cadre d'une politique pénale¹⁷³². Cette procédure est un traitement en temps réel des flagrants délits. La procédure de comparution immédiate est l'héritière de la procédure du flagrant délit qui permet au procureur de traduire sans délai devant le tribunal correctionnel l'auteur présumé d'un délit en fin de garde à vue. Elle trouve son origine dans la loi du 20 mai 1863 qui crée le flagrant délit pour traiter rapidement les infractions graves. Cette procédure évite l'instruction préparatoire procédure par nature

¹⁷²⁹ Ibid., p10.

¹⁷³⁰ H. Vlamynck, « La procédure de comparution immédiate : vitesse ou précipitation ? », *AJ pénal* 2011, p 10.

¹⁷³¹ Art 395 du CPP issue de la loi n°83-466 du 10 juin 1983.

¹⁷³² D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ? ...op.cit.*

formaliste et donc plus longue. Avant, le code d'instruction criminelle ne donnait au procureur que le pouvoir d'ouvrir une information judiciaire, destinée au juge d'instruction (avec possibilité de détention provisoire de l'intéressé) ou de procéder à une citation directe de l'auteur devant le tribunal correctionnel, sans possibilité de placement en détention provisoire. Puis, sous la procédure du flagrant délit le procureur pouvait traduire rapidement l'individu devant le tribunal et le placer sous mandat de dépôt, évitant ainsi le risque de fuite et à la même occasion l'encombrement du cabinet du juge d'instruction. La procédure du flagrant délit est détournée par le parquet tant elle est efficace. Seuls les délits flagrants sont jugés ainsi, pour les autres elles font l'objet d'une ouverture d'information judiciaire et d'une éventuelle détention provisoire. La durée de la flagrance est allongée jusqu'à 8 jours pour élargir son champ d'application ainsi que celui du mandat de dépôt, délivré par la partie poursuivante et « *non par un organe hiérarchiquement indépendant* »¹⁷³³. La détention provisoire n'est plus exceptionnelle, sa durée s'allonge allant jusqu'à trois jours avant que l'affaire soit jugée. La procédure du flagrant délit ne respecte plus les droits de la défense.

392. La procédure de flagrants délits se formalise avec l'intervention de l'avocat devant le procureur et la possibilité d'une comparution sur rendez-vous (comparution sur procès-verbal). La loi sécurité et liberté de 1981¹⁷³⁴, renoue avec la procédure rapide et intègre la saisine directe en l'étendant aux enquêtes préliminaires¹⁷³⁵. Le procureur peut désormais placer sous mandat de dépôt le délinquant et de le présenter au juge correctionnel¹⁷³⁶. Les lois de modification¹⁷³⁷ se sont succédées, abandonnant la condition de flagrant délit, même si à l'origine la loi de 1983 créant la comparution immédiate ne visait que cette forme d'enquête. La procédure d'urgence pour les flagrants délits s'élargit à certaines enquêtes préliminaires. La comparution immédiate concerne toutes les affaires en état d'être jugées¹⁷³⁸.

Simplicité, célérité et efficacité sont les principales caractéristiques de cette procédure de plus en plus utilisée à des fins sécuritaires et parallèlement à l'augmentation des gardes à vue. La gestion des affaires pénales s'apparente à une gestion des flux par un traitement urgent de la délinquance. Cette procédure repose sur une répression rapide concrétisée par la détention plus qu'une appréciation juridique des faits et de l'auteur. Aujourd'hui elle est devenue le laboratoire d'une justice quotidienne et ordinaire. Elle est aussi l'arme de prédilection de l'idéologie sécuritaire émergeant depuis une dizaine d'année. De nombreuses critiques s'élèvent à « *l'encontre de son utilisation systématique et des dérives qu'il est susceptible d'entraîner* »¹⁷³⁹. Elle caractérise une justice pénale à la chaîne qui ne gère plus des faits et des individus auteurs ou victimes, mais gère des flux de productivité. La politique pénale converge avec l'objectif du management stratégique de la juridiction (gestion efficiente des ressources et des projets transversaux)¹⁷⁴⁰.

¹⁷³³ J Pradel, « La loi du 2 février 1981 ... » *chron.préc*, p101.

¹⁷³⁴ Ibid.

¹⁷³⁵ L'article 397-7 du code de procédure pénal reprend l'article 71-3 du flagrant délit.

¹⁷³⁶ B.Guery, « Comparution immédiate », *Rep. de dr.pén.Dalloz*, mars 2013.

¹⁷³⁷ Voir entre autres : loi n° 83-466 du 10 juin 1983 ; loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire; loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence; loi. n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; loi n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ; loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

¹⁷³⁸ Loi n°86-1019 du 9 septembre 1986.

¹⁷³⁹ B.Guery, « Comparution immédiate », *chron.préc*.

¹⁷⁴⁰ C. Miansoni, « Politique pénale et management ... » *chron.préc*.

L'évolution du traitement oral des procédures traite en temps réel les affaires en collaboration avec les services de police. Les pouvoirs du parquet se sont élargis depuis la loi du 5 mars 2007 surtout en matière de criminalité organisée¹⁷⁴¹ (surveillance¹⁷⁴², infiltration¹⁷⁴³, perquisition¹⁷⁴⁴ écoute téléphonique¹⁷⁴⁵), dont les auteurs peuvent faire l'objet d'une comparution immédiate¹⁷⁴⁶. En pratique, la complexité de ces affaires tenant du fait qu'elles ne sont pas autonome, mais connexe et qu'elles s'imbriquent dans une organisation criminelle plus vaste nécessite l'étendu de recherches. Les affaires de flagrant délit sont plus propices à cette procédure¹⁷⁴⁷ car elles s'abstiennent de tous compléments d'information et sont rapidement élucidées. De plus, l'ouverture d'une instruction judiciaire est « *pour le ministère public, perdre la maîtrise de l'affaire* »¹⁷⁴⁸.

Le garde des sceaux donne des instructions de politique générale nationale aux Parquets. L'ancien gouvernement affichait une exigence répressive à l'égard des récidivistes. Il insistait sur l'application systématique des peines planchers malgré l'existence de dérogation et prônait pour une application systématique du mandat de dépôt à l'issue de la comparution immédiate¹⁷⁴⁹.

2. L'opportunité des poursuites

- 393.** Le procureur a l'opportunité de poursuivre et de renvoyer le prévenu devant le tribunal en comparution immédiate. Cette faculté est conditionnée par un seuil minimal de peine encourue relativement basse allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement, ce qui élargit son champ d'application (α). L'immédiateté du renvoi interroge sur la forme de cette décision (β) et sur les dirigeants effectifs de l'enquête (γ).

α. Un quantum de peine minimum

- 394.** Le procureur de la République, ou le magistrat placé sous son autorité, décide de l'opportunité d'une comparution immédiate devant le tribunal correctionnel. Les charges contre les prévenus doivent être suffisantes et l'affaire, ne nécessitant pas l'ouverture d'une instruction, doit être en état d'être jugée¹⁷⁵⁰. « *Si le maximum de l'emprisonnement prévu par la loi est au moins égal à deux ans, le procureur de la République, lorsqu'il lui apparaît que les charges réunies sont suffisantes et que l'affaire est en l'état d'être jugée,*

¹⁷⁴¹ Art 706-73 et 706-74 du CPP : actes de tortures et de barbarie, trafic de stupéfiants d'enlèvement et séquestration, proxénétisme, vol, terrorisme, fausse monnaie etc... commis en bande organisée.

¹⁷⁴² Art.706-80 du CPP.

¹⁷⁴³ Art.706-81 à 706-87 du CPP.

¹⁷⁴⁴ Art.706-89 à 706-94, du CPP.

¹⁷⁴⁵ Art.706-95 du CPP.

¹⁷⁴⁶ Les auteurs d'infractions prévues aux articles 706-73 et 706-74 sont susceptible de faire l'objet d'une comparution immédiate « lorsque, au cours de l'enquête, il a été fait application des dispositions des articles 706-80 à 706-95 » ; art 706-106 du CPP.

¹⁷⁴⁷ Bouvier et Vogelweith, La situation du TGI de Bobigny : un tribunal victime de mauvais traitement en temps réel, Justice, juill. 2004, n° 179, p. 7-10 ; G.Accomando et C. Guery, « Les limites du traitement à grande vitesse des affaires pénales », *Gaz. Pal.* 1997, Chron 446.

¹⁷⁴⁸ B.Guery, « Comparution immédiate » *chron.préc.*

¹⁷⁴⁹ P. Lyon-Caen, « Vers un parquet indépendant ? », *D.*2013, p1359.

¹⁷⁵⁰ Art 393 du CPP : « En matière correctionnelle, après avoir constaté l'identité de la personne qui lui est déférée, lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés et avoir recueilli ses déclarations si elle en fait la demande, le procureur de la République peut, s'il estime qu'une information n'est pas nécessaire, procéder comme il est dit aux articles 394 à 396 ».

peut, s'il estime que les éléments de l'espèce justifient une comparution immédiate, traduire le prévenu sur-le-champ devant le tribunal »¹⁷⁵¹

Pour enclencher la procédure de comparution immédiate, le prévenu doit encourir une peine d'emprisonnement d'un minimum de deux ans ou d'un an minimum et de six mois en cas de délit flagrant¹⁷⁵². La peine maximale encourue ne prend pas en compte la peine effectivement encourue par le récidiviste selon les règles de la récidive légale. « *Seule doit être considérée la peine édictée par les dispositions réprimant le délit objet de la poursuite, sans tenir compte de l'éventuel état de récidive du prévenu* »¹⁷⁵³. La récidive peut cependant avoir une influence, même marginale, sur le seuil minimum requis. La quasi-totalité des délits allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement sont donc visés (délict de violence, vol aggravé, conduite en état d'ivresse, infraction à la législation des étrangers, trafic de stupéfiants, agressions sexuelles, outrage, rébellion et violence). Les peines prévues en cas de condamnation en état de récidive légale, s'appliquent, dont les peines planchers¹⁷⁵⁴. Cependant, lorsque la personne est en état de récidive légale en matière correctionnelle (article 132-19 al. 2 du CP) les juges ne sont pas tenus de motiver spécialement le choix d'une peine d'emprisonnement sans sursis¹⁷⁵⁵. Leur pouvoir d'appréciation souveraine concerne la durée, le régime mais aussi l'existence de troubles psychiques ou neuropsychiques ayant aboli ou altéré le discernement. Il arrive, que le juge condamne le prévenu à une peine de 20 ans par « *les dispositions combinées du code de procédure pénale et du code pénal* »¹⁷⁵⁶.

Certaines infractions restent néanmoins exclues du champ d'application de la comparution immédiate (délits de presse et politiques ainsi que d'autres infractions prévues par une loi spéciale)¹⁷⁵⁷.

La comparution immédiate ne s'applique pas aux mineurs¹⁷⁵⁸. Toutefois, l'article 14-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifiée par la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance prévoit devant la juridiction des mineurs une procédure de présentation immédiate semblable à la comparution immédiate¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵¹ Art 395 al 1er du CPP.

¹⁷⁵² Art 395 al 2 du CPP : « En cas de délit flagrant, si le maximum de l'emprisonnement prévu par la loi est au moins égal à six mois, le procureur de la République, s'il estime que les éléments de l'espèce justifient une comparution immédiate, peut traduire le prévenu sur-le-champ devant le tribunal ».

¹⁷⁵³ Crim.19 févr. 2002, n°01-84.903, bull. Crim. n°33, D.2002, IR 1180, crim. 26 sept.2007, n°07-82.713, *AJ penal* 2007, p 538, obs. G.Royer

¹⁷⁵⁴ Art.132-19 al 2 du CP : « En matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine. Toutefois, il n'y a pas lieu à motivation spéciale lorsque la personne est en état de récidive légale ».

¹⁷⁵⁵ Crim. 29 janv.2014 n° 12-85.603.

¹⁷⁵⁶ H.Vlamynck, « La procédure de comparution immédiate... » *chron.préc.*, p 10

¹⁷⁵⁷ Selon l'article 397-6 du CPP sont exclus de l'application des articles 393 à 397-5, les délits de pressés et les délits politiques ainsi que les « infractions dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale ».

¹⁷⁵⁸ Art. 5 al. 7, de l'ordonnance du 2 février 1945 : « en aucun cas il ne pourra être suivi contre le mineur par les procédures prévues aux articles 393 à 396 du code de procédure pénale ou par voie de citation directe ».

¹⁷⁵⁹ V. Vlamynck, « La procédure de comparution immédiate... » *chron.préc.*, p14.

Le tribunal doit vérifier les conditions d'application de la comparution immédiate à défaut de quoi, il se déclare incompétent¹⁷⁶⁰. Il renvoie l'affaire au procureur soit pour qu'il use d'un autre mode de poursuite, soit il lui renvoi pour mieux se pourvoir.

β Une décision immédiate

395. Le parquet décide de la forme des poursuites entre la convocation par procès-verbal¹⁷⁶¹ ou comparution immédiate. Pour cette dernière, la décision est prise en quelques secondes après une courte communication téléphonique avec les services de police ou de gendarmerie qui dirigent l'enquête et, de ce fait, orientent le magistrat vers d'autres procédures. Le temps de réflexion est court et la réponse donnée aux enquêteurs doit être immédiate. Depuis les années 1990, le traitement en temps réel des affaires impose une autonomisation de l'enquête en raison des échanges brefs avec les substituts (environ 10 minutes). Ils « passent d'un appel à l'autre sans avoir réellement le temps de s'imprégner d'une affaire »¹⁷⁶². Cet appel téléphonique, en garde à vue, conditionne le choix d'une convocation par officier de police judiciaire à une audience ultérieure, d'une réponse alternative (composition pénale, rappel à l'ordre) ou d'une comparution immédiate en fonction de la gravité de l'infraction et du casier judiciaire.

396. La réforme de la garde à vue du 14 avril 2011¹⁷⁶³ pose le principe du déferrement au procureur après les 24 heures de garde à vue ce qui contribuera à ralentir le processus téléphonique de la décision rapide. Avant la loi de 2011 la décision était prise par téléphone sur la simple question des charges suffisantes pour que l'affaire soit en état d'être jugée.

La rapidité de la procédure et le compte rendu oral, ont développé un rapport de force entre les policiers et les magistrats du parquet qui perdent d'une certaine façon la direction de la procédure¹⁷⁶⁴. Surtout si se sont de jeunes magistrats qui gagnent en autonomie mais peut-être pas dans le choix d'une bonne décision¹⁷⁶⁵. La procédure de comparution immédiate restant inchangée, les dossiers les plus fragiles concernent les preuves de culpabilité qui ont été éliminés du circuit de la procédure de comparution immédiate.

La judiciarisation de la garde à vue¹⁷⁶⁶ créer un pôle de codécision entre les OPJ et le Parquet. La « montée en puissance de l'enquête »¹⁷⁶⁷ pénale fait réfléchir sur les relations entre la police et le parquet. Une étude gouvernementale souhaite améliorer les méthodes et moyen d'action du parquet¹⁷⁶⁸. La loi du 15 août 2014 donne droit aux OPJ de conclure

¹⁷⁶⁰ Dans le cadre d'une violation de l'article 397-6 du CPP, « les juges auraient dû constater qu'en vertu de l'article 395 du code de procédure pénale, la procédure utilisée était inapplicable, qu'ils n'étaient pas valablement saisis et renvoyer le ministère public à se mieux pourvoir », Crim. 27 sept. 1988, n° 88-84.865.

¹⁷⁶¹ Art. 394 du CPP.

¹⁷⁶² C. Mouhanna, « Les limites effectives du pouvoir du parquet sur la police », *AJ pénal* 2013, p 388.

¹⁷⁶³ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, H.Matsopoulou, « la loi réformant la garde à vue est publiée », *JCP*2011, n°17, 482 ; J. Alix, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.*2011, p 1699.

¹⁷⁶⁴ Bastard et C. Mouhanna, *Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Droit et justice, 2007, PUF, p 195.

¹⁷⁶⁵ Des « consignes d'action publique » sont données aux jeunes magistrats dans leur formation de parquetiers, B.Guery, « Comparution immédiate » *chron.préc.*

¹⁷⁶⁶ V. Lesclous, Un an de droit de la garde à vue 1^{er} juin 2010 au 1^{er} juin 2011, *Dr. pén.* sept 2011, *chron.p7*

¹⁷⁶⁷ C.Marie, La montée en puissance de l'enquête, *AJ pénal* 2004, p 221.

¹⁷⁶⁸ C. Miansoni, « Le procureur de la République dirige-t-il la police judiciaire ? », *AJ pénal* 2013, p 374.

une transaction¹⁷⁶⁹ pour les contraventions et les délits qui encourent jusqu'à un an de prison. Elle est proposée avant la mise en mouvement de l'action publique sur autorisation du procureur, puis homologuée par le Président du tribunal.

397. Le procureur dirige-t-il réellement l'enquête ? « *L'interrogation sur la direction de la police judiciaire par le procureur de la République ne peut donc se cantonner à une simple lecture des dispositions du code de procédure pénale et faire l'impasse sur sa triple dimension structurelle, organique et fonctionnelle qui se dégage de sa définition* »¹⁷⁷⁰. C'est donc à travers la mise en œuvre de la politique pénale que le procureur peut exercer son pouvoir de direction de la police judiciaire. En pratique, l'orientation et le contrôle des enquête se heurtent à la « *logiques corporatistes et professionnelle* »¹⁷⁷¹ qui se dégagent des relations police/ parquet. Pour reprendre la main sur le pouvoir judiciaire, certains services de police spécialisés (terrorisme, criminalité organisée, sécurité publique ou section de recherche) qui traitent d'affaires complexes sont rattachés au ministère de la justice. Il renforce les liens avec la magistrature¹⁷⁷². Ce rattachement fonctionnel et organique remettent en cause l'«*équilibre entre l'affirmation de la primauté du pouvoir judiciaire sur le contrôle des investigations et celle d'une certaine autonomie des services d'enquête* »¹⁷⁷³. Le processus de rattachement dépasse la complémentarité vers une intégration de la police judiciaire avec la justice. La relation entre la police judiciaire et le Parquet est un tandem qui domine la phase préparatoire de la procédure pénale¹⁷⁷⁴.

398. L'arrestation et la garde à vue sont les préalables de la comparution immédiate. Pourtant, « *la garde à vue ne constitue pas un préalable nécessaire à la mise en œuvre de la comparution immédiate* »¹⁷⁷⁵. C'est le premier contact de la justice avec le récidiviste arrêté par les forces de l'ordre pris sur le fait ou suspecté d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction. Après l'arrestation¹⁷⁷⁶ d'un individu, l'OPJ à la faculté d'entraver matériellement ses libertés fondamentales d'aller et de venir par le placement en garde à vue dans les locaux de la police ou de la gendarmerie. Il s'agit de toute personne « *à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement* »¹⁷⁷⁷. Cet acte de coercition pour les besoins de l'enquête¹⁷⁷⁸ est

¹⁷⁶⁹ Art. 41-1-1 du CPP.

¹⁷⁷⁰ Ibid., p 374.

¹⁷⁷¹ Ibid., p 374.

¹⁷⁷² G. Roussel, « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la justice », *AJ pénal* 2013, p378.

¹⁷⁷³ SCPN (syndicat des commissaires de la police nationale), *Police judiciaire-justice : la complémentarité n'exige pas l'intégration*, *AJ pénal* 2013, p 381.

¹⁷⁷⁴ G. Roussel, « Le rattachement de services ... » *chron.préc.*

¹⁷⁷⁵ Crim. 19 janv. 2005 n° 04-81.455.

¹⁷⁷⁶ « Dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche », Art 73 du cpp ; C. Ambroise -Casterot, « Arrestation » *Rep. Dalloz*, 2006.

¹⁷⁷⁷ Art 62-2 al 1^{er} du CPP.

¹⁷⁷⁸ Art 62-2 al2 du CPP :« Cette mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concerta avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit. »

subordonné à l'appréciation de l'OPJ¹⁷⁷⁹. « Ce sont bien les OPG est APJ, sous le contrôle hiérarchique et opérationnel de leur chef de service, qui conduisent au quotidien les enquêtes, en maîtrisant les techniques juridiques et professionnelles qui permettent de les faire aboutir »¹⁷⁸⁰. Une compétence qu'ils exercent dans les limites territoriales¹⁷⁸¹ et dont il est régulièrement question d'élargir à une compétence nationale « susceptible d'avoir une incidence sur la pouvoir de direction et de contrôle que l'autorité judiciaire exerce sur la police judiciaire »¹⁷⁸². « Le décalage est donc grand entre mes pouvoirs formels que le code de procédure pénale attribue aux parquets et les moyens effectifs dont ceux-ci disposent pour s'imposer face aux policiers »¹⁷⁸³.

Depuis la réforme du 14 avril 2011, seul un OPJ peut décider d'une garde à vue, « pour les nécessités de l'enquête »¹⁷⁸⁴ ce qui consacre le caractère facultatif de cette mesure ainsi qu'une appréciation juridictionnelle sur la réalité de ces nécessités¹⁷⁸⁵. La réforme consacre légalement une pratique, validée par la jurisprudence¹⁷⁸⁶, qui donne à l'autorité judiciaire (juge d'instruction et magistrat du Parquet) le pouvoir de décider d'une mesure de garde à vue¹⁷⁸⁷. Le gardé à vue est retenu pour une durée maximale de 24 heures. Sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, la garde à vue peut être renouvelée¹⁷⁸⁸ une fois, après présentation du suspect. Elle devient la règle depuis la loi du 14 avril 2011 si l'infraction est punie d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an. La prolongation doit être nécessaire pour les besoins de l'enquête dont la liste est mentionnée à l'article 62-2 du CPP.

399. La réforme de la garde à vue a fait chuter le nombre de comparutions immédiates. Elle précise dorénavant, une condition de peine d'emprisonnement minimum dont le but est de réduire le nombre croissant de gardes à vue pour des infractions ne nécessitant pas cette procédure coercitive disproportionnée aux faits reprochés¹⁷⁸⁹. Elle est interrogée en présence de son avocat¹⁷⁹⁰ lors d'entretiens privés de trente minutes. Le gardé à vue bénéficie de nouveaux droits cumulatifs durant la garde à vue¹⁷⁹¹. La réforme la plus importante est l'impossibilité de débiter l'audition avant le délai de deux heures pour permettant l'arrivée et la présence aux auditions et aux confrontations de l'avocat, sauf

¹⁷⁷⁹ C. Miansoni, « L'initiative du placement ... » *chron.préc.*, p517.

¹⁷⁸⁰ C.Giudicelli, « La direction de l'enquête pénale, regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ pénal* 2008, p 439.

¹⁷⁸¹ Art 18 al 1er du CPP.

¹⁷⁸² G. Begraner, « Vers la compétence nationale des officiers de police judiciaire », *AJ pénal* 2013, p 384.

¹⁷⁸³ C. Mouhanna, « Les limites effectives du pouvoir du parquet sur la police », *AJ pénal* 2013, p 390.

¹⁷⁸⁴ Art 63 al 1er du CPP.

¹⁷⁸⁵ La garde à vue préventive d'un hooligan n'est pas justifiée au sens de la privation de liberté en vue d'empêcher la personne de commettre une infraction afin de garantir « l'exécution d'une obligation prescrite par la loi » (article 5§1 de la CEDH), en l'espèce il s'agissait ainsi de contraindre un hooligan à ne pas participer à l'organisation d'une bagarre entre bandes rivales lors d'un match de Foot en France ; CEDH, 5^{ème} section, 7 mars 2013, n°15598/08 ; *D.*2013, p 710.

¹⁷⁸⁶ Circulaire de la Chancellerie du 23 avril 2011 ; *Crim.* 9 mars 2011, n°09-81.138.

¹⁷⁸⁷ Art 63 al 1^{er} du CP : « Seul un officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instruction du procureur de la République, placer une personne en garde à vue ».

¹⁷⁸⁸ Les délais sont allongés en matière de criminalité et de délinquance organisée par une prolongation de 2 fois 24 heures ainsi qu'en matière de terrorisme pouvant aller jusqu'à 144 heures, article 706-88 du CPP.

¹⁷⁸⁹ Étude de comparaison au TGI de Toulouse entre la période du 15 avril au 30 juin 2011 : 218 affaires en comparution immédiate contre 324 entre le 1er février et le 15 avril de la même année, *Ibid* p 283.

¹⁷⁹⁰ Art 63-4-5 du CPP.

¹⁷⁹¹ Art 63-1 du CPP.

exceptions¹⁷⁹². Les réformes de la garde à vue¹⁷⁹³ de ces dernières années tendent de rééquilibrer les droits du suspect¹⁷⁹⁴ et les magistrats dans l'enquête pénale¹⁷⁹⁵.

L'avocat contrôle de manière passive les échanges entre policiers et gardés à vue afin de respecter l'égalité des armes et le respect des droits fondamentaux. Sa présence ne doit pas nuire au bon déroulement de l'enquête. Son accès au dossier est limité au procès-verbal d'interpellation et au certificat médical pour vérifier l'aptitude au placement en garde à vue, et vérifier les conditions de l'arrestation dont la notification des droits. L'accès aux pièces prévues par la loi est conditionné à une demande expresse sachant, qu'une mauvaise demande équivaut à une absence de demande¹⁷⁹⁶. En pratique, l'intérêt de cet accès n'est pas le même dans une enquête préliminaire, puisque le dossier comporte plus d'éléments. Dans le cadre de la récidive, les enquêtes de flagrances concerne des délits qui le prédestinent à une comparution immédiate. Dans ce contexte, la réforme de la garde à vue, n'apporte pas de bénéfice supplémentaire pour des droits de la défense du récidiviste.

La graduation de la garde à vue (personne entendue sans contrainte, personne soupçonnée mais entendue librement, personne gardée vue) a profondément modifié le droit d'être assisté par un avocat. C'est pourquoi la loi du 27 mai 2014 transforme la garde à vue¹⁷⁹⁷. La personne entendue librement mais soupçonnée par la police ou la gendarmerie, peut bénéficier de l'assistance d'un avocat à compter du 1^{er} janvier 2015¹⁷⁹⁸. L'avocat peut désormais être présent lors du déferment du prévenu au parquet¹⁷⁹⁹ et consulter le dossier. Il peut faire des observations sur la régularité ou demander de nouveaux actes de qualification. Cette loi améliore l'accès pour les avocats aux dossiers déposé au greffe dès la comparution devant le tribunal ou dès la délivrance de la citation directe. Avant l'audience, l'avocat et son client peuvent demander des actes nécessaires à la manifestations de la vérité par lettre recommandée avec accusé de réception soit au greffe ou pendant l'audience par des conclusions écrites. Le juge sursoit à statuer s'il accepte la demande d'enquête, dans le cas contraire il juge. C'est seulement l'appel sur le fond qui permet de faire appel de la décision de rejet de la requête. La loi renoue aussi avec la notification du droit de se taire tout au long de la chaîne pénale. Lorsque le juge accepte la requête de complément d'enquête, un autre magistrat est désigné. La demande doit, bien entendu, être effectuée avant tout débat sur le fond même en comparution immédiate¹⁸⁰⁰, ce qui demande une grande réactivité de l'avocat.

γ. Des regards croisés sur la direction de l'enquête

400. Les infractions relevées par les services de police influencent leur travail qui cible les affaires susceptibles à l'élucidation rapide et efficace. La politique du chiffre conduit les

¹⁷⁹² Art 63-4-2 al 3 du CPP.

¹⁷⁹³ Présomption d'innocence de 2000 et loi n°2014-535 du 27 mars 2014 sur le droit à l'information et l'accès au dossier du suspect.

¹⁷⁹⁴ Le suspect et la personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis une infraction, article 61-1 du cpp issu de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014.

¹⁷⁹⁵ J.Pradel, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? » *D.*2014, p 1647.

¹⁷⁹⁶ *Crim.*, 18 déc. 2012, n° 12-85.735, *AJ pénal* 2013, p 283, obs. C. Porteron.

¹⁷⁹⁷ Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 qui transpose la directive européenne 2012/13/UE du Parlement et du Conseil européen du 22 mai 2012.

¹⁷⁹⁸ Art 61-1 et 62 du CPP.

¹⁷⁹⁹ Art. 393 du CPP.

¹⁸⁰⁰ Art 388-5 et 394 du CPP.

policiers à rechercher en priorité les auteurs d'infractions à la législation sur les étrangers, sur les stupéfiants, dont la population réside dans les quartiers populaires¹⁸⁰¹. Les procédures d'enquête sont simplifiées pour contourner la complexité des enquêtes. La politique sécuritaire incite les poursuites quasi-systématiques, la judiciarisation des problèmes sociaux du quotidien. Les actes de violence, outrage, rébellion à l'encontre des agents dépositaires de l'autorité publique telle que les policiers et les gendarmes représentent 8 % des affaires traitées en comparution immédiate. Ils deviennent juges et partis du procès pénal. Elle se déroule lors des arrestations musclées et des fouilles humiliantes. « *L'administration n'ignore pas d'un côté que les outrages et rébellions traduisent la brutalité de ses fonctionnaires plus que la violence des jeunes, mais d'un autre, l'époux à utiliser cette ressource pour réaliser des mises en cause qui débouche sur des gardes à vue et, nécessairement, sur des faits élucidés permettant ainsi d'améliorer leurs performances sur les critères de la politique du chiffre* »¹⁸⁰².

Le policier ou le gendarme est aux premières loges dans la lutte contre la récidive. Dans sa fonction de police administrative il exerce un rôle de prévention de la délinquance juvénile par proximité avec les populations locales, comme les gendarmes dans les villages. « *L'enquête pénale est tendue vers sa finalité, la décision pénale, qui est le seul instrument de mesure de la qualité de l'enquêteur* »¹⁸⁰³. L'enquêteur, OPJ, défère le prévenu sans connaître l'issue de la procédure qu'il a menée. Il ne peut donc pas mesurer la qualité de son travail (actualité juridique, cause de nullité de procédure) et de son approche face à la délinquance¹⁸⁰⁴. Il est pourtant le maillon décisif de la chaîne pénale dans le déclenchement des poursuites le plaçant en première ligne dans la lutte contre la récidive.

L'enquête policière de flagrance ou préliminaire aboutit après avis du procureur de la République au déferrement de l'auteur présumé, si des poursuites sont engagées. Une information judiciaire aux fins d'une instruction pourra encore solliciter les actes d'enquête des gendarmes et policiers dans le cadre d'une commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction. Elle est propice en terme de temps, à une recherche approfondie sur la personnalité du mis en examen par la réalisation d'un curriculum vitae. Le cercle de l'enquête s'élargit entre trois acteurs : l'enquêteur, le procureur et le juge d'instruction engagés dans un système dynamique dont la direction n'est pas toujours concrètement identifiable. Le succès est conditionné par les échanges d'informations entre ces trois acteurs « *qui doivent examiner ensemble les conditions de mise en œuvre d'une opération* »¹⁸⁰⁵ visant à la manifestation de la vérité. Cette problématique est aggravée par la position ambiguë du chef de service de police et de gendarmerie « *qui n'est actuellement qu'un OPJ comme les fonctionnaires placés* »¹⁸⁰⁶ sous l'autorité du

¹⁸⁰¹ Question relative aux délits de faciès exercé par les forces de l'ordre. Voir à ce sujet l'étude réalisée par les auditeurs et auditrices qui ont indiqué la part visible des prévenus en comparution immédiate : sur 337 affaires, 50 % avaient une apparence maghrébine, 10 % une apparence noire et 4 % étaient d'origine Roms. Chiffre mis en parallèle avec les préjugés et les délits de faciès intériorisés tel que reporté par E. Zemmour précisant que dans la délinquance des mineurs il y a 90 à 80 % de noirs et de maghrébins, 30 janvier 2010 ; D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ?...op.cit.* p 130 et 131 note 1.

¹⁸⁰² D. Fassin, la force de l'ordre. Une anthropologie de la police des quartiers, Paris, le seuil, 2001 in Christian Etelin, la police : juge et partie, in D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution Immédiate : quelle justice ?...op.cit.* p 101.

¹⁸⁰³ C.Giudicelli, « *La direction de l'enquête pénale : regard croisé...* » *chron.préc.*, p 441.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, p 445.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, p 443.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p 445.

procureur, alors qu'il devrait posséder une consécration légale de sa « *capacité à donner des instructions et à contrôler les enquêtes* »¹⁸⁰⁷. L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale est difficilement contrôlable par la police judiciaire. Dans ces conditions, il est difficile pour l'avocat de soulever les causes de nullités lors de l'audience pénale¹⁸⁰⁸, le conduisant dans une défense partielle tournée vers la personnalité du prévenu et non plus sur les pièces du dossier, balayant son procédé de technicien du droit. La réforme de la défense en garde à vue ne serait alors qu'une révolution illusoire, une révolution « *de papier* »¹⁸⁰⁹.

b. Un jugement expéditif du récidiviste

401. Le jugement du récidiviste en comparution immédiate est rapide à tous les stades. Pour se débarrasser au plus vite des nuisibles incorrigibles, la procédure déroge aux règles du droit de la défense. Ce qui caractérise la procédure de comparution immédiate des récidivistes est la rapidité du déferrement (1), du déroulement de l'audience (2) et de l'enquête de personnalité (3).

1. Un déferrement rapide

402. À l'issue de la garde à vue l'individu est soit remis en liberté soit déféré¹⁸¹⁰ sous escorte policière le jour même¹⁸¹¹ devant le procureur de la République. Le déferrement est un « *préalable à la mise en œuvre de la procédure de comparution immédiate* »¹⁸¹² à l'inverse de la garde à vue¹⁸¹³. Le procureur décide des suites de la procédure sous la forme soit d'une citation directe, d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, de la saisine du juge d'instruction en vue d'une mise en examen ou d'une comparution immédiate.

403. Le jugement de la comparution immédiate se déroule souvent le même jour de la garde à vue. Le procureur de la République doit être informé sans délai de l'arrivée d'une personne au dépôt à la suite d'une garde à vue. L'intéressé doit être présenté à un magistrat du siège avant l'expiration du délai de vingt heures prévu à l'article 803-3 al.1er du CPP¹⁸¹⁴. Ce délai compte à partir de l'heure à laquelle la garde à vue a été levée¹⁸¹⁵. Dans la pratique, le délai de la mesure de rétention dans les geôles du tribunal¹⁸¹⁶, en raison de l'engorgement et des jours fériés peut s'allonger.

Le déferrement est applicable dans les juridictions dont les locaux sont spécialement aménagés pour passer la nuit. La présence de l'avocat n'est pas obligatoire dès le début de

¹⁸⁰⁷ Ibid., p 445.

¹⁸⁰⁸ M. Guerrin, « Les principales causes de nullité de l'audience pénale », *AJ pénal*, 2008, p181.

¹⁸⁰⁹ C. Saas, « Défendre en garde à vue : une révolution ... de papier ? », *AJ pénal* 2010, p27.

¹⁸¹⁰ Art 803-2 et 803-3 du CPP.

¹⁸¹¹ Art 803-2 du CPP.

¹⁸¹² H.Vlamynck, « La procédure de comparution immédiate... » *chron.préc.*, p 10.

¹⁸¹³ Crim.3 sept.2003, n°02-85.697, même si les articles 803-2 et 803-4 du CPP lient le déferrement et la garde à vue.

¹⁸¹⁴ QPC n° 2010-80 du 17 déc.2010.

¹⁸¹⁵ « Ne devient effective qu'au moment de la notification de la fin de cette mesure et non au moment où le procureur de la République a donné les instructions sur l'heure de cette levée » ; Crim. 26 oct. 2004, n° 04-84.550.

¹⁸¹⁶ Ou souricières.

l'entretien avec le procureur¹⁸¹⁷ contrairement au projet du nouveau code de procédure pénale¹⁸¹⁸. L'avocat choisi peut librement s'entretenir avec son client et accéder au dossier. Le dépassement du délai interdit le procureur d'interroger le suspect¹⁸¹⁹. Dans l'impossibilité¹⁸²⁰ d'une audience du tribunal le jour même, le prévenu est présenté (en présence de son avocat) au JLD¹⁸²¹ qui peut le remettre en liberté¹⁸²², le placer sous contrôle judiciaire¹⁸²³ ou en détention provisoire¹⁸²⁴ jusqu'à la prochaine audience. La détention provisoire, même si elle n'est prononcée qu'à titre exceptionnelle¹⁸²⁵, est une pratique courante correspondant à la lenteur d'instruction de notre pays¹⁸²⁶. Le Parquet dispose du référé-détention lui permet de saisir directement le JLD. Dans le cadre de la comparution immédiate, si la durée de la détention provisoire est courte, elle constitue une pré-peine. La peine prononcée recouvrira la durée de la détention effectuée.

404. Le seul placement en détention provisoire est ici nettement inférieur à celui de la procédure classique. Le plancher est de 6 mois pour la comparution immédiate et de 3 ans

¹⁸¹⁷ « Considérant que, si l'article 393 nouveau précité du code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne prévoit pas que la personne déférée au procureur de la République puisse être assistée d'un avocat, c'est parce que le magistrat qui ne dispose que du droit de décider par quelle voie il exerce sa poursuite est privé par la loi nouvelle du pouvoir de décerner un mandat de dépôt, même en cas de flagrant délit, un tel mandat ne pouvant être décerné que par un juge du siège », Décis. Cons. Const. n° 80-127 du 20 janv. 1981.

¹⁸¹⁸ Elargir la présence de l'avocat à l'audition avec le procureur comme dans d'autres procédures (706-106 du cpp) ; B.Guery, Comparution immédiate, *Rep. de dr.pén.Dalloz*, mars 2013, n°37 et 40.

¹⁸¹⁹ QPC n°2011-125 du 6 mai 2011, *Dalloz actualité*, 18 mai 2011, obs. Girault.

¹⁸²⁰ Impossibilité qui n'a pas à être justifiée par le procureur, crim n°05-83.149, bull. crim. n°142.

¹⁸²¹ « Dans le cas prévu par l'article précédent, si la réunion du tribunal est impossible le jour même et si les éléments de l'espèce lui paraissent exiger une mesure de détention provisoire, le procureur de la République peut traduire le prévenu devant le juge des libertés et de la détention, statuant en chambre du conseil avec l'assistance d'un greffier », art 396 al 1^{er} du CPP.

¹⁸²² crim 6 dec2005 bull. crim. n°321, À défaut le prévenu est présenté au juge des libertés de la détention qui pourra le remettre en liberté ou le placer contrôle judiciaire ou en détention provisoire (art 396 cpp) jusqu'à la plus proche audience.

¹⁸²³ Art 396 al 4 du CPP « Si le juge estime que la détention provisoire n'est pas nécessaire, il peut soumettre le prévenu, jusqu'à sa comparution devant le tribunal, à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou le placer sous assignation à résidence avec surveillance électronique. Le procureur de la République notifie alors à l'intéressé la date et l'heure de l'audience selon les modalités prévues au premier alinéa de l'article 394. Si le prévenu placé sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique se soustrait aux obligations qui lui sont imposées, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 141-2 sont applicables », L'assignation à résidence avec surveillance électronique ne s'applique qu'aux personnes encourant une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans. Le placement sous surveillance électronique mobile ne s'applique que pour les personnes encourant une peine de plus de sept ans d'emprisonnement avec un suivi socio-judiciaire.

¹⁸²⁴ Art. 396 al 3 du CPP : « peut placer le prévenu en détention provisoire jusqu'à sa comparution devant le tribunal. L'ordonnance prescrivant la détention est rendue suivant les modalités prévues par l'article 137-3, premier alinéa, et doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision par référence aux dispositions des 1° à 6° de l'article 144. Cette décision énonce les faits retenus et saisit le tribunal ; elle est notifiée verbalement au prévenu et mentionnée au procès-verbal dont copie lui est remise sur-le-champ. Le prévenu doit comparaître devant le tribunal au plus tard le troisième jour ouvrable suivant. À défaut, il est mis d'office en liberté ».

La demande en nullité de la détention provisoire fondé sur l'art143-1 du CPP n'est pas recevable lorsque elle est décidé dans le cadre d'une comparution immédiate (conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique sans permis en récidive), Crim 9 mai 2012, n°10-87.331.

¹⁸²⁵ Art 137 du CPP.

¹⁸²⁶ « La procrastination coupable des magistrats n'est pas seule en cause : nombre de procédures sont retardées parce que des expertises ou des commissions rogatoires ne sont pas effectuées ou le sont avec des retards considérables », L. Ben Kemoun, « Modeste propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *D.* 2013, p 1079.

pour une instruction. Il est décidé par le JLD lorsque le prévenu encourt une peine égale ou supérieure à 3 ans d'emprisonnement en dépit du seuil prévu pour les délits¹⁸²⁷. En comparution immédiate, c'est l'article 395 du CPP qui s'applique s'écartant des planchers communs¹⁸²⁸. Si l'ordonnance du JLD comporte les obligations prévues à l'article 137-3 al 1^{er} du CPP¹⁸²⁹, la jurisprudence refuse d'appliquer le minimum de 3 ans d'emprisonnement encouru pour décider le placement en détention provisoire d'un prévenu qui attend son audience en comparution immédiate qui concerne en majorité les récidivistes dont les droits sont rabaisés¹⁸³⁰. Le caractère exceptionnel de la détention provisoire s'explique par l'inexistence d'autres moyens efficaces pour arriver au résultat souhaité. Elle peut être levée pour raison médicale (soins palliatifs)¹⁸³¹, à laquelle est substitué une autre mode de contrôle judiciaire (ou PSE).

La violation des règles du déferrement entraîne la nullité de la saisine de la juridiction de jugement¹⁸³². Le délai du déferrement est un enjeu pour le déroulement de la procédure, forçant les magistrats du parquet à agir très vite. Il y a donc un préjugement et une prédétermination de la réponse pénale aussi bien provisoire que définitive.

2. Le déroulement d'une audience rapide

405. La comparution immédiate est une audience qui se caractérise par un débat contradictoire en présence de trois juges. Le président garantit le respect du principe du contradictoire. La procédure est orale. Il distribue la parole, à tour de rôle, au prévenu, à l'avocat, aux parties civiles éventuellement présentes, puis au procureur et enfin à l'avocat de la défense. L'identité du prévenu est vérifiée. Lecture du bulletin n°1 du casier judiciaire est faite publiquement, sauf décision de huit clos pour nettement préserver l'ordre public, ou la vie privée d'un mineur. Les infractions reprochées sont énoncées. Le prévenu peut s'opposer au jugement immédiat de son affaire, auquel cas, le parquet pourra s'y opposer.

Pour obtenir un complément d'information, le tribunal peut renvoyer l'affaire à une date ultérieure, ce qui peu usité. Après un résumé de l'affaire, avec pour appui, les pièces de procédure, le prévenu est interrogé sur les faits¹⁸³³ et les circonstances. Son temps de parole est limité par le président en raison de cette forme rapide de procédure. Sont évoqués les points sensibles et les points de contradiction. La fixation des dommages et intérêts des parties civiles, éventuellement constituées à l'audience. La présence de la victime n'est pas systématique en raison de la célérité du jugement. L'évaluation du préjudice peut nécessiter le report de l'audience.

¹⁸²⁷ Crim 5 oct 2011, n° 11-85.499 et Crim, 9 mai 2012, n°10-87.331 ; J. Lasserre Capdeville, « Précision sur le régime de la détention provisoire en matière de comparution immédiate », *AJ pénal* 2012, p 486.

¹⁸²⁸ Ibid.

¹⁸²⁹ « Caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144 », Ibid.

¹⁸³⁰ Art 143-1 du CPP.

¹⁸³¹ JLD, Paris, 14 juin 2012, « La détention provisoire nécessaire d'un prévenu néanmoins levées pour raison médicales », *AJ pénal* 2013, p 293, obs. M. Herzog-Evans.

¹⁸³² La cour de cassation annule un acte qui est la conséquence immédiate d'un autre antérieurement annulé (théorie du support nécessaire) ; Crim 6 déc.2005, n°05-82.450, bull. crim.n°321.

¹⁸³³ Le prévenu a droit à un interprète s'il ne parle pas le français.

3. Une enquête de personnalité rapide

406. Le magistrat du parquet doit faire procéder à une enquête personnalité¹⁸³⁴ alors que la personne prévenue est encore présente dans les geôles du tribunal. C'est une enquête téléphonique rapide¹⁸³⁵, effectuée après réquisition du SPIP, d'un service compétent ou de toutes personnes habilitées (travailleur social d'une association) dans les conditions prévues par l'article 81 al. 6 du CPP afin de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale du prévenu. Elle informe le procureur sur les mesures favorables à l'insertion sociale¹⁸³⁶. L'enquête de personnalité est diligentée avant toute détention provisoire, comparution immédiate et CRPC. Si elle est oubliée par le parquet, elle est réalisée par le JLD¹⁸³⁷ si celui-ci est saisi ou par la juridiction de jugement. La procédure prévoit des filtres pour que la personnalité du prévenu soit débattue dans le procès. Il vérifie et recueille des informations sur la situation familiale professionnelle de l'individu afin de faire resurgir des éléments de personnalité qui vont l'aider à garantir sa réinsertion et qui pourraient être exploités lors de l'audience. Ces garanties sont essentielles surtout si le prévenu tombe sous le coup des peines planchers. L'avocat doit s'associer à ce travail pour rassembler les pièces constitutives du dossier (certificats de travail, promesse d'embauche, quittance de loyer, soins). Les conditions d'interpellation et la régularité de la procédure sont rapidement contrôlées par l'avocat qui jugera utile ou non de demander un renvoi d'audience ou d'un délai pendant lequel il prépare sa défense¹⁸³⁸. La comparution immédiate ne peut se dérouler sans le consentement et la présence obligatoire de l'avocat en raison du fort risque de condamnation à une peine privative de liberté.

B. Une peine privative de liberté automatique

407. La comparution immédiate est-elle une machine à punir qui se détourne des règles du procès équitable? En effet, la mise en œuvre du régime dérogatoire des récidivistes se concrétise par une procédure qui condamne avec un mandat de dépôt automatique (a). Le déroulement de la comparution immédiate démontre une rupture entre les droits accordés à tous justiciables et ceux des récidivistes (b).

a. Un mandat de dépôt automatique

408. Le mandat de dépôt traduit dans la pratique la justice expéditive de la comparution immédiate. La juridiction de jugement doit spécialement motiver¹⁸³⁹ sa décision de placement ou de maintien en détention. Le mandat de dépôt¹⁸⁴⁰ est l'« *ordre donné au chef d'un établissement pénitentiaire par un juge des libertés et de la détention ou par une juridiction pénale de jugement des crimes ou des délits, de recevoir et détenir, selon*

¹⁸³⁴ Art 396 al 4 du CPP renvoie à l'art 41 du CPP.

¹⁸³⁵ Annexe 17 : Formulaire rapide d'enquête de personnalité

¹⁸³⁶ L'enquête de personnalité est diligentée avant toute détention provisoire, comparution immédiate, CRPC.

¹⁸³⁷ Art 396 du CPP se référant à l'art. 41 du CPP.

¹⁸³⁸ Le délai varie en fonction de la peine encourue : les délais ne peuvent être inférieurs à deux semaines ou deux mois supérieurs à six semaines ou à quatre mois.

¹⁸³⁹ Le tribunal doit surtout ne pas oublier de motiver le maintien en détention faute de quoi le détenu sera libéré, Crim. 9 juill. 1980, Bull. crim. n° 221, D., 1981, p. 49, note Mayer.

¹⁸⁴⁰ Art 122, 367, 465 et 469 du Cpp.

le cas, soit une personne mise en examen et qui fait l'objet d'une ordonnance de placement en détention provisoire, soit un prévenu ou un accusé »¹⁸⁴¹. « Le sort du prévenu privé de liberté lors de sa comparution devant les juges ne pré-déterminerait-t-il pas un placement en détention ? »¹⁸⁴². Après les débats le tribunal se retire pour statuer sur la culpabilité et le choix de la peine (amende pénale, l'emprisonnement ferme ou avec sursis, etc...). L'incarcération immédiate suite au mandat de dépôt serait influencée par le statut du prévenu déjà en détention lors de la comparution. Ce placement en détention préjugerait la condamnation à de la prison ferme. Le juge confirme ainsi les motivations de la décision du placement de détention provisoire du JLD.

L'audience peut être reportée à la demande soit, du prévenu pour mieux préparer sa défense¹⁸⁴³, soit, des parties et du tribunal pour obtenir un complément d'information¹⁸⁴⁴ ordonné aux magistrats. L'affaire peut être renvoyée au procureur pour l'ouverture d'une information judiciaire. Lorsque le procès n'est pas reporté le jugement peut être mis en délibéré¹⁸⁴⁵ ou rendue le jour même. L'article 397-4 du CPP donne la possibilité au tribunal quel que soient la durée de la peine de prononcer un mandat de dépôt. L'article 465 du CPP dispose que « si le tribunal correctionnel prononce une peine il peut, si la peine prononcée est au moins d'une année d'emprisonnement sans sursis, par décision spéciale et motivée, lorsque les éléments de l'espèce justifient une mesure particulière de sûreté, décerner mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu. Il est donc nécessaire qu'une peine d'un an d'emprisonnement ferme soit prononcée pour que le mandat de dépôt ou d'arrêt puisse être délivré ». Il est une exception au principe qui, en matière correctionnelle, prévoit un aménagement pour les peines allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement¹⁸⁴⁶.

409. L'incarcération du condamné suite à l'audience est liée aux garanties de représentation (logement, emploi, salaires) qui dépendent du profil du prévenu. Le mandat de dépôt suit dans le trois-quarts des cas les réquisitions du parquet¹⁸⁴⁷. Si le juge n'ordonne pas de mandat de dépôt et que la peine de prison est inférieure ou égale à 24 mois, le condamné aura la possibilité devant le JAP de voir sa peine aménagée. En comparution immédiate seule 12 % des peines de prison ferme sont prononcés sans mandat de dépôt c'est-à-dire

¹⁸⁴¹ Lexique des termes juridique, p 574.

¹⁸⁴² D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate...op.cit.*, p 30.

¹⁸⁴³ Art. 397-1 al 1 et 2 du CPP : « Si le prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante ou si l'affaire ne paraît pas en état d'être jugée, le tribunal, après avoir recueilli les observations des parties et de leur avocat, renvoie à une prochaine audience qui doit avoir lieu dans un délai qui ne peut être inférieur à deux semaines, sauf renonciation expresse du prévenu, ni supérieur à six semaines.

Lorsque la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement, le prévenu, informé de l'étendue de ses droits, peut demander que l'affaire soit renvoyée à une audience qui devra avoir lieu dans un délai qui ne peut être inférieur à deux mois, sans être supérieur à quatre mois».

¹⁸⁴⁴ Art.397-2 du CPP.

¹⁸⁴⁵ Lorsque le tribunal met en délibéré la décision il se prononce au préalable sur le placement ou le prolongement du contrôle judiciaire (Art 397-3 al 1^{er}) ou sur la détention provisoire du prévenu (al 2). «Lorsque le prévenu est en détention provisoire, le jugement au fond doit être rendu dans les deux mois qui suivent le jour de sa première comparution devant le tribunal. Faute de décision au fond à l'expiration de ce délai, il est mis fin à la détention provisoire. Le prévenu, s'il n'est pas détenu pour une autre cause, est mis d'office en liberté». ; Art 397-3 al 3 du CPP. Le délai est porté à quatre mois pour le régime dérogatoire de l'article 397-1 al 2 du CPP.

¹⁸⁴⁶ Avant la loi pénitentiaire de décembre 1009 le quantum de la peine était de un an.

¹⁸⁴⁷ 80 % des réquisitions du parquet sont suivis par le tribunal lorsqu'il réclame de la prison ferme. En ce qui concerne les peines planchers seulement 5 % sur les 18 % requises sur le total des comparutions immédiates lors de l'étude de Toulouse sont retenues. D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ?...op.cit.*, p79.

avec un aménagement possible. 58 % des personnes jugées en comparution immédiate font l'objet d'un mandat de dépôt et dorment en prison le soir même de leur condamnation. 66% des mandats de dépôt issus de la comparution immédiate concernent des récidivistes ou réitérant. « *Avoir un casier judiciaire augmente non seulement la probabilité d'être jugé en comparution immédiate mais aussi de finir directement en détention à la suite de celles-ci. Bien entendu, lorsque l'emprisonnement est prononcé, être ou non en récidive légale influe dans l'attribution du mandat de dépôt* »¹⁸⁴⁸.

- 410.** L'observatoire des comparutions immédiates a relevé que les mandats de dépôt sont prononcés en fonction des délits. 74 % des affaires qui jugent des étrangers en situation irrégulière sont assorties d'un mandat de dépôt¹⁸⁴⁹. Puis, la population la plus touchée par le mandat de dépôt après comparution immédiate concerne les personnes sans domicile fixe, sans travail et avec peu ou pas de revenus, c'est-à-dire les personnes les plus précaires¹⁸⁵⁰. La situation familiale n'est pas prise en compte dans la décision, notamment concernant les hommes avec enfants. « *Il semblerait que les hommes ne soient pas considérés indispensables aux soins et l'éducation des enfants* »¹⁸⁵¹. Cette mise à l'écart dans l'éducation et les soins apportés aux enfants est sûrement symptomatique puisque nombreux souffrent de troubles psychiatriques, de violence sans oublier les addictions et les troubles du comportement. Leur libération constituerait une surenchère dans les violences entre familiale. « *La prison devient la solution simple pour appliquer une décision de justice en toute certitude, contrairement à des mesures de suivis avec mise à l'épreuve, qui pourrait rester lettre morte du fait de l'insuffisance de moyens pour les mettre en œuvre. Ainsi la mise en œuvre d'une procédure expéditive et simplifiée, celle de la comparution immédiate, s'achève par une réponse judiciaire simple : la prison* »¹⁸⁵².

b. Un procès inéquitable

La comparution immédiate est un procès brutal qui rend la justice inhumaine (1). Cette procédure est déroge du droit commun de la défense (2) dans le but d'éliminer la récidive à travers le récidiviste (3).

1. Une justice brutale, sourde et inaudible

- 411.** Cette réponse pénale a été analysée pendant quelques mois par l'observatoire des comparutions immédiates de la ligue des droits de l'homme de Toulouse. Il relève des atteintes aux droits au procès équitable énoncés à l'article 6 dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* » et « *tout accusé a droit*

¹⁸⁴⁸ D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate ...op.cit.*, p76.

¹⁸⁴⁹ 64 % pour les atteintes aux biens, 53 % pour les délits de la circulation, 52 % concernant les stupéfiants et 47 % pour les atteintes aux personnes, D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate...op.cit.*, p76.

¹⁸⁵⁰ « 86 % des personnes SDF sont soumis à un mandat de dépôt. 70 % des personnes comparaisant pour des délits relatifs au droit des étrangers ont un mandat de dépôt. 96 % des personnes qui se voient attribuer une interdiction du territoire passent d'abord par la case prison. Il en est ainsi aussi des personnes présentant des troubles psychiatriques, plus de 63 % d'entre elles iront directement en prison à la suite de l'audience », *ibid.*, p76.

¹⁸⁵¹ *ibid.*, p77.

¹⁸⁵² *ibid.*, p77

notamment à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ». Ce temps imparti est destiné à préparer sa défense, choisir un défenseur de son choix ou un avocat commis d'office. Ce droit permet aussi « d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge »¹⁸⁵³. Ainsi, la défense a les mêmes droits que le Parquet dispose pour obtenir des éléments à charge, nécessaires lors de la comparution immédiate. Le prévenu peut évoquer les garanties d'insertion et de réinsertion qui dérogent aux peines planchers. Il pourra entrer en contact, par le biais de son avocat, avec les services compétents pour justifier d'un emploi, d'une formation ou de responsabilités familiales. Dans ce contexte, si la justice est sourde et inaudible envers les délinquants et particulièrement les récidivistes, c'est en raison d'une dérive de la pratique de la comparution immédiate. « La simplification de la procédure entraîne un écrasement du détail et de la complexité, une sorte de standardisation, qui n'est pas pour rien dans le sentiment de justice à la chaîne qui se dégage des comparutions immédiates »¹⁸⁵⁴. Cette justice rapide donne l'impression d'être expéditive¹⁸⁵⁵. La peine prononcée est expliquée en détail dans moins d'un tiers des cas notamment lorsqu'elle fait l'objet d'un rendez-vous ultérieur devant le JAP, aux fins d'aménagement. Dans la moitié des cas il n'y a pas d'explication sur les modalités de la peine.

- 412.** Le processus de désocialisation est brutal et rapide. De l'interpellation au placement sous écrou, il se déroule environ 48 à 72 heures, durant lesquelles, l'individu est désarmé et à la disposition de l'autorité judiciaire. Même récidiviste, il ne peut être préparé à l'issue du procès et subira le choc carcéral. Il existe un intérêt particulier à créer une procédure pour les détenus arrivants et ne pas compromettre le bon déroulement de l'exécution. « Non préparé, l'incarcération sera constitutive, pour le condamné qui travaille, d'un abandon de poste, pour celui qui est en formation d'un échec de celle-ci. Face à cela, la réinsertion du condamné ne sera que plus complexe. Il sera mis dans une situation où il lui sera d'autant plus difficile d'accepter sa peine qu'il vivra en général injustice des conséquences qui sont liées à sa privation de liberté »¹⁸⁵⁶.

Cette justice expéditive l'est aussi pour les victimes souvent présentes lorsqu'elles ont fait l'objet d'une atteinte aux biens ou aux personnes. La célérité empêche leur intervention à l'audience. L'absence du préjudice consolidé diminue l'envergure du préjudice et des dommages et intérêts demandés par la victime, dépassée par la

¹⁸⁵³ Art 6 de la CESDH, voir aussi l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Et l'article 11 « toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis ».

¹⁸⁵⁴ Ibid., p91.

¹⁸⁵⁵ Durée de la procédure : moins de 20 minutes : 22 % des affaires, plus d'une heure : 13 % des affaires. Le procureur de la république s'exprime en moyenne pendant cinq minutes dans les trois-quarts des affaires et les avocats plaident environ moins de huit minutes dans 67 % des cas alors qu'ils sont commis d'office dont 70 % des affaires, il ne plaide la relaxe que dans un quart des affaires et dans 40 % des cas il demande la clémence du tribunal ; Chiffres issus de l'enquête sur la comparution immédiate à Toulouse de février à juin 2011, *ibid.*, p 83.

¹⁸⁵⁶ E. Tricoire, Brèves observations sur la pratique du mandat de dépôt en comparution immédiate, *in ibid.*, p81.

procédure¹⁸⁵⁷. Pour elle, cette procédure ne fait pas suffisamment valoir leurs droits. A contrario, la comparution immédiate est instrumentalisée par les victimes qui par des déclarations mensongères obtiennent des dommages-intérêts ou lors qu'elles sont démasquées peuvent engendrer la relaxe du prévenu¹⁸⁵⁸. Cette procédure, peu respectueuse des droits des victimes, s'ajoute à la distorsion des droits du prévenu significativement déséquilibrés.

2. Des droits de la défense réduits

- 413.** Les droits de la défense sont réduits, d'abord, par les limites portées à la plaidoirie et par le positionnement de chacun dans la salle d'audience. L'avocat a un rôle particulier dans le procès. Sa réputation et ses clients sont peu conventionnels, ce qui le place dans une catégorie à part, en dessous des magistrats. Le Parquet qui tient son mon d'« *une erreur de menuiserie* »¹⁸⁵⁹ est toujours au-dessus de l'avocat, au même niveau que les juges du siège. L'avocat de l'accusation devrait être placé sur un pied d'égalité avec l'avocat de la défense. Il existe dès lors, une inégalité visible et flagrante qui crée une atmosphère particulière qui ne peut échapper aux jurés.
- 414.** Le dernier rempart qui protège les droits de l'homme réside dans l'intervention de l'avocat notamment en garde à vue, puis, dans les geôles du tribunal avant la comparution immédiate. L'objectif de la réforme de la garde à vue était de réduire son utilisation en raison de sa nature coercitive, souvent disproportionnée (non présentation d'enfant suite au partage de la garde). En effet, une baisse de 30 % est constatée la première année, mais c'est sans compter sur la poursuite du recours à l'audition libre du suspect moyennant notification des droits, contournant la présence de l'avocat par son absence¹⁸⁶⁰. En effet, sa présence renforcée en garde à vue, devrait lui permettre de connaître plus tôt les éléments de personnalité, essentiel au jugement. Cependant, l'accès aux pièces de procédure reste limité en garde à vue¹⁸⁶¹. Au risque de subir les foudres de la CEDH, la Cour de cassation estime que « *l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier, à ce stade de la procédure, n'est pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, dès lors que l'accès à ces pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement* »¹⁸⁶². Cette position remet en question la philosophie de la réforme de la garde à vue et du rôle de l'avocat, placé devant le fait accompli de la garde à vue. Puis, tout au long de la procédure il sera forcé de survoler les dossiers qui s'accumulent au gré de l'arrivée des prévenus en comparution immédiate. Ce travail à la chaîne ne peut offrir une défense effective et efficace. La défense s'homogénéise et se standardise. La facilité d'accès du dossier en garde à vue permettait ainsi de gagner du temps pour une défense effective. L'avocat est dans l'incapacité de

¹⁸⁵⁷ La victime peut demander un renvoi sur les intérêts civils dans le but de chiffrer son préjudice.

¹⁸⁵⁸ D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ?...op.cit.*, p97.

¹⁸⁵⁹ Avocats, *Le verbe et la robe...op.cit.*, p 55.

¹⁸⁶⁰ Cons.Const. 18 nov. 2011, n° 2011-191, Garde à vue II : l'excès de pragmatisme du Conseil constitutionnel, garant de la non-méconnaissance des droits fondamentaux, *AJ pénal* 2012, p102, obs. J-B.Perrier.

¹⁸⁶¹ « L'accès de l'avocat aux seules pièces énumérées, n'est pas contraire à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, le droit à une défense concrète et effective étant assuré lors des phases d'instruction ou de jugement », *Crim.*19 sept.2012, n°11-88.111, *D.*2012, p 2246, obs. C.Girault ; L.Ascensi, l'accès de l'avocat aux pièces du dossier pendant la garde à vue, *AJ pénal* 2013, p50, obs.

¹⁸⁶² F. Desprez, Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, *D.* 2012, p2640.

regrouper les informations nécessaires pour défendre son client notamment pour justifier les garanties d'insertion ou de réinsertion dérogeant à l'application des peines planchers¹⁸⁶³.

L'intervention est humainement importante pour soutenir moralement l'individu qui subit la brutalité de la procédure. Dès le début de la garde à vue, la présence de l'avocat est « *garante du bon déroulement pour le gardé à vue de ses auditions* »¹⁸⁶⁴. Il veille au respect de ses droits dont celui d'être examiné par un médecin¹⁸⁶⁵, tout au long de la procédure en cas de prolongation¹⁸⁶⁶ à l'initiative du procureur¹⁸⁶⁷. Parmi les nouveaux droits de la défense, le recours à l'enregistrement audiovisuel se conjugue avec l'intervention de l'avocat, tiers aux enquêteurs, pouvant faire doublon avec « *l'œil de la caméra* »¹⁸⁶⁸.

- 415.** Le temps est compté pour apporter les preuves de garantie de réinsertion. L'enquête de personnalité obligatoire est succincte. Il est regrettable qu'elle ne soit pas prise en compte plus en amont de la comparution immédiate pendant la garde à vue. Les recherches plus approfondies sur les éléments de personnalité garantiraient une meilleure défense et rééquilibrerait l'égalité des armes¹⁸⁶⁹. Le déféré devant le Procureur en application des dispositions de l'article 393 du CPP, a droit à la désignation d'un avocat, même pour des infractions relative à la criminalité organisées¹⁸⁷⁰. Il est cependant regrettable que la défense ne dispose d'aucun moyen dans la loi pour « *éclairer le choix* »¹⁸⁷¹ du Parquet dans la détermination d'une comparution immédiate. C'est *in limine litis*, que l'avocat, devra avant que l'affaire ne soit examinée au fond, soulever toutes les nullités « *fondées et nécessaires à la défense de son client* »¹⁸⁷² dont celles concernant les actes de saisine de

¹⁸⁶³ Art.132-19-1 al 4 du CP : « Par décision spécialement motivée, la juridiction peut toutefois prononcer une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure aux seuils prévus par le présent article si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. »

¹⁸⁶⁴ J. Boudot et B. Grazzini, La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique, *AJ pénal* oct.2012, p512

¹⁸⁶⁵ Modèle de certificat médical utilisé en garde à vue en Seine-Saint-Denis depuis 2010, P. CHARIOT, H.Brifa et A.Lepreste, *Intervention du médecin en garde à vue : contenu du certificat médical et de ses cotés*, *AJ pénal* oct.2012, p 525.

¹⁸⁶⁶ Art 63-3 du CPP : « Toute personne placée en garde à vue peut, à sa demande, être examinée par un médecin désigné par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire. En cas de prolongation, elle peut demander à être examinée une seconde fois. Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien en garde à vue et procède à toutes constatations utiles. Sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences incombant aux enquêteurs en application du présent alinéa doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a formulé la demande. Sauf décision contraire du médecin, l'examen médical doit être pratiqué à l'abri du regard et de toutes écoutes extérieures afin de permettre le respect de la dignité et du secret professionnel.

¹⁸⁶⁷ Art 63-3 al 2 du CPP : « A tout moment, le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire peut d'office désigner un médecin pour examiner la personne gardée à vue ».

¹⁸⁶⁸ S. Sontag Koenig, Intervention de l'avocat et droits de la défense en garde à vue : quel avenir pour les enregistrements audiovisuel ? *AJ pénal*, oct.2012, p 527.

¹⁸⁶⁹ Collaboration entre les services de polices, travailleurs sociaux, agent du SPIP et autres personnes concourant à l'organisation de la justice.

¹⁸⁷⁰ En pratique, le prévu est souvent déféré devant le procureur sans la présence de son avocat en raison de la méconnaissance de l'article 706-106 du CPP, sanctionné par la nullité du procès-verbal de la comparution immédiate et en conséquence celle de la saisine de la juridiction de jugement ; V. Brochier et Lee, À propos d'une disposition oubliée : l'article 706-106 du code de procédure pénale, *AJ pénal*, 2009, p 447.

¹⁸⁷¹ P. De Comble de Nayves et E. Mercinier, « Comparution immédiates... » *chron. préc.*, p 19.

¹⁸⁷² *Ibid.*, p 19.

la comparution immédiate¹⁸⁷³ (délai de comparution, locaux, droit du gardé à vue). L'enquête peut être insuffisante et des recherches devront être diligentées des lors qu'elles sont « nécessaires à la manifestation de la vérité relatif aux faits reprochés ou à la personnalité de l'intéressé »¹⁸⁷⁴. L'avocat ou le prévenu a droit de demander¹⁸⁷⁵ au tribunal d'ordonner tout acte d'information. Le refus est motivé. La citation de témoin dans la procédure de comparution immédiate déroge au principe dès lors qu'il est possible de citer « sans délai et par tout moyen les témoins »¹⁸⁷⁶. Cette disposition est peu appliquée en raison du manque de temps pour l'avocat de procéder à la recherche des témoins surtout lorsqu'ils ne sont pas présents. De plus, le placement en détention provisoire plane sur le report d'audience. Le prévenu est indirectement contraint à abandonner cette faculté sans pour autant que cela constitue une violation du procès équitable et des droits de la défense¹⁸⁷⁷.

L'immédiateté de la comparution immédiate, ne caractérise pas la procédure d'appel ce qui questionne sur l'effectivité de ce droit¹⁸⁷⁸. Si cette justice est expéditive et punitive, en appel c'est l'inverse puisque le délai est long. « La Cour statue dans les quatre mois de l'appel du jugement rendu sur le fond interjeté par le prévenu détenu, faute de quoi celui-ci, s'il n'est pas détenu pour une autre cause, est mis d'office en liberté »¹⁸⁷⁹. La durée de quatre mois pour faire appel est trop long au regard de l'immédiateté de la mise en œuvre de la peine qui peut être égale à cette durée. Le second degré de jugement semble n'être qu'un principe théorique, qui rajoute de l'incohérence à la sanction. « La célérité, qualité éponyme de la comparution immédiate, disparaît au prononcé de la peine, elle n'est plus qu'un lointain souvenir, souvent amer, au stade de l'appel »¹⁸⁸⁰. En conséquence, les droits de la défense sont limités contrairement à d'autres procédures (mise en examen) qui font l'objet d'extension de droit et de garanties par le législateur¹⁸⁸¹. La parole de la défense est réduite au « service minimum du procès équitable »¹⁸⁸².

- 416.** La Cour d'appel de Douai s'est prononcée sur les insuffisances de la procédure de comparution immédiate dans deux décisions récentes. Sans la remettre en cause, elle dénonce les carences de la procédure de comparution immédiate qui peuvent préjudicier les droits de la défense (absence de confrontation)¹⁸⁸³ ou lorsqu'elle élude des éléments

¹⁸⁷³ Art 803-3 du CPP.

¹⁸⁷⁴ Art.397-1 al 3 du CPP.

¹⁸⁷⁵ Les « demandes pourront être faites oralement, même sans déposer des conclusions écrites- en étant mentionnées sur la feuille d'audience - et devront donner lieu, en cas de refus, à un jugement avant-dire droit motivé», Circulaire du 14 mai 2004.

¹⁸⁷⁶ Article 397- 5 déroge au principe de la citation directe de l'article 550 du CPP.

¹⁸⁷⁷ « Contrairement aux affirmations du moyen, la procédure de comparution immédiate n'interdit pas au prévenu, au besoin en sollicitant le renvoi de la cause, de faire citer les témoins de son choix en application des dispositions des articles 435 et 397-5 du code de procédure pénale et que de surcroît le tribunal a la faculté, en vertu de l'article 444, alinéa 3, du même code, d'autoriser sur la proposition des parties l'audition de témoins, non régulièrement cités, mais présents à l'audience, le demandeur, faute d'avoir usé en l'espèce de la faculté qu'il tient des textes précités, ne saurait faire grief à la cour d'appel d'avoir méconnu le principe du procès équitable et les droits de la défense». Crim. 18 avr. 1988, n° 87-84.819, Bull. crim. n°161.

¹⁸⁷⁸ « Epilogue de la comparution immédiate : un droit d'appel souvent illusoire », P. De Combles de Nayves et Mercinier, « Comparutions immédiates... » *chron. préc.*, p21.

¹⁸⁷⁹ Art. 397-4 du CPP.

¹⁸⁸⁰ P. De Combles de Nayves et Mercinier, « Comparutions immédiates... » *chron. préc.*, p21

¹⁸⁸¹ V. Combles de Nayves et Mercinier, *Comparutions immédiates...op.cit.*,p18.

¹⁸⁸² S. Portelli, préface, D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ?... op.cit.*p8.

¹⁸⁸³ Absence de confrontation suite à la divergence des faits, « Les carences en question, préjudiciables à la manifestation de la vérité, ne doivent pas pour autant porter atteinte au moyen de défense du prévenu »,

de personnalité ne peuvent prononcer une peine prévenant la récidive¹⁸⁸⁴. La cour d'appel soulève la question du choix de la procédure pour des affaires, qui, *in fine*, ne sont pas en état d'être jugées. En réduisant le quantum des peines de prison ferme, elle interroge sur les conséquences de cette procédure. Les peines de l'espèce ne semblent pas prendre suffisamment en compte les causes du passage à l'acte. La cour d'appel de Douai regrette l'absence d'une « *prise en charge de nature à leur faire prendre conscience de la gravité de leurs agissements, élaborer un projet de vie en rupture avec ce qui ressemble, en l'état de la procédure, à une pathétique impasse, tant pour eux-mêmes que pour leur environnement* »¹⁸⁸⁵.

417. L'interpellation, la garde à vue et le déferrement devant le procureur prédestine le récidiviste à la prison ferme. Ce déterminisme carcéral, peut-il encore lui donner la force de se défendre sur le degré de son intention coupable et d'expliquer le *modus operandi* ? La comparution immédiate suppose l'existence du lien de causalité entre l'auteur et l'infraction. En revanche ce qui l'est moins, c'est l'intention coupable de l'auteur¹⁸⁸⁶. Elle se compose de variantes¹⁸⁸⁷. Le dol constitue par exemple l'intention de violer la loi pénale ou d'atteindre un résultat précis. Le dol aggravé, quant à lui, aggrave la peine car elle est conditionnée à une réflexion en amont ou réalisée en connaissance de l'état de récidivité par l'infracteur. Le délit *praeter intentionnel* dépasse les prévisions de l'infracteur. L'intention coupable en vue de ses nombreuses caractéristiques, ne peut être approfondie durant une comparution immédiate, au détriment de la vérité. L'étude de l'intention coupable s'apparente ici, plus à l'établissement des mobiles ou des motifs¹⁸⁸⁸ qui ont causé et conduit l'auteur à commettre l'infraction. « *L'intention coupable est la plus haute acception pénale de la culpabilité* »¹⁸⁸⁹, c'est pourquoi, les motivations conscientes ou inconscientes, les mobiles, les motifs et la personnalité sont exclus dans l'appréciation et la détermination de la culpabilité. Seule compte l'intention coupable, offrant la garantie d'être jugé avec impartialité. La pratique judiciaire de cette comparution remet en cause le principe de l'indifférence des motivations dans la détermination de la culpabilité. Le pré-jugement des services de police et du parquet orienté par une politique pénale nationale, applique systématiquement les peines planchers. C'est le résultat d'une présomption de culpabilité corroborée par le passé criminel du casier judiciaire. L'élément matériel suffit au déclenchement de cette procédure. L'homme a eu l'intention de voler parce que c'est un récidiviste. Il a eu

Cour d'appel de Douai, 4^{ème} ch., 10 nov. 2011, n°10/01045 C.SAAS, Les insuffisances de la procédure de comparution immédiate sur la sellette, *AJ pénal* 2012, p476.

¹⁸⁸⁴ Absence d'expertise de l'auteur de faits graves (torture et acte de barbarie dans un état alcoolique en récidive) qui empêche de prononcer une peine qui pour l'avenir lui fera prendre conscience de la gravité de ses actes et soigner son alcoolisme, Cour d'appel de Douai, 4^{ème} ch., 14 déc. 2011 n° 11/01060, C.SAAS, Les insuffisances de la procédure de comparution immédiate sur la sellette, *AJ pénal* 2012, p476.

¹⁸⁸⁵ Cour d'appel de Douai, 4^{ème} ch., 14 déc. 2011 n° 11/01060.

¹⁸⁸⁶ « L'intention, dans son sens juridique, est la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi ; c'est la conscience chez le coupable, d'enfreindre les prohibitions légales (qu'il est toujours censé connaître » E. Garçon, Code pénal annoté, 1^{ère} éd., 1901, art 1 n°77 *in* Bernardini, *Droit pénal général*, Gualino, 1^{ère} éd. 2003, p 384.

¹⁸⁸⁷ R. Bernardini, *Droit pénal général*, Gualino, 1^{ère} éd. 2003, p 390 et s.

¹⁸⁸⁸ Les mobiles, préalables à l'intention, « sont des causes affectives et non intellectuelles de l'action » « qui déclenchent le comportement et regroupent les motivations, buts vers lequel ce comportement est dirigé ». Les motivations seules ne permettent pas de comprendre totalement les raisons du passage à l'acte. « Les motifs se distinguent des mobiles en ce qu'ils sont des raisons d'agir puiser dans l'intelligence, les pousser plus ou moins réfléchies vers un acte et qu'il faut agir après décision. Les motifs ne sont donc pas déterminants de l'activation du sujet : ce sont des raisons de type directif. », *ibid.*, p 400.

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, p396.

l'intention de dealer parce qu'il est drogué. Il a eu l'intention de voler parce qu'il est pauvre. L'intention coupable est préalablement établie d'après des présupposés¹⁸⁹⁰.

L'effet système de la politique pénale répressive à l'encontre des récidivistes atteint les entrailles du droit pénal jusqu'à écorcher les éléments constitutifs de l'infraction. Quel que soit le degré de son intention le récidiviste est indéfendable. Ce n'est qu'une question de temps avant de replonger dans les entrailles de la justice des récidivistes.

3. Des récidivistes surreprésentés

418. L'observatoire des comparutions immédiates a étudié les délits jugés en correctionnel en comparaison avec les chiffres de la justice¹⁸⁹¹, de février à juin 2011 au TGI de Toulouse¹⁸⁹². Son attachement militant à la ligue des droits de l'homme peut relativiser la portée de son analyse chiffrée, néanmoins rare et pertinente. Elle confirme l'idée que la comparution immédiate juge des personnes enrées dans une détresse sociale représentant, pour près des trois quart d'entre eux, des récidivistes. Elle est une réponse dure à une situation humaine difficile¹⁸⁹³. La procédure de comparution immédiate a pour conséquence un séjour direct en prison. Il est en adéquation avec le discours sécuritaire de la systématisation de la prison. L'aménagement des peines ne serait pas suffisamment dissuasif. Cependant, les statistiques ainsi que l'observatoire des comparutions immédiates, précisent qu'en ce qui concerne la peine de prison une sur-représentation des récidivistes est constatée, pour certains délits tels que les infractions relatives à la circulation routière (63 %), les atteintes aux biens (47 %) et les violences faites aux femmes (75%)¹⁸⁹⁴. La comparution immédiate témoigne de la misère sociale, de la pauvreté et de l'absence au système de soins au quotidien. 24 % des personnes sujets à cette procédure, en plus de leur casier judiciaire, ont des problèmes psychologiques ou psychiatriques. 17 % ont un état de santé dégradé, 21 % sont addict aux drogues. Les problèmes sociaux sont réglés par le droit, la justice immédiate et le mandat de dépôt dans les prisons. Cette délinquance est caractérisée par la précarité alimentaire due à des problèmes sociaux que la justice et la prison n'ont pas vocation à résoudre. Cette comparution vise principalement des jeunes hommes célibataires en situation précaire et de nationalité étrangère. Les atteintes aux biens et aux personnes constituent les principales infractions qui y sont jugées. D'une manière générale les récidivistes sont surreprésentés dans la procédure de comparution immédiate.

419. Cinq types d'infractions sont prédestinés à faire l'objet d'une comparution immédiate : l'atteinte aux biens (32,78 %), l'atteinte aux personnes (28,36 %) ; les affaires de stupéfiants (13,14 %), les infractions liées à la législation sur les étrangers (13,8 %), les infractions routières (11,6 %) et 0,74 % représentent d'autres délits. Les atteintes aux

¹⁸⁹⁰ Le délit de faciès, les préjugés sociaux et l'atmosphère pesante dans la salle d'audience sont les conséquences de l'effet système, voir à ce sujet les réactions et les indignations citoyennes relayées par les auditeurs et auditrices dans le cadre de l'étude de l'observatoire des comparutions immédiates, D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate...op.cit.* p.31 et s.

¹⁸⁹¹ Les condamnations prononcées en 2008. Infractions sanctionnées et peines prononcées, Infostat justice n°207, 2009.

¹⁸⁹² D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate. ...op.cit.*, p 51.

¹⁸⁹³ En plus d'être une procédure brutale, le principe de l'application dans le temps des lois de forme s'applique : «les lois concernant la comparution immédiate sont des lois de forme qui, conformément aux dispositions de l'article 112-2 du code pénal, sont d'application immédiate. Elles s'appliquent donc aux faits commis avant leur entrée en vigueur quand bien même elles aggraveraient la situation du prévenu»,Crim. 7 janv. 2004, n° 03-85.305 Bull. crim. n° 6.

¹⁸⁹⁴ D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ?..op.cit.*, p31 et s.

biens représentent 20% des délits jugés en correctionnel, alors qu'ils atteignent 33 % en comparution immédiate. Les atteintes aux personnes s'élèvent à 14 % par rapport à l'ensemble des délits alors qu'ils représentent 28 % en comparution immédiate. Cette étude constate aussi que 66 % des délits jugés en comparution immédiate n'ont pas de dimension violente¹⁸⁹⁵. La sur-représentation de certaines catégories de personnes par rapport à l'ensemble des infractions ainsi qu'à l'ensemble de la population générale est recensées par l'INSEE¹⁸⁹⁶ : des jeunes de 18 à 24 ans soit 28,5 % de comparution immédiate pour 29,5 % de l'ensemble des infractions et 8,8 % de la population générale. Les principales infractions des jeunes jugées ici constituent des atteintes aux biens à hauteur de 46 % contre 33 % pour l'ensemble des prévenus¹⁸⁹⁷. Une sur-représentation des étrangers (13 % ce qui constitue deux fois plus que la population générale d'étrangers sur le territoire français estimé à 6 %¹⁸⁹⁸), des personnes précaires et sans domicile fixe (47 % sont bénéficiaires du revenu de solidarité active), célibataire (68 % en comparaison aux 37 % de la population générale¹⁸⁹⁹).

420. La comparution immédiate est, pour le récidiviste, l'antichambre de la prison. Cette procédure prononce trois fois plus de peines d'emprisonnement ferme et moins d'emprisonnement avec sursis qu'une procédure classique en correctionnel. Les peines divergent en fonction de la nature de l'infraction¹⁹⁰⁰. Le jour de la comparution immédiate, le casier judiciaire rappelle les infractions commises en état de récidive légale ou de réitération. D'un côté, la récidive légale incite l'application des peines planchers, alors que de l'autre côté, la réitération est appréciée par le juge pour aggraver la peine. En 2008, pour l'ensemble des infractions délictuelles 27 % des condamnés sont en état de réitération. 72 % des prévenus en comparution immédiate possèdent un casier judiciaire si l'on soustrait le pourcentage de récidivistes, 25 % sont des vétérans ce qui constitue le même chiffre pour l'ensemble des infractions jugées en correctionnelle. Ainsi, la récidive légale est sur-représentée en comparution immédiate. En matière délictuelle, l'emprisonnement avec sursis est la peine la plus fréquente. Elle représente 34 % alors qu'elle n'est que de 20 % en comparution immédiate. L'emprisonnement ferme assorti ou non d'une période de sursis représente 21 % des délits alors qu'en comparution immédiate elle est de 57 %, dont 42% condamnés à de la prison ferme. Il n'existe pas de différence majeure entre la condamnation des récidivistes et des non récidivistes. Dans les deux types de procédure la prison ferme concerne 51 % des récidivistes et 49 % des non récidivistes. Cependant, les récidivistes sont surreprésentés dans la comparution immédiate à hauteur de 40 % parmi les prévenus, soit quatre fois plus que les récidivistes jugés dans l'ensemble des infractions qui ne représentent que 8 % en 2008. Une double problématique se présente, relative à la notion de récidive et de réitération, puis au casier judiciaire qui détermine le choix de cette procédure¹⁹⁰¹.

421. Est-il encore possible pour le récidiviste de se défendre dans une procédure et un jugement de comparution immédiate déshumanisés et standardisés ? « *Les précaires sont*

¹⁸⁹⁵ D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ?..op.cit.*, p53.

¹⁸⁹⁶ Ibid., p51 et s.

¹⁸⁹⁷ Ibid., p 54.

¹⁸⁹⁸ Statistiques INSEE 2008.

¹⁸⁹⁹ ¹⁸⁹⁹ D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate : quelle justice ?..op.cit.*, p61.

¹⁹⁰⁰ Ibid., p 62 et 6.

¹⁹⁰¹ La réitération prévue à l'article 132-16-7 est souvent assimilée à la récidive légale notamment concernant le délai de cinq ans durant lequel condamné récidivait où réitérer au risque de voir sa condamnation s'alourdir. La fusion des deux notions sous le terme de condamnation a été récemment évoquée lors du consensus...

otages et variables d'ajustement des besoins de la politique sécuritaire, mis en œuvre par le mandat de dépôt et le choix de la comparution immédiate»¹⁹⁰². C'est l'effet système, qui condamne à des peines d'emprisonnements fermes, le même type de personnes socialement exclues. L'effet système signifie, indépendamment des habitudes locales et des spécificités des magistrats, qu'il existe une population spécifique composée d'individus aux caractéristiques semblables (carrière délinquante, similitude de délit, fréquence des peines d'emprisonnement) dévolue à la comparution immédiate¹⁹⁰³. Cet effet système de la comparution immédiate rejette l'homme. Elle n'individualise plus la peine et les magistrats perdent leur pouvoir de décision¹⁹⁰⁴. Les condamnés en comparution immédiate représentent des personnes socialement pauvres, sans emploi, sans formation ni éducation, souvent malades, qui grossissent les chiffres de la population carcérale. Les condamnés n'ont pas les mêmes chances de vie entre les murs d'une prison qu'en dehors. Le taux de suicide chez les prisonniers est supérieur à celui enregistré dans la population en général¹⁹⁰⁵. Les maladies (VIH, tuberculose, troubles mentaux ou psychiatriques) y sont propices. En revanche, dans la procédure normale de renvoi en correctionnel ou aux assises l'expertise psychiatrique tient une place prépondérante et fait écho au régime appliqué aux récidives et aux délinquants présentant des formes de dangerosité.

II. Un récidiviste expertisé

- 422.** L'expertise psychiatrique constitue un enjeu majeur dans la lutte contre la récidive. Le domaine de l'expertise diffère selon la phase pré-sentencielle ou post-sentencielle. Le droit pénal est-il compétent pour sanctionner la dangerosité psychiatrique et prévenir la récidive ? La dangerosité est-elle un critère d'application efficace ou est-il un instrument d'exclusion de personne ne présentant pas les caractères de la normalité ? Les outils d'évaluation de la dangerosité soit-il efficace ? Dans ce cas, pourquoi ne pas envisager un procès spécifique pour ces malades mentaux ?

Cette question revient à s'interroger sur la capacité à juger le fou dangereux. Il ne s'agit pas ici de revenir principalement sur la question de l'irresponsabilité pénale. Dans le cadre de la lutte contre la récidive il est intéressant d'analyser comment les outils de diagnostic de la dangerosité sont utilisés tout au long de la procédure pénale. Les relations entre le juge et l'expert sont très étroites, voire se substitue portant ainsi atteinte au droit au procès équitable (A). L'expertise est un instrument qui prédétermine la culpabilité du récidiviste à travers son contenu (B), le rôle discutable de l'expert (C) et sa portée sur l'issue du procès pénal (D).

A. Le juge et l'expert

- 423.** Le juge et l'expert entretiennent un lien juridique essentiel pour définir les contours de la mise en œuvre de la répression pénale. Le rapport d'expertise crée un pont entre le droit

¹⁹⁰² L. Albrand, « La prévention du suicide en milieu carcéral », Rapport remis au garde des sceaux janvier 2009, p77

¹⁹⁰³ D. Welzer-Lang et P. Castex, *Comparution immédiate ...op.cit.*, p282.

¹⁹⁰⁴ Ibid p283.

¹⁹⁰⁵ L. Albrand, *La prévention du suicide ... op.cit.*

et la science¹⁹⁰⁶ qui mérite d'être étudié sous l'angle d'un instrument dévoyé. Dans quel cadre procédural l'expertise pénale s'inscrit-elle ? Quelles sont les règles et les principes qui s'imposent à l'expertise psychiatrique ? Cette dernière dispose d'un champ d'appréciation élargi tout au long de la chaîne pénale (a). Si elle constitue aujourd'hui une aide indispensable pour le juge, légalement elle est une mesure d'instruction répondant à un cadre légal strict (b).

a. L'expertise dans la chaîne pénale

- 424.** L'analyse de la personnalité de l'auteur présumé peut prendre plusieurs formes (expertise psychiatrique, psychologique, enquête de personnalité, enquête sociale) à différents stades de l'enquête. L'expertise, peut se dérouler très tôt dans la phase d'enquête, dès la garde à vue. Elle permet, en outre de mesurer la crédibilité des victimes et des auteurs présumés. Elle est donc un élément pré-sententiel de l'enquête afin de définir la nature de la responsabilité. Pendant la garde à vue sur réquisitions de l'OPJ sous le contrôle du Procureur, l'expert peut donner un avis immédiat sur l'abolition du discernement, ou l'existence de troubles de la personnalité. L'examen psychiatrique peut aussi être demandé, en urgence, sur réquisitions du Procureur durant la garde à vue¹⁹⁰⁷. C'est dans cette phase précoce que l'expertise psychiatrique est réalisée suscitant la critique de certains auteurs qui émettent des réserves sur la valeur de l'expertise¹⁹⁰⁸. En effet, cet examen est spécifique et nécessiterait un encadrement particulier surtout dans la perspective d'une comparution immédiate¹⁹⁰⁹. La pratique médico-légale s'imbrique difficilement dans l'exigence du temps conféré à la garde à vue notamment lorsqu'elle n'est que de 24 heures. Elle est habituellement exercée dans le cadre d'infractions sexuelles pour justifier l'opportunité d'une injonction de soins.¹⁹¹⁰ Elle peut être ordonnée pour évaluer l'état mental de la victime afin de tester sa crédibilité et sa vulnérabilité¹⁹¹¹.
- 425.** A d'autres stades de la procédure, de facultative elle devient obligatoire notamment pour les délinquants sexuels majeurs ou mineurs. Différents termes sont utilisés pour qualifier l'expertise. L'examen psychologique (Art. 81 al 8, Art 164 et 706-47-1 du CPP), l'expertise médicale (art. 706-48 et R117 du CPP), les expertises médico-psychologiques et examens psychiques. L'expertise psychologique est souvent l'appellation privilégiée. Durant l'enquête et l'instruction des enquêtes de personnalité et des expertises sont obligatoires en matière criminelle est facultative en matière délictuelle. Il s'agit pour l'enquêteur, sur demande du juge d'instruction, d'étudier la situation matérielle, familiale et sociale de la personne sans pour autant entendre celle-ci en présence de son avocat même si la pratique est courante¹⁹¹². Lors de l'instruction l'interrogatoire peut se dérouler

¹⁹⁰⁶ O. Leclerc, Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, LGDJ, 2005, p34.

¹⁹⁰⁷ Art 77-1 et 63 du CPP.

¹⁹⁰⁸ G. Dubret, Mission spécifique : expertise psychiatrique en garde à vue, Conférence de consensus : intervention du médecin auprès des personnes en garde à vue, ANAES (Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé), Paris, 2 et 3 décembre 2004

¹⁹⁰⁹ A. Martorell, L'expertise psychiatrique du sujet en garde à vue, conférence de consensus: intervention du médecin auprès des personnes en garde à vue, ANAES (Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé), Paris, 2 et 3 décembre 2004.

¹⁹¹⁰ Art 706-47 du CPP.

¹⁹¹¹ Art 223-15-2 du CP.

¹⁹¹² Art 81 al 6, D 16 et R15-34 du CPP.

en présence de l'expert qui pourra directement poser des questions au mis en examen assisté de son avocat.

- 426.** Lors d'une information judiciaire, le juge d'instruction peut demander une expertise psychiatrique ou psychologique dans le but d'obtenir des informations d'ordre psychocriminologique sur la personne après s'être prononcé sur l'irresponsabilité pénale de celui-ci. Les magistrats du siège peuvent demander expertise pour obtenir plus d'informations sur la personnalité du délinquant en plus de la lecture du casier judiciaire devant le tribunal correctionnel. Devant les assises, la personnalité de l'accusé fait l'objet d'une étude approfondie soit par la présence du directeur d'enquête ou de l'expert qui se prononce sur l'opportunité d'une injonction de soins¹⁹¹³.

L'expert intervient aussi dans des expertises post-sententiel en vue de l'obtention d'une libération conditionnelle par exemple. Lorsqu'un aménagement de peine est envisagé le JAP demande une expertise pour évaluer l'application de la mesure. Elle apprécie l'incompatibilité de l'aménagement ou de la mesure de sûreté avec la personnalité du condamné (libération conditionnelle, permission de sortie, semi-liberté, réductions de peines, placement sous surveillance électronique.)

Il est rare que le juge prenne une décision opposée aux conclusions des expertises. Pourtant, une décision de la CHAP, suffisamment audacieuse pour être signalée, a accepté une suspension médicale de peine (SMP) alors qu'une seule des deux expertises prévues avait été réalisée et dont les conclusions étaient défavorables à une telle décision¹⁹¹⁴. C'est ici l'exemple d'un décalage entre les experts et les juges. Cependant, l'extrême gravité des faits à caractère sexuel et les précédentes révocations de la SMP pour des faits de violence ou des forts risques de récidive, interroge sur l'opportunité d'une libération prononcée par une CHAP audacieuse¹⁹¹⁵ qui, sans elle, aurait contribué à maintenir le détenu dans des conditions dégradantes ou inhumaines. Une audace qui libère le juge de l'influence de l'expertise¹⁹¹⁶ mais à ses risques et périls.

b. Une mesure d'instruction

- 427.** L'expertise est une mesure d'instruction qui s'inscrit dans un cadre légal (1) et dont sa mise en œuvre dépend d'une décision motivée par le juge (2).

1. Cadre légal de l'expertise psychiatrique

- 428.** Le cadre légal de la mission de l'expert s'est élargi. L'Article 122-1 du CP prévoit la recherche de la responsabilité pénale par des cas d'irresponsabilité en raison de l'abolition de l'atténuation des facultés mentales lors du passage à l'acte. Article 159 du CPP pose le principe d'unicité des experts et d'une exception avec le collège d'experts. L'article 164 du CPP définit le cadre légal de l'expertise psychiatrique pénale ainsi que son champ d'application.

¹⁹¹³ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques... op.cit.*, p148.

¹⁹¹⁴ CA de Caen, CHAP, 18 avr. 2013, n° 13/00117, *AJ pénal* 2013, p360, obs, M.Herzog-Evans.

¹⁹¹⁵ M.Herzog-Evans, *Ibid.*,

¹⁹¹⁶ La détention durablement incompatible pour l'expert est traduite en droit par le juge par une détention ordinaire. Le juge prend des libertés d'interprétation qui tranche avec la pratique judiciaire de ces dernières années.

« Les experts peuvent recevoir, à titre de renseignement et pour le seul accomplissement de leur mission, les déclarations de toute personne autre que la personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile.

Toutefois, si le juge d'instruction ou examen psychologique, avec l'accord des intéressés, les déclarations de la personne mise en examen, du témoin assisté ou de la partie civile nécessaires à l'exécution de leur mission. Ces déclarations sont recueillies en présence de leur avocat ou celui-ci dûment convoqué dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 114, sauf renonciation écrite remise aux experts. Ces déclarations peuvent être également recueillies à l'occasion d'un interrogatoire ou d'une déposition devant le juge d'instruction en présence de l'expert.

Les médecins ou psychologues experts chargés d'examiner la personne mise en examen, le témoin assisté ou la partie civile peuvent dans tous les cas leur poser des questions pour l'accomplissement de leur mission hors la présence du juge et des avocats »¹⁹¹⁷.

La loi du 5 mars 2007 donne le pouvoir au Procureur ou à une partie de solliciter l'adjonction d'un expert. Le juge d'instruction peut solliciter un pré-rapport. Le recours à l'expert psychiatre se systématisait depuis la loi du 12 décembre 2005 qui crée le PSEM. Un an avant la fin de sortie de prison, le délinquant a l'obligation de suivre une expertise psychiatrique. Le pronostic de la dangerosité vient en appui au choix de l'aménagement de la peine. Cette même loi crée aussi la surveillance judiciaire des personnes jugées dangereuses suite à une expertise médicale. L'élargissement des critères d'application multiplie les recours aux collègues d'experts atténuant le principe d'unicité de l'expertise¹⁹¹⁸.

2. Une exigence de motivation

429. Parmi les mesures d'instruction, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire de diligenter une expertise¹⁹¹⁹ ou à la suite d'une demande des parties. Cependant, son refus devrait être systématiquement justifié. De ce fait, il est libre d'y recourir, de l'écartier, ou de diligenter une contre-expertise. Il a le pouvoir d'apprécier souverainement l'opportunité d'une expertise à moins qu'ils soient suffisamment informés. *« Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, soit à la demande des parties, ordonner une expertise »¹⁹²⁰.* Elle est une mesure facultative qui tend à devenir obligatoire. *« Lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir faire droit à une demande d'expertise, il doit rendre une ordonnance motivée, au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. »¹⁹²¹.* Lorsque l'expertise est demandée devant l'autorité de jugement, les principes de la motivation se réfèrent aux principes généraux de la procédure civile. Une exigence de motivation¹⁹²² est prévue pour les jugements rendus au fond¹⁹²³. L'article 353 du CP pose le principe d'une intime conviction conférer au juge ainsi qu'au jury populaire des Cours d'assises.

¹⁹¹⁷ Art 164 du CPP

¹⁹¹⁸ Loi du 5 mars 2007 ; à la demande du procureur ou des parties, il peut être adjoint un autres expert que celui désigné par le juge d'instruction.

¹⁹¹⁹ Art 156 al 2 du CPP.

¹⁹²⁰ Art 156 al 1 du CPP.

¹⁹²¹ Atr 156 al 2 du CPP.

¹⁹²² O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p 279.

¹⁹²³ Art 485 du CPP et Art. 455 du code de procédure civile.

430. L'expert est cessé n'être qu'un simple avis technique. En pratique, elle constitue une pièce importante du dossier. Elle est une preuve évidente lorsqu'elle recoupe des empreintes digitales ou génétiques qui lient l'auteur présumés aux faits. En matière psychiatrique et psychologique, si le lien de causalité est moins évident entre le trouble et le passage à l'acte, elle devient malgré tout une preuve probante. Le rapport détermine l'existence d'un trouble psychique ayant aboli ou altéré le discernement lors du passage à l'acte. Autrefois, la réponse affirmative conduit à l'arrêt des poursuites par une ordonnance de non-lieu. Depuis la loi de 2008, une déclaration d'irresponsabilité pénale prend la forme d'un mini-procès. Le juge est obligé de prendre en compte l'avis du rapport par décision sera motivé directement en référence à celui-ci. « *Il est considéré comme celui qui incarne le savoir et la totale impartialité à l'écart de la victime comme du prévenu. Sa responsabilité est grande dans l'appréciation de la culpabilité que de la sanction du délinquant. La force juridique attachée à son rapport fait force de loi* »¹⁹²⁴. Cependant, la nuance opérée dans l'article 122-1 du CP fait état soit de l'abolition soit de l'altération du discernement ce qui offre à l'expert la possibilité de faire peser la responsabilité de la poursuite sur le juge en déclarant une seulement une altération du discernement.

B. Le contenu de l'expertise

431. L'expertise est un examen technique qui répond à des règles scientifiques (a). Son champ d'investigation répond à des exigences particulières dès lors qu'elle se réfère à la psychiatrie ou la psychologie (b). Pourtant, dans le cadre judiciaire, l'expertise doit en plus répondre à des questions précises et ouvertes (c).

a. Un examen technique et scientifique

432. Dans la phase d'enquête l'OPJ ou le Procureur peuvent diligenter une personne qualifiée pour réaliser un examen technique et scientifique des faits¹⁹²⁵. Une réquisition par l'OPJ¹⁹²⁶ précise la mission de l'expert à peine de nullité, d'ordre public¹⁹²⁷ Ce recours se déroule dans les mêmes conditions¹⁹²⁸ que la phase d'instruction préparatoire¹⁹²⁹, ainsi que pour l'aménagement des peines. L'expertise recouvre des domaines scientifiques très large (expertise biologique, génétique, généalogique, numérique, financière, mécanique, art, etc...). L'expertise qui soulève des questionnements dans le cadre de la lutte contre la récidive concerne spécialement, les causes du passage à l'acte et la dangerosité criminelle déduite de la maladie psychiatrique ou du trouble mental de la personnalité. « *L'expertise psychiatrique ou psychologique revêt un caractère mixte dans le sens où elle regroupe le droit et la psychiatrie alors que les relations de ces deux champs épistémologiques ne sont pas superposables. Il est notamment difficile d'interpréter un diagnostic en termes juridiques. Se pose dès lors le problème de concilier dans la pratique de l'expertise psychiatrique les exigences des deux domaines qui la composent, le droit et la psychiatrie* »¹⁹³⁰. Pour posséder le caractère d'expertise, l'examen technique ou scientifique nécessite une interprétation de l'expert. À défaut, il n'a pas de caractère

¹⁹²⁴ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques ... op.cit.*, p 151.

¹⁹²⁵ Enquête de flagrance (Art 60 du CPP) et enquête préliminaire (Art. 77-1 du CPP).

¹⁹²⁶ Annexe 16 : Réquisition judiciaire pour examen psychiatrique en garde à vue, enquête préliminaire.

¹⁹²⁷ Crim. 14 oct. 2003, bull.crim. n°187.

¹⁹²⁸ Crim. 14 sept. 2005, bull.crim. n°226, RSC 2006, p412, note de Buisson.

¹⁹²⁹ Art 156 du CPP.

¹⁹³⁰ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques ...op.cit.*,p 141.

juridique et peut être réalisé par un auxiliaire quelconque¹⁹³¹. En effet, l'expert donne personnellement d'après sa qualification, ses compétences et son expérience, une valeur et une portée aux analyses effectuées. Il est un guide qui conseille le magistrat. Son professionnalisme peut-il pour autant éviter le risque de subjectivisation des faits objectifs présenté à lui ? Dans son rapport, il requalifie un fait brut qui lui est délivré. Son avis est donc difficile à contredire, sauf par une contre-expertise. Ainsi, il sécurise l'issue du procès en évitant l'arbitraire du juge et le risque d'erreur judiciaire. Néanmoins, si l'expertise dans certains domaines scientifiques apporte des preuves irréfragables qu'en est-il de l'évaluation de la dangerosité et de la prédiction de la récidive ?

Le juge délimite la mission confiée à l'expert. Son temps imparti pour réaliser le rapport est limité pour pouvoir constituer une pièce de procédure pénale du dossier¹⁹³². Le premier rapport comporte un rappel des faits dans un préambule : antécédents psychiatriques, biographie, discussions et entretiens ainsi qu'une conclusion. Dans le second, le rapport retranscrit l'oralité des débats déroulés devant la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel. En matière criminelle le rapport est soutenu devant les jurés populaires de la Cour d'assises. Ainsi, il peut faire l'objet de questions de la part des avocats, du Président, de l'Avocat général, des parties civiles et des membres du jury. L'oralité du débat se concentre sur l'adaptation de la peine en fonction de la dangerosité psychiatrique de l'accusé. À l'inverse, en matière correctionnelle le rapport est déposé au juge d'instruction. Les attentes des juges de jugement concernent particulièrement les éléments de personnalité alors que le JAP ou le juge d'instruction se préoccupent des éléments de responsabilité¹⁹³³.

b. Champ d'investigation de l'examen psychologique

- 433.** La mission confiée à l'expert a pour objectif de différencier la dangerosité psychiatrique de la dangerosité criminelle. Il doit déterminer, si au moment des faits, l'altération ou l'aliénation des facultés mentales du prévenu ou l'accusé sont en lien direct avec l'infraction commise. Un référentiel procédural définit trois objectifs poursuivis dans le rapport d'expertise.
- 434.** L'expert doit apprécier la personnalité du délinquant et son niveau intellectuel. Les antécédents familiaux et le comportement personnel (troubles de comportement) sont appréhendés pour expliquer le passage à l'acte ou pour constater un trouble psychiatrique. L'expert applique des textes projectifs. Il recherche à l'explication le passage à l'acte afin d'adapter le choix de la peine. Il s'agit d'une expertise psychiatrique de dangerosité dont l'issue est d'appliquer un suivi socio-judiciaire avec injonction de soins. L'expertise psychiatrique complète l'expertise psychologique pour un complément d'information. Ces épreuves projectives permettent d'adapter le choix de la peine à la dangerosité du délinquant. En l'absence de preuves matérielles, l'expertise psychologique sera déterminante puisqu'elle confronte les versions de l'auteur et de la victime. Des examens neurologiques et narco-analyse peuvent constituer des compléments d'expertise.

¹⁹³¹ Exemples de constatation qui n'ont pas le caractère d'expertise : crim.20 janv 1972, bull. crim. n°30, et crim.2 sept 1986, bull. crim. n°251, P. Maistre du Chambon, « Les auxiliaires obligés », *RPDP* 2006, p5 in *Ibid.*, p 307 note 4 et 5.

¹⁹³² Art 158 du CPP.

¹⁹³³ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques... op.cit.*,p 149.

435. L'expert doit apprécier la responsabilité pénale du délinquant qui se déroule en deux temps. Il s'intéresse d'abord à l'existence d'une abolition ou d'une altération du discernement lors du passage à l'acte. Ensuite, l'expert met en relation directe la pathologie aliénante du délinquant au moment des faits avec l'infraction commise. Il s'agit plus d'une réponse médicale que pénale. Il n'existe pas de définition pénale de l'expertise psychiatrique ou psychologique. « *L'Expert va déterminer la dangerosité du sujet en distinguant la dangerosité psychiatrique, c'est-à-dire tournée vers lui-même (suicide, auto agression) et la dangerosité criminologique tournée vers les autres* »¹⁹³⁴. Il différencie ainsi la dangerosité psychiatrique relative à une dangerosité criminelle qui relève de la pathologie. Il recherche des facteurs qui favorisent un nouveau passage à l'acte. C'est là que se trouve la question de l'échelle d'évaluation de ces facteurs. Dans aucun pays, il n'existe de liste exhaustive des pathologies psychiatriques. Les référentiels psychiatriques de l'OMS (CIM)¹⁹³⁵ vont de la schizophrénie à la paranoïa, des crises délirantes aux troubles bipolaires et de la dépression à la confusion. Les maladies sont mouvantes, et leur classification fait l'objet de débats doctrinaux évolutifs. Pourtant, son champ d'investigation s'élargi, passant de l'expertise de la dangerosité psychiatrique et criminologique au pronostic du comportement récidiviste. « *La question essentielle reste d'évaluer l'incidence de la pathologie diagnostiquée sur le passage à l'acte au moment des faits. Aujourd'hui, l'expertise psychiatrique doit également se prononcer sur la dangerosité du délinquant, les possibilités d'un traitement, sa nature et les voies possibles de réinsertion sociale du sujet. L'expertise potentielle de pré-libération doit donc évaluer la dangerosité et l'appréciation du risque de récidive* »¹⁹³⁶.

c. Un questionnaire spécifique

436. L'expertise psychiatrique judiciaire se différencie de l'entretien classique de la psychiatrie clinique car elle est imposée par un juge judiciaire et qu'elle doit déterminer la responsabilité de l'auteur présumé dans le cadre d'une violation de la loi. L'ordonnance d'expertise du juge l'accompagne et légitimise son rôle auprès de l'expertisé. Celui-ci a clairement conscience de la mission confiée à l'expert. La thérapeutique préconisée s'oriente vers l'injonction de soins. Le secret médical est élevé en ce qui concerne le lien avec l'infraction commise. Elle se déroule souvent dans le milieu carcéral par un entretien unique dirigé par l'expert.

L'utilisation de l'expertise médicale à des fins judiciaires est fortement contestée. « *L'expertise n'est pas un acte thérapeutique, mais un acte de justice qui se doit, chaque fois que nécessaire, de repérer la pathologie mentale et faire, dans ces cas précis, des préconisations pour une éventuelle orientation thérapeutique* »¹⁹³⁷.

Des questions sont posées par le requérant (OPJ, procureur, juge d'instruction ou JAP). L'expert opère un examen mental en s'appuyant sur un raisonnement clinique sans être dans le d'une délégation de pouvoirs. Il peut refuser à la demande du délinquant de poser certaines questions, et motivera son ordonnance de refus susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction sous huit jours¹⁹³⁸. L'expert n'effectue pas d'investigation sur les

¹⁹³⁴ Ibid.

¹⁹³⁵ V. *infra*. L'évaluation de la pathologie mentale, les outils d'évaluation de la dangerosité

¹⁹³⁶ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques... op.cit.*, p1450.

¹⁹³⁷ Ibid, p34

¹⁹³⁸ Art 186 al 1 du cpp.

faits il ne fait que recueillir les déclarations. Il ne donne pas son avis ou son intime conviction qui appartient qu'au juge. Cet homme d'art, fonde son avis sur des données cliniques objectives. Il répond aux questions types posées par l'autorité de jugement qui le saisit. Les questions divergent en fonction de la nature de l'incrimination, du juge de l'expert.

- 437.** Lors de l'entretien, l'expert explique les raisons de l'expertise et établit une relation de confiance. Il demande à l'expertisé un recueil biographique de sa vie relative à sa filiation (parents, fratrie), à son parcours scolaire et sa formation professionnelle ainsi que son insertion sociale. Des repères chronologiques sont essentiels pour parfaire la biographie. Sont ensuite demandés les antécédents somatiques (maladie, traitement), psychiatriques (raison du suivi, hospitalisation) et judiciaires (incarcération, condamnation en correctionnel ou aux assises), s'il a des addictions (alcool drogue, jeux). Il ne s'agit pas d'opérer un jugement, un pré-jugement ou une stigmatisation mais de retracer la trajectoire de la vie du sujet. L'entretien est mené par les questions ouvertes ou des questions simples afin d'amener le sujet à répondre ouvertement sans le contraindre ou le canaliser pour obtenir des réponses prédéterminées. Il doit être en mesure d'exprimer sa vérité et sa vision des faits afin de comprendre les raisons de son comportement. Il s'agit surtout d'évaluer la cohérence de ses propos et d'établir un éventuel décalage ou une opposition avec la qualification juridique des faits. « *Ce n'est pas à l'expert de rechercher les aveux, son rôle est bien de cerner si, au moment des faits (commis ou non), le sujet est présenté ou non une pathologie mentale* »¹⁹³⁹.

Ce parcours schématique de l'expertise recherche la reconnaissance par le sujet de sa culpabilité ou non culpabilité appelée « *légalité sentimentale* »¹⁹⁴⁰. La culpabilité au sens de la psychiatrie est de « *se reconnaître responsable de l'acte commis et prendre authentiquement en compte la souffrance de la victime. La reconnaissance de culpabilité, aux yeux de l'expert, n'est pas un acte de moralité, mais laisse penser que le risque de récidive est très faible* »¹⁹⁴¹.

C. Le choix incontestable de l'expert

- 438.** Dès 1937, les expertises scientifiques sont considérées comme faillibles par les critiques. Il justifiait leur mission par le droit pour la défense de revendiquer une véritable expertise équitable et contradictoire¹⁹⁴². L'expertise est essentielle dans la défense pénale car elle constitue soit une source où un obstacle. La phase d'expertise psychiatrique et médico-psychologique, tendant à définir un trouble mental échappe au principe du contradictoire en raison d'un développement spécifique des critères de diagnostic des experts psychiatres¹⁹⁴³ ce qui rend le travail en défense ardue. De factuels, le rapport devient normatif.

Dans la pratique se développe les expertises privées. Elles sont devenues « *un instrument de la défense, efficace justifié et légale* »¹⁹⁴⁴. L'expertise privée mesure le degré

¹⁹³⁹ J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique face...op.cit.*, p 26.

¹⁹⁴⁰ M. Dubec, in J-C. Archambault, *L'expertise psychiatrique...op.cit.*, p 26.

¹⁹⁴¹ Ibid., p 26.

¹⁹⁴² H. Charliac, *L'expertise en matière criminelle*, Dalloz, Paris, 1937, p 237 in, J. Danet, Défendre, *Pour une défense pénale critique*, 2^{ème} éd Dalloz, 2004, p 180-181

¹⁹⁴³ H. Leclerc, *L'expertise psychiatrique...op.cit.*, in, M-A. Frison-Roche et D. Mazeaud, *L'expertise*, Dalloz, 1995, p 19 et 29.

¹⁹⁴⁴ F.Saint-Pierre, *Le guide de la défense pénale*, Guide Dalloz 7^{ème} éd 2014, 341.41 p 634.

de pertinence du rapport d'expertise, elle propose une autre analyse technique. Elle se base sur des faits existants dans le dossier. L'expertise ne concerne pas la recherche de preuves matérielles. Elle n'est pas une contre-enquête au risque de garder des pièces à charge ou à décharge utile à la manifestation de la vérité et commettre un délit pénal de soustraction de preuve¹⁹⁴⁵. L'article 114 al. 6 du CPP consacre l'expertise privée, qui donne droit à l'avocat de remettre une copie de l'expertise judiciaire, sans autorisation préalable du juge d'instruction, à un tiers pour les besoins de la défense. Lorsque dans le rapport d'expertise la défense ne peut déceler les insuffisances ou des erreurs auxquelles elle se trouve confrontée, et face à la difficulté de formuler les motifs d'une contre-expertise, un spécialiste peut être consulté afin de construire l'argumentation nécessaire à la défense. Le rapport, transmis au juge d'instruction, sera versé au dossier. Le juge le choisit parmi la liste d'experts judiciaires et lui donne l'étendue de sa mission et le délai imparti. Si le rapport est bénéfique à la défense, il est versé au dossier et l'expert s'engage le cas échéant à soutenir devant la juridiction de jugement¹⁹⁴⁶. A contrario, le rapport restera confidentiel. Dans la bataille des expertises, la sélection de l'expert est stratégique (a) en raison de la place particulière de l'expertise dans le procès (b) notamment en raison du rôle essentiel de l'expert (c).

a. La sélection des experts

439. Les experts sont sélectionnés par la justice en amont du procès pénal et reçoivent une certification pour exercer leur légalité scientifique. L'expert est choisi sur une liste nationale dressée par la Cour de Cassation ou par les cours d'appel. Les experts peuvent être choisis en dehors de cette liste, mais ils devront « *prêter serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience* »¹⁹⁴⁷, à peine de nullité¹⁹⁴⁸. L'inscription des experts sur la liste des cours d'appel de la Cour de Cassation est obligatoire. Le juge peut, en justifiant de manière concrète et précise l'urgence¹⁹⁴⁹, ou en raison de l'exigence que requière les fait d'une spécialisation particulière de l'expert, désigner celui-ci hors liste. Il prêtera serment¹⁹⁵⁰. Il est désigné à tour de rôle ou par tirage au sort pour garantir l'efficacité d'une nomination impartiale. Ainsi est contourné les liens intellectuels créés entre les juges et les experts. Un même expert peut être désigné pour examiner la personne mise en examen et la partie civile¹⁹⁵¹. Pour une même nature d'affaire, le juge est tenté de désigner les mêmes experts, en fonction de leur degré de sévérité. Certains experts suivent une formation relative à la psychiatrie médico-légale, aux connaissances du système judiciaire des audiences des cours d'assises. Des formations continues contribuent à créer un langage commun interdisciplinaire pour se

¹⁹⁴⁵ Ibid p 634.

¹⁹⁴⁶ L'expert privé de la défense peut être entendu comme témoin devant le Tribunal correctionnel, crim 3 juin 2009, n° 08-83.665, bull. crim. n°109.

¹⁹⁴⁷ Crim 21 juin 2006, bull. crim. n°193: irrégularité de la perquisition en raison de l'absence de « serment écrit d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience » de deux fonctionnaires des impôts qui assistaient la perquisition des OPJ.

¹⁹⁴⁸ Crim 21 juin 2006, bull crim n° 193, D.2006, p 2055.

¹⁹⁴⁹ Crim. 22 nov 2011, n°11-84.314, bull. crim.,n°235.

¹⁹⁵⁰ L'ordonnance de commission d'expert hors liste soit être motivée de manière précise à peine de nullité, « ces dispositions sont d'ordre public, édictés dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », crim. 13 nov 2008, n°08-81.446, bull crim, n°231, elle est prise à titre exceptionnelle, à peine de nullité, crim 8 juillet 2004, n°04-80.145, bull crim. n° 180.

¹⁹⁵¹ Crim 26 sept 2007, n°07-84.641 bull.crim., n°226.

familiariser avec les exigences de l'expertise pénale et faciliter la communication entre les juristes et les experts.

440. L'expert intervient uniquement en raison de sa compétence pour faire ressortir une partie de la science qu'il souhaite mettre en relief et éclairer le juge. D'autres sciences sont ainsi écartées. La stabilisation des savoirs et le consensus autour de la fiabilité des connaissances soulèvent des questions. Il s'agit ici de créer une « *démarcation entre science et conscience et le fait des juges qui sont investis de la tâche d'édifier une épistémologie jurisprudentielle* »¹⁹⁵². Inversement au droit américain qui donne l'opportunité de discuter contradictoirement la construction juridique de la science, le droit français empêche la remise en cause des savoirs de l'expert, sauf avec une contre-expertise. La science ne fabrique pas un cadre strictement défini. Elle est confrontée à de une multitude de constructions juridiques de la scientificité. Le droit anglo-saxon octroie aux parties, après décision du juge, le choix des experts lorsque expertise est nécessaire pour appuyer les prétentions l'épreuve des parties. La partie adverse reçoit le rapport qu'elle peut contradictoirement discuter. Les conclusions du rapport sont articulées par les avocats en présence du juge. Le modèle anglo-saxon de l'expertise appelé *advocacy*, perd en efficacité : allongement des délais, surenchérissement des parties, problèmes d'indépendance des experts désignés par les parties¹⁹⁵³. La fiabilité et les méthodes des experts sont discutées par les parties. Il n'y a pas de sélection des experts dans le procès. L'impartialité est néanmoins garantie par le système de *l'advocacy*. Pour cela, le droit américain a instauré une agence de l'expertise, en dehors des juridictions, qui évaluent les rapports des experts brandis par les parties. Elle règle aussi les questions scientifiques controversées. En France, un rapport rendu au premier ministre en 1999 relatif au principe de précaution, propose d'organiser la professionnalisation de l'expertise en créant une Agence d'expertise Scientifique et Technique¹⁹⁵⁴. Leur mission consisterait à aider l'institution judiciaire dans un nouveau dispositif institutionnel. Le juge pourrait saisir cette instance afin qu'elle se prononce sur les controverses d'une discipline. Les parties pourraient lui adresser leurs observations. Le juge pourrait nommer un expert unique sur un sujet dont la science ne fait pas débat¹⁹⁵⁵. Dans le cas contraire chaque partie pourrait présenter un ou plusieurs experts en respectant le principe du contradictoire dépassant ainsi le problème de la démarcation¹⁹⁵⁶ et le problème de l'extension¹⁹⁵⁷. Les avocats pourraient directement poser des questions à l'expert devant la Cour d'assise et le tribunal correctionnel¹⁹⁵⁸. Ce système mixte permettrait de passer au-dessus des liaisons dangereuses entre le juge et l'expert qui nient le dépassement de la mission factuelle vers une mission normative de l'expertise qui transforme le procès pénal en un débat scientifique.

441. Le droit américain envie l'indépendance des experts français alors que nous leur jalouons leur mode de sélection transparent avant le procès. La discussion contradictoire concernant l'élaboration de la nomenclature des spécialités, l'établissement des listes d'experts auprès des cours d'appel, les critères d'évaluation pour l'inscription ainsi que la

¹⁹⁵² O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.* p 398.

¹⁹⁵³ Lord Woolf, *Access to justice: final report*, London, the Stationery Office, 1996, chap 13 et 23.

¹⁹⁵⁴ G. Viney et P. Kourilsky, le principe de précaution. Rapport, la documentation française, Odile Jacob, 2000, p65 et s.

¹⁹⁵⁵ O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p 401 et 409.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, p 195.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*, p 328.

¹⁹⁵⁸ Art 168 al 2 du CPP.

récusation pour compétence¹⁹⁵⁹ sont des compromis opaques et non visibles pour le justiciable. L'ouverture de l'expertise aux parties s'impose aux autres exigences du procès équitable quant aux délais, voies de recours, coût¹⁹⁶⁰. En revanche, le droit américain utilise le tribunal pour légitimer la recevabilité de la preuve scientifique. Ce partage du savoir légal, implique la Cour dans la négociation, la reconnaissance et la légitimité des savoirs scientifiques. L'image de la science est régulée à travers le procès, devant la cour suprême. Le juge décide qu'elle est la vraie science. La fiabilité des expertises et la création d'une épistémologie juridique s'articulent autour de conditions imposées aux représentations juridiques de la scientificité. Pour être recevable la science requiert certaines qualités. Une fois validée, cette science contribuera à apporter une solution au procès. Pour le récidiviste, ces questions revêtent une importance capitale car l'expertise peut être instrumentalisée, puisque le diagnostic de la dangerosité est un critère essentiel d'application des peines et mesures de sûreté qui compose le régime dérogatoire.

b. La place particulière de l'expertise

442. L'expert vient du latin *expertus* signifiant qui a fait ses preuves. Pourtant, les connaissances scientifiques ont-elles fait leurs preuves en matière de santé mentale ? Les paradigmes cliniques sont subjectifs et remettent en question le rôle expertal. Les incertitudes des méthodes d'évaluation s'opposent à l'essence même de l'expertise qui sous-entend qu'il a fait ses preuves. L'expert se distingue de l'avocat. En mettant en avant les points positifs du prévenu ou de l'accusé, l'avocat défend son client en vue, soit d'une relaxe ou d'un acquittement, soit en vue de diminuer sa peine. Son rôle de défense diffère de celui de l'expert qui constate, sans rechercher l'aveu, la présence ou non d'une maladie mentale. La dureté des faits ne doit pas impliquer les sentiments de l'expert. Son rôle est impartial à l'inverse de l'avocat qui épouse la cause de son client. L'objectif premier du procès pénal et la recherche de la vérité qui se déduit des faits, de la qualification juridique et de l'intime conviction des juges fasse aux arguments des parties et de leurs avocats. Pour aider le juge dans la recherche de cette vérité il est des domaines spécialisés pour lesquelles un expert se substitue à « *l'incompétence temporaire du juge* »¹⁹⁶¹. Il opère pendant un temps comme un juge. Son rôle est si important dans le domaine juridique, qu'un juge est créé dans chaque juridiction pour contrôler les expertises civiles¹⁹⁶².

443. La procédure pénale, quant à elle, s'appuie fréquemment sur des rapports afin d'établir la constitution d'infractions qui nécessitent « *le travail de l'homme de l'art, du spécialiste, qui exécute la mission spécifique, entrant dans son champ de compétence, que lui a fixé le juge ou bien le procureur de la république* »¹⁹⁶³. Le juge pénal recherche la responsabilité, la culpabilité et l'aménagement de la peine. Le rôle de l'expertise dans la recherche de la vérité ne se limite plus à la question du discernement atténué ou aboli du sujet, mais il devient un support de l'aménagement de la peine. La sécurité juridique et les pressions médiatiques et des victimes à l'encontre du juge l'obligent à repenser sa façon

¹⁹⁵⁹ Décret n°2004-1463 du 23 déc. 2004

¹⁹⁶⁰ Voir aussi les évolutions avec le développement de l'*amicus curiae*.

¹⁹⁶¹ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques... op.cit.*, p 141.

¹⁹⁶² Voir le décret n°2012-1451 du 24 décembre 2012 : création (relative à l'inscription sur le listes d'experts judiciaires, les critères d'acceptation ou de rejet d'une expertise, une nouvelle procédure orale (T com), et un juge chargé d'instruire l'affaire et de coordonner la procédure avant le renvoi en jugement (rapport oral avant les Plaidoiries).

¹⁹⁶³ C. Ambroise-Casterot, P. Bonfils, *Procédure pénale... op.cit.*, p 307.

de juger. La loi du 12 décembre 2005 rajoute que doit être pris en compte des impératifs de défense sociale, la sanction du condamné, les victimes, et que la peine doit favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné afin de prévenir la récidive. La peine prononcée par le juge doit prendre en considération tous les paramètres ce qui justifie l'intervention d'une expertise. L'individualisation de la peine entend défendre la société en sanctionnant le condamné tout en répondant aux attentes de la victime. Elle favorise son insertion ou sa réinsertion pour prévenir la récidive¹⁹⁶⁴. Plus que jamais, le rôle du juge se diversifie et se confronte au défi de trouver la juste peine dans un souci de lutte efficace contre la récidive. L'assistance d'un expert se justifie surtout dans le domaine psychiatrique afin qu'il diagnostique la dangerosité psychiatrique et criminologique ainsi qu'un pronostic.

c. Le rôle de l'expert

444. La notion de dangerosité ne transforme-t-elle pas le procès pénal en débat scientifique ? L'expertise constitue-t-elle une mesure d'assistance ou contribue-t-elle à la prise de décision ? Le droit est une interprétation officielle de la réalité. Le juge et le législateur élaborent une vision du monde grâce au droit qui « *impose en quelque sorte des arrêts sur image mentale en s'appropriant le réel par un acte de pouvoir sur les choses et sur les hommes : la nomination* »¹⁹⁶⁵, elle est aussi appelée la désignation. L'expert fait une représentation juridique de la science dans l'objectif de résoudre la problématique du procès. « *Pour pouvoir juger, pour distribuer entre les requérants des droits réels ou des droits personnels, il faut, au moyen de la qualification juridique leur conférer la qualité de partie et pouvoir nommer ce qu'ils mettent en avant* »¹⁹⁶⁶. A priori les rôles du juge et de l'expert sont distincts. Le premier maîtrise le droit et le second connaît l'effet. Son rôle est factuel, il apprécie des faits sans lien avec le droit alors que ces mêmes faits constituent l'élément déclencheur du droit. L'expertise scientifique explique les phénomènes matériels ou sociaux. Le droit et la science diffèrent en ce que « *le droit détermine le caractère impératif des actes qu'il produit. Par opposition, selon un concept épistémologique largement reçu, les énoncés scientifiques tiennent leur autorité de leurs qualités propres et du caractère de vérité qui peut leur être prêté* ». Alors que la science s'adresse à tous, le droit ou l'énoncé juridique vise uniquement un champ de personnes plus ou moins large.

445. La mission de l'expert s'observe sous deux angles. D'une part, il remplit des missions factuelles pour le compte du juge sans que puisse être opérée une appréciation juridique. La mission de l'expert se cantonne au domaine du fait. Une séparation existe entre la mission de l'expert et la règle de droit. Il ne peut juger les faits en droit, cette prérogative appartient au juge judiciaire. Cependant, cette factualité brute est caduque lorsque l'expertise représente bien plus qu'une mesure d'appoint. Il ne peut être désigné la contribution de l'expert dans la prise de décision. « *Il faudrait concevoir que limiter la fonction d'expertise à une assistance du juge fait partie de ces fictions nécessaires sans lesquelles le droit perd les repères solides sur lesquelles repose sa pérennité et sa légitimité* »¹⁹⁶⁷. D'autre part, des liaisons contrebalancent cet aspect de la mission de l'expert qui, sans pouvoir établir un fait, contribue à préqualifier ce dernier. Le rapport d'expertise contribue à l'apparition d'une décision. Le juge décide, en s'appuyant sur les

¹⁹⁶⁴ Art 132-24 al2 du CPP issue de la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive.

¹⁹⁶⁵ P. Coppens, *Norme est fonction de juger*, LGDJ, Bruyant, La pensée juridique, 1998, p 60.

¹⁹⁶⁶ O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit*, p1.

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*, p 406

résultats de l'expertise qui contribuent à la formation de la décision. L'expertise outrepassa sa fonction d'assistance et participe à la formation de la décision. « *Ce n'est pas le fait qui transite dans le jugement, mais la préqualification opérée par l'expert qui transite dans la qualification donnée par le juge* »¹⁹⁶⁸. « *Il est donc excessif de présenter la qualification juridique comme le moment, qui appartient en propre au juge, ou des éléments factuels sont articulés au droit. La qualification ne se réduit nullement au passage de la mineure à la majeure du syllogisme judiciaire* »¹⁹⁶⁹. Au contraire, la qualification traverse de part en part l'opération syllogistique. L'expert assiste le juge dans une relation qui se juxtapose sans pour autant créer un rapport entre le droit et la science puisque chacun reste dans son rôle respectif de juge et de techniciens. « *L'expert fournit un appoint normatif à l'élaboration de la décision de justice* »¹⁹⁷⁰. Il participe à la formation de la décision dès lors que l'expertise contribue à l'opération de qualification juridique des faits. Le droit ne s'adapte pas à la science et vice versa. La ligne de démarcation, est une frontière procédurale entre le juge et l'expert qui relate certaines ambiguïtés et dont le maintien repose sur le seul impérium¹⁹⁷¹. *L'imperium merum* est le pouvoir du juge de rendre son jugement exécutoire et *l'imperium mixtum* confère au juge le pouvoir d'ordonner une injonction, une astreinte, des mesures administratives ou judiciaires. La ligne de démarcation entre l'expertise et le jugement se caractérise par la qualification juridique des faits prérogatives du juge, même si le droit contient des éléments factuels, matériel énoncés par l'expert. Le juge subsume le fait sous la règle de droit. L'empiètement de l'expert sur l'office du juge ne limite pas le monopole décisionnel du juge qui garde le privilège d'avoir le dernier mot, voire de se détourner des conclusions du rapport. Le droit français est bousculé par la reconnaissance de la normativité de l'expertise. La faculté de préqualification de l'expert, qui élabore une figure juridique de la science, impose qu'il soit soumis aux règles du procès équitable. Pour constituer un modèle, l'expertise juridictionnelle doit respecter les règles du contradictoire, c'est le procès des faits. Les parties contestent et discutent les éléments d'évaluation utilisés par l'expert ainsi que ses conclusions. Les parties ne devraient pas se contenter de discuter uniquement les conclusions de participer efficacement à l'élaboration de celui-ci : émettre des observations ou des remarques. L'incertitude des responsabilités civiles de l'expert doit être envisagée. L'expert justifie sa méthode, de ses arguments, et ses incertitudes. Il a une obligation d'information et de mise en œuvre de la contradiction.

- 446.** Les méthodes de l'expertise judiciaire pénale prennent tout leur sens dans le syllogisme juridique. C'est dans ce cadre d'analyse que les règles de droit prennent en compte les faits. « *Le syllogisme est un discours dans lequel, certaines choses étant posées, quelque chose d'autre que ces données en résultent nécessairement par le seul fait de ces données* »¹⁹⁷². Le syllogisme est un outil qui structure et organise la pensée et le langage. Le syllogisme¹⁹⁷³ se compose de trois prédicats, autrement dit des termes dont les deux prémisses, sont la majeure et la mineure puis la conclusion qui en découle nécessairement. Ces trois prédicats sont logiquement liés par la véracité de ce qu'elle expose. Les deux premiers termes étant vrais, la conclusion est nécessairement vraie. Les premiers principes énoncés sont trouvés scientifiquement pour appréhendent la logique du syllogisme. Le jugement respecte la structure logique du syllogisme. La majeure étant la

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, p 189

¹⁹⁶⁹ *Ibid*

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*, p190.

¹⁹⁷¹ M-A. Frison Roche et D. Mazeaud, « L'expertise, la procédure de l'expertise, Dalloz », 1995, p 87 et s.

¹⁹⁷² Aristote, *Premier Analytiques*, in O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.* p 78, note 40 et 41.

¹⁹⁷³ Trois types de syllogisme existent : catégorique, hypothétique et disjonctif, *ibid*, p79 note 42.

règle de droit applicable et la mineure, les faits, la conclusion qui en découle constitue la règle de droit qui s'applique aux faits. L'expertise intervient pour confirmer l'adéquation de la mineure avec la réalité. Elle énonce les faits auxquels le juge applique une règle de droit. Si les faits de la mineure correspondent à la réalité alors elles engendreront la règle de droit énoncée dans la majeure. Dans le cas contraire le juge devra appliquer une autre règle en comparaison, ou n'en appliquer aucune et rejeter la demande des parties. La pierre angulaire du procès se cristallise autour du fait intangible alors que la règle de droit varie. L'enjeu de l'expertise réside dans l'énonciation factuelle des faits communiqués au juge avec objectivité pour que celui-ci applique efficacement le droit. L'exercice consiste à faire correspondre les terminologies des deux prémisses afin que le concret des faits soit placé sous l'emprise du raisonnement abstrait¹⁹⁷⁴. Les faits sont incorporés dans la règle de droit qui à son tour englobe le fait social. « *En recherchant dans la règle de droit ce qui relève du social, le juge opère un retour du juridique au social : à force d'analyse le droit devient, ou plus exactement redevient du fait* »¹⁹⁷⁵. « *Le juge et l'expert connaissent tous deux le fait, mais à un niveau d'analyse différents : l'expert énonce le fait matériel brut, alors que le juge se prononce sur l'incorporation de ces données factuelles à la règle de droit, dit autrement, sur leur subsumption. Tel est le sens de l'opération de qualification et là réside la différence qu'il y a entre juger et énoncer un fait* »¹⁹⁷⁶.

447. Le code de procédure civile impose le respect du principe du contradictoire alors que des incohérences résident dans le code de procédure pénale. Le juge à l'entière liberté, selon son pouvoir souverain de refuser de désigner un expert, dans le cas où il le désigne, c'est lui qui en a le choix absolu. Le juriste est justifié par l'obligation de sévérité, d'urgence ou d'une spécialité qui ne figure pas chez les experts de la liste. « *Vu la désaffectation des experts psychiatriques ou psychologiques, cette faculté du choix hors liste est permise. Elle est devenue fréquente dans certaines cours d'appel* »¹⁹⁷⁷. Le principe du contradictoire n'est pas respecté en ce qui concerne le mode de désignation de l'expert. Le délinquant et son avocat ne peuvent pas communiquer avec lui que ce soit sous la forme de document utile à l'exécution de la mission. L'entretien avec l'expert est un face-à-face à huit clos qui recueillent un les réponses aux questions prévues par l'enquêteur ou le juge d'instruction. Il s'agit d'un point sensible que les avocats soulèvent pour évoquer des propos sortis du contexte. « *L'expert n'a pas idée, en transcrivant les propos du délinquant, de l'exploitation qui en sera fait par l'un ou l'autre des avocats* »¹⁹⁷⁸. Le juge est confronté à des contradictions entre les propos tenus lors de l'entretien avec l'expert et se présenter devant lui. Détournés transformés par l'avocat dans l'intérêt de son client. Avant de commencer son expertise, l'expert possède la partie du dossier, ou du moins les raisons de la mise en examen. Aussi s'agit d'une contre-expertise. On peut s'interroger sur la qualité de l'opinion qui pourra se faire et de sa capacité à rendre un rapport indépendant. Un pré-rapport peut être établi. La loi du 5 mars 2007 qui tente d'équilibrer la procédure pénale, prévoit le principe du contradictoire. Grâce au pré-rapport, l'expertise qui s'étend sur une durée supérieure à un an peut-être provisoire. En attendant la fin de l'expertise, le rapport ainsi que d'autres pièces (ordonnance désignation d'experts ou commission rogatoire) sont enregistrés sous une cote secrète qui n'est pas accessible

¹⁹⁷⁴ Le fait et le droit, Travaux du Centre National de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, p 51.

¹⁹⁷⁵ H.Motulsky, Principe d'une réalisation méthodique du droit privé, Paris, Dalloz, rééd 1991 p 62, in O.Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.* p82.

¹⁹⁷⁶ Ibid., p83.

¹⁹⁷⁷ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques... op.cit.*,p 152.

¹⁹⁷⁸ Ibid.,p 153.

aux parties que ce soit à l'auteur présumé ou à son avocat. Elle est retirée du dossier par le greffe du tribunal. Cette cote est en droit de réalisation et ne peut être utilisée à des fins de débats contradictoires entre les parties. La prise de connaissance de cette pièce du dossier par l'avocat à l'obligation d'en faire part à son client ce qui déclenche le principe du contradictoire. Le mode de désignation des experts objets de nombreuses critiques. Leur manière de procéder, leur méthode évaluative, leur éthique, ou les distorsions cliniques sont encore plus critiquées.

- 448.** Les parties peuvent demander au juge d'instruction des actes (confrontation interrogatoire complément d'enquête, investigation) dont une expertise et une contre-expertise. Les parties ont aussi la possibilité de rédiger des questions directement adressées à l'expert désigné. Le refus du juge d'instruction doit être motivé sous un délai d'un mois. L'appel en la matière prévue à l'article 186-1 alinéa 1 du code de procédure pénale est illusoire, qui s'adresse au président de la chambre d'instruction et non à la formation collégiale. Le rejet n'est pas motivé et le dossier est renvoyé au juge d'instruction. Le juge est libre d'ordonner une contre-expertise. Le rapport a notifié aux parties, le juge fixe un délai pour faire valoir ses observations voire demander un complément d'expertise ou de contre-expertise¹⁹⁷⁹. Il s'agit d'un droit accordé aux parties civiles lorsqu'un le rapport peut conduire le juge à prononcer une ordonnance de non-lieu pour irresponsabilité pénale contre un prévenu atteint de « *trouble psychique ou neurologique ayant aboli son discernement contrôle de ses actes* »¹⁹⁸⁰. Cependant, la contre-expertise peut être refusée par le juge. Le refus d'ordonnance d'une contre-expertise ne sera pas considéré comme une violation du procès équitable apprécié en fonction des circonstances¹⁹⁸¹. L'expertise psychiatrique qui évalue l'altération des facultés mentales du mis en examen au moment des faits, est élargie à la prévision, voire à la prédiction de la dangerosité. Le rapport d'expert est déterminant dans la solution retenue par le juge. L'expertise psychiatrique de la dangerosité constitue un nouvel outil dont la portée préjuge la celle à venir.

D. La portée contestée de l'expertise

- 449.** Le contenu de l'expertise et le choix de l'expert soulèvent de nombreuses difficultés au regard du procès équitable, de l'impartialité et des droits de la défense. En conséquence, la portée de l'expertise est essentielle pour le récidiviste qui encourt un régime pénal plus sévère. En effet, l'avis technique de l'expert a pris une place croissante indispensable dans la prise de décision du juge, devenant une preuve (a). Or, il est possible dans certains systèmes judiciaires comme aux Etats-Unis, de remettre en question les critères scientifiques (b). Ainsi, cette pertinence peut conduire à s'interroger sur l'opportunité d'une évaluation de la dangerosité (c).

¹⁹⁷⁹ Art 167 al 3 du CPP.

¹⁹⁸⁰ Art 167-1 du CPP.

¹⁹⁸¹ Violation du procès équitable, article 6 -1 de la CEDH : refus d'une ordonnance de contre-expertise suite à au revirement de l'expert ayant une influence sur la décision du juge ; CEDH, 23 avril 1998, Bernard c/ France, req.n° 00022885/93.

a. D'un avis technique à la preuve juridique

450. L'intérêt de cette interrogation est de comprendre qu'elle est la portée de l'expertise. Est-elle une vérité scientifique ou une vérité judiciaire ? Le rôle de l'expert est une garantie de sécurité ludique en dehors des cas d'erreur judiciaire qui ont pu remettre en cause son évolution au sein de l'institution judiciaire. De facultative elle est devenue obligatoire notamment dans le cadre de l'aménagement des peines et de la lutte contre la récidive, donnant par ailleurs une force juridique à l'expertise psychiatrique. Le dévoiement de l'avis scientifique par l'expert en preuve irréfragable, dans son rapport, peut-il engager sa responsabilité ? Les méthodes évaluatives fondées sur des distorsions ou des échelles actuarielles remettent en question la fonction de l'expertise dans le procès pénal. L'objectif de prédiction de la récidive est tout autant contesté que les référentiels d'évaluation qui écartent les droits fondamentaux pour une société du risque zéro.
451. L'ordonnance de 1667 dans son titre XXI art 1^{er} prévoit la subsidiarité entre l'intervention du juge et de l'expert lors des descentes sur les lieux. En 1806, s'opère un mouvement d'autonomisation de la décision du juge et des spécialisations des experts ce qui crée une césure¹⁹⁸². La spécialisation de la mission des experts sur les questions de fait l'interdit de traiter des questions de droit. De plus, le contenu du rapport était limité les jugements qui précisent les lieux, les faits ou les ouvrages qui feront l'objet du rapport. « *Lorsqu'il y aura un rapport d'experts, il sera ordonné par jugement, lequel énoncera clairement les objets de l'expertise* »¹⁹⁸³. Il est soumis à un examen et constitue donc une sorte de mesure d'autorité. Le juge n'est pas astreint à suivre les conclusions du rapport (*dictum expertorum nusquam transit in rem judicatam*). « *Le rapport des experts dans ce cas n'est que pour éclairer la religion du juge et non pas pour gêner sa décision. C'est au juge à examiner le meilleur rapport dont il peut écarter quand il croit devoir le faire* »¹⁹⁸⁴. L'expertise psychiatrique et la spécialisation des médecins, concourant à la manifestation de la vérité, prennent leur importance au XIX^e siècle suite aux affaires d'empoisonnement dans l'affaire Marie Besnard ainsi qu'avec les travaux D'Esquirol. En apparence, la répartition des rôles entre le juge et l'expert semble incertaine et fluctuante.

L'affaire d'Outreau a remis en question le rôle de l'expertise dans le procès pénal. L'erreur judiciaire réside dans les expertises menées qui ont conduit à une logique d'erreurs judiciaires. Une réflexion sur le fond s'impose comme le montre divers rapports sur la question du rôle de l'expertise dans le procès pénal¹⁹⁸⁵. Les erreurs judiciaires fondées sur ce rapport peuvent être dues à des évaluations cliniques erronées, un positionnement personnel manquant d'objectivité ou à une incompatibilité entre les constatations cliniques et la loi. La chaîne pénale est compartimentée ce qui empêche la continuité de suivis dans un dossier qui s'ouvre lors du placement en garde à vue jusqu'à la fin de l'exécution de la peine, c'est-à-dire la réhabilitation. L'erreur judiciaire intervient

¹⁹⁸² O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*,p 50.

¹⁹⁸³ Art 8 de l'ordonnance de 1667, art 302 du CP Civ de 1806 repris dans la loi n°258 du 15 juillet 1944 sur les rapports d'experts, art 238 du CPCiv.

¹⁹⁸⁴ J-B Denisart, actes de notoriété donnés au Catelet de Paris, 3eme éd., Paris, Desaint,1769, p105, in O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*,p 53.

¹⁹⁸⁵ Rapport Balier sur l'enjeu de l'expertise pénale, 2002 : Rapport de l'académie des sciences morales et politiques, 2006 ; Rapport de la Fédération française de psychiatries, 25 et 26 janvier 2007, Rapport d'Outreau sur le devoir d'impartialité de l'expert présidé par M. Viout remis au ministre de la justice le 8 février 2005, Rapport Magendie sur l'expertise civile, sept 2006, Rapport du procureur général Burgelin, 2005, Enquête parlementaire de Garot sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux.

après l'intervention du rapport d'expert. « *Les manipulateurs, les pervers, les paranoïaques savent parfaitement instrumentaliser l'expert le juge. Rappelons que dans l'instruction des accusés d'Outreau, non seulement le juge Burgaud a eu en face de lui des rapports d'expertise prônant la responsabilité pénale de certains mis en cause mais avait en outre, pour brouiller les pistes, recueilli de faux témoignages et de faux aveux*¹⁹⁸⁶ ». « *L'expert est un technicien à qui le juge demande de donner son avis sur des faits nécessitant des connaissances techniques et des investigations complexes* »¹⁹⁸⁷. L'expertise éclaire le tribunal sur certains aspects du procès, qui nécessitent l'avis d'un homme de l'art. Après l'affaire D'Outreau, il était question pendant un temps de supprimer le juge d'instruction¹⁹⁸⁸, pour *in fine* prévoir une collégialité de l'instruction devenant le principe. Soit une collégialité automatique dans des pôles d'instruction avec la loi du 5 mars 2007. Mais face au risque d'alourdissement de la procédure pénale et du manque de magistrats¹⁹⁸⁹, le projet de loi du 23 juillet 2013¹⁹⁹⁰ revient sur l'aspect systématique de la collégialité de l'instruction. Elle interviendrait de plein droit à la demande des parties ou des magistrats pendant la phase d'instruction. La collégialité de l'instruction a donc un caractère facultatif concernant des actes essentiels de l'instruction¹⁹⁹¹.

452. L'expert judiciaire peut engager sa responsabilité civile délictuelle¹⁹⁹² et pénale¹⁹⁹³. L'expert judiciaire éclaire le juge « *sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien* »¹⁹⁹⁴. C'est une aide qui ne lit pas le juge aux conclusions de l'expert judiciaire¹⁹⁹⁵. Il est désigné par le juge pour l'aider à trancher le litige, à l'inverse de l'expert amiable désigné par une partie et pour l'assister. La bataille des experts et leurs divergences d'opinion dans leurs conclusions amènent à s'interroger sur la nature de la responsabilité engagée dans l'hypothèse d'une erreur d'un expert judiciaire. La responsabilité civile délictuelle de l'expert judiciaire tend à rejoindre celle du droit commun à l'instar des juges. En principe, il bénéficie de l'immunité au même titre que les magistrats. « *L'œuvre des experts est réputée l'œuvre de la justice et celle-ci est inattaquable comme le jugement lui-même qui l'a approuvé ; les experts jouissent des immunités qui couvrent les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires* ». Néanmoins, ils sont soumis, par la suite, aux règles de droit commun lorsque par fraude ou dol, ils commettent des fautes les rendant responsables du préjudice causés par le rapport. Notamment s'ils ne sont pas homologués par le juge. Dans le cas contraire la responsabilité de l'expert judiciaire remet en cause la décision du juge. Ceci expliquant la réticence à reconnaître le bien-fondé d'une responsabilité civile délictuelle et pénale de l'expert judiciaire. La Cour de Cassation le 9 mars 1949 décide que « *les experts commis en justice pour donner leur avis étant, en principe, soumis aux règles de droit commun en ce qui concerne leur responsabilité civile, il faut qu'il soit démontré qu'il y a relation de*

¹⁹⁸⁶ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques ...op.cit.*, p 151.

¹⁹⁸⁷ *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de S. Guinchard., Dalloz, 20^{ème} éd. 2013, p 410

¹⁹⁸⁸ C. Giudicelli, « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ pénal* 2009, p 68 ; F. Saint-Pierre, « Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la justice pénale ! », *AJ pénal* 2009, p 171

¹⁹⁸⁹ Collégialité de l'instruction : présentation d'un projet de loi, *D. actu.* 2013, 1901

¹⁹⁹⁰ Entrée en vigueur prévu le 1^{er} sept 2014

¹⁹⁹¹ C. Fleuriot, « Collégialité de l'instruction : présentation du futur projet de loi », *D.* 2013, p 1551.

¹⁹⁹² A. Robert, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.* 2013 p 855.

¹⁹⁹³ J. Pradel, « La responsabilité pénale des experts judiciaires », *RSC* 1986, p 247.

¹⁹⁹⁴ Art 232 du CPciv.

¹⁹⁹⁵ Art 246 du CPciv.

cause à effet entre la faute retenue contre eux et le dommage causé »¹⁹⁹⁶. Pour reprocher la faute de l'expert, le titulaire du droit à cinq ans à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître les faits pour agir en justice. D'une manière générale, les juges sont réticents à condamner l'expert judiciaire en raison d'une difficulté d'appréciation du lien de causalité entre la faute et préjudice. Le principe énoncé par les articles 1382 et 1383 du Code civil, précise que la faute même légère et non intentionnelle peut engager sa responsabilité dès lors qu'il a causé un préjudice aux demandeurs. La faute s'apprécie au regard du non-respect des obligations procédurales telles que le principe du contradictoire, des conclusions et avis erronés ou en conséquence de l'imprudence d'un expert (erreur technique)¹⁹⁹⁷. L'expert n'est pas tenu à une obligation de résultat. Cependant, il doit faire tout son possible, compte tenu des règles de sa profession, du temps et des moyens pour accomplir son expertise. Sont communément admises par la jurisprudence les fautes qui relèvent que l'expert a été trop affirmatif dans les conclusions de son rapport ou qu'il préconise une solution techniquement inadéquate au problème expertisé. Le juge n'étant jamais tenu de respecter l'avis de l'expert, il est difficile de caractériser le lien de causalité entre la faute et le préjudice ce qui reviendrait à remettre en cause le jugement. « *La décision du juge viendrait, en quelque sorte, s'intercaler entre le rapport d'expertise et le préjudice et rompre le lien de causalité* »¹⁹⁹⁸.

b. La fiabilité des critères scientifiques américains

453. La question de l'acceptation des savoirs scientifiques est particulièrement débattue en droit anglo-saxon et aux Etats-Unis en raison de mode de la sélection des experts qui diffère du système français. Les concepts juridiques et scientifiques s'adaptent difficilement l'un à l'autre car ils ne répondent pas aux mêmes fondement et méthodes. De plus « *il est possible de repérer, au regard du droit comparé, plusieurs modalités de construction de la science par le droit* »¹⁹⁹⁹. Leur réflexion sur les causes de réfutation pourrait enrichir le débat sur la place de l'expertise judiciaire dans la prise de décision, notamment en ce qu'elle est un instrument qui préjuge le récidiviste.

La Cour suprême américaine se réfère aux travaux de K.Popper²⁰⁰⁰ et de C.Hempel²⁰⁰¹ afin de valider les énoncés soumis par un texte de réfutation qui consiste à vérifier la démarcation entre la science et la métaphysique. En effet, l'énoncé est considéré comme scientifique s'il est possible de le réfuter. La Cour suprême motive le moment des décisions en s'appuyant sur des ouvrages présentant un intérêt à sa démonstration dont les auteurs ont autorité dans le domaine scientifique. Un énoncé est validé par la Cour suprême si la théorie ou la technique présentée a été testée ou est susceptible de lettres à moins que les juges puissent rechercher l'existence d'un taux d'erreur connue ou potentielle. Les quatre critères garantissant la fiabilité scientifique des expertises sont non exhaustifs²⁰⁰². C'est l'arrêt Daubert en 1993²⁰⁰³, qui contribue à la construction d'un guide

¹⁹⁹⁶ Gaz.Pal, 13 mai 1949 p245, in A. Robert, « La responsabilité civile ... » *chron. préc.* p 856.

¹⁹⁹⁷ 7 janv. 2001 n° 03/061074.

¹⁹⁹⁸ A. Robert, « La responsabilité civile ... » *chron.préc.*, p 859.

¹⁹⁹⁹ O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p398.

²⁰⁰⁰ K.Popper, *Conjectures et réfutations* Paris, Payot, 1985 ; *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, bibliothèque scientifique, 1973 ; *Les deux problèmes fondamentaux de la théorie de la connaissance*, Paris, Hermann, 1999.

²⁰⁰¹ C.Hemel, *Philosophy Of Natural Science*, Englewood Cliffs, Prentic-Hall, 1966.

²⁰⁰² Les critères se présentent au juge sous forme de questions : « la théorie ou la technique présentée a-t-elle été testée ou est-elle susceptible de l'être ? La théorie de la technique présentée a-t-elle été soumise à

de référence pour aider les juges à prononcer la recevabilité des expertises dans le procès. Dans une affaire, des femmes enceintes ayant utilisé pendant leur grossesse un médicament, la bédectine, pour soulager leurs nausées ont mis au monde des enfants souffrant de malformations. La responsabilité de l'entreprise pharmaceutique *Merrell Dow Pharmaceuticals* est engagée devant la Cour suprême par le biais d'expertises épidémiologiques préexistantes au litige et ne faisant pas apparaître de corrélation significative entre la prise médicamenteuse et les malformations des bébés. La Cour s'oppose à la décision des juges du fond évoquant l'irrecevabilité de la méthode scientifique utilisée. L'article 702 des *federal rules of evidence* précise que les connaissances scientifiques susceptibles d'aider le jury et sur lesquels se fondent des experts constituent des connaissances devant être scientifiques afin d'aider le jury dans la résolution du conflit en présence. Elle s'inscrit dans un mouvement général des tribunaux qui rejettent les sciences de pacotille, *junk science*, qui bénéficient d'une acceptation générale sans qualité scientifique des savoirs et des procédés qui garantissent à l'expert une légalité scientifique.

Dans une précédente affaire²⁰⁰⁴, un homme fait appel de sa condamnation pour meurtre en invoquant les résultats négatifs du détecteur de mensonge (*systolic blood pressure deception test*)²⁰⁰⁵. La Cour rejette son argumentation en raison de l'insuffisance recueillie par l'acceptation générale dans le domaine scientifique exposé. Le critère de *general acceptance* autrefois retenu dans l'arrêt *Frye*²⁰⁰⁶ recherchait à créer un consensus entre les experts scientifiques. L'expert n'intervient pas en raison de sa profession mais en raison de ses connaissances, ce qui rompt avec le test de compétence (*commercial marketplace test*) pour admettre les experts à exercer devant les tribunaux américains. La Cour pose le principe de l'acceptation générale de la communauté scientifique envers l'expertise présentée devant le juge qui évaluera préalablement si l'expertise est recevable suivant « le degré d'acceptation des connaissances dans la communauté scientifique de référence »²⁰⁰⁷. L'arrêt *Daubert* en revanche « confie au juge la fonction de gardien de la validité scientifique des savoirs présentés par les experts »²⁰⁰⁸. Le juge évalue le mérite scientifique des experts comme un amateur éclairé²⁰⁰⁹. Surgit alors le spectre de la *junk science*. En effet, l'arrêt s'est élargi²⁰¹⁰ aux ingénieurs et autres spécialistes des finances et de l'économie. Les juges ont une obligation de vigilance sur les témoignages scientifiques et techniques. Une brèche est ouverte quant à la réévaluation des savoirs et

l'évaluation des pairs et à publication ? La technique concernée présente tel un taux d'erreur, connus ou seulement potentiels ? La théorie ou la technique présentée est-elle communément acceptée dans la communauté scientifique de référence ? », O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p 377.

²⁰⁰³ U.S. Supreme court, *Daubert v. Merrell Dow pharmaceuticals*, 1993

²⁰⁰⁴ critère de *general acceptance* autrefois retenu dans l'arrêt, *Frye* (v. United states., 293 F.1013, 1923) qui recherchait à créer un consensus entre les experts scientifiques. L'expert n'intervient pas en raison de sa profession mais en raison des ses connaissances, ce qui rompt avec le test de compétence (*commercial marketplace test*) pour admettre les experts pour exercer devant les tribunaux américains.

²⁰⁰⁵ K. Adler, *Tours et détours du détecteur de mensonges*, La recherche, n°8, 2002, hors-série, page 60.

²⁰⁰⁶ United states, 293 F.1013, 1923

²⁰⁰⁷ O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p 369.

²⁰⁰⁸ *gatekeepers*

²⁰⁰⁹ Vives critiques suscitées par l'absence de formation scientifique des juges américains. Interrogation sur la création de tribunaux scientifiques ou spécifiques tels que le conseil des prud'hommes en France, recours à un expert ou un conseiller technique du tribunal assistant le juge. O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p 392 et s.

²⁰¹⁰ Arrêt *Joiner et Kumho Tire*

des procédés de médecines légales²⁰¹¹. Les apports de l'arrêt Daubert sont codifiés dans les *federal rules of evidence* en 2000 à l'article 702 pour compléter le domaine de l'expertise avec le caractère suffisant des données et fiable des méthodes utilisées. « *Si un savoir scientifique, technique ou tout autre savoirs spécialisés est susceptible d'aider le jury à comprendre un élément de preuve ou à établir un fait litigieux, un témoin qualifié d'expert en raison de son savoir, sa compétence, son expérience, sa pratique ou sa formation, peut témoigner à ce sujet sous la forme d'une opinion ou autrement, à condition que le témoignage soit fondé sur des faits ou des données suffisantes, que le témoignage soit le produit de principes et de méthodes fiables ou que le témoignage est fait application de principes et de méthodes en rapport avec les données de l'espèce* ». Il faut cependant noter des tempéraments. La règle du précédent lie uniquement la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis avec les juridictions fédérales. Elle ne s'impose pas aux juridictions étatiques dont certaines opèrent une réticence en appliquant encore la jurisprudence *Frye* au lieu de la jurisprudence Daubert.

454. Comment déterminer le savoir scientifique exposé par les experts ? Comment établir des critères juridiques de fiabilité scientifique ? Dans le procès américain, le choix des experts et le contrôle de leur connaissance est placé au cœur du procès (validité des énoncés et prise en compte de la communauté scientifique). L'évolution de la jurisprudence et de la loi a placé des critères et des barrières que le juge utilise contre des sciences non reconnues. Le droit français résout cette question par la réglementation et l'intervention de l'instance professionnelle des experts. Les critères d'acceptabilité des expertises trouvent leur fondement dans une analyse sur la formulation des énoncés et le fonctionnement de la communauté des chercheurs. La cour suprême américaine développe une épistémologie syncrétique²⁰¹² de l'insertion de l'expertise dans le jugement. La théorie de K. Popper distingue les énoncés métaphysiques des énoncés scientifiques soumis à la réfutation c'est-à-dire à la critique qui permet d'affirmer ou d'infirmer le procédé expérimental utilisé pour démontrer les faits soumis au tribunal. L'énoncé sera scientifique s'il peut être testé et irréfutable contre la critique qui le placerait dans le domaine métaphysique. « *Popper distingue nettement la structure logique de la formulation des énoncés (contexte de justification) et les éventuelles errements et intuitions qui ont pu conduire le chercheur à formuler l'énoncé qui soutient (contexte de découverte)* »²⁰¹³. Il s'appuie sur le contexte de découverte de la théorie scientifique pour déterminer le caractère scientifique de l'énoncé. « *Les conditions de production du savoir scientifique devient ainsi l'objet d'une étude que la distinction entre le contexte de justification et le contexte de découverte prétendait rendre inutile* »²⁰¹⁴. La cour suprême américaine articule les conceptions scientifiques pour créer une « *figure juridique de la vraie science* »²⁰¹⁵ dans un objectif de résolution du procès.

²⁰¹¹ Le procédé de comparaison des empreintes digitales n'a pas fait l'objet d'évaluation de la communauté scientifique puisqu'il n'existe pas à proprement parlé dans ce domaine ainsi le exigence e l'arrêt Daubert ne sont pas remplies *United states of America V. Carlos Ivan Plaza, wilfredo Martinez Acosta and Victor Rodriguez*, 179 F Sup.2d 492, 2002 U.S district, in O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p 382 ; cette technique est tantôt acceptée tantôt rejetée par les juges

²⁰¹² O. Leclerc, *Le juge et l'expert...op.cit.*, p 389.

²⁰¹³ *Ibid.*, p389.

²⁰¹⁴ *Ibid.*, p390.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, p390.

c. La pertinence d'une expertise de la dangerosité criminelle

455. Faut-il supprimer les expertises de dangerosité tant qu'élément de preuve, peu fiable qui préjuge le récidiviste?²⁰¹⁶ Le juge a besoin d'un expert pour des questions techniques. Extraite du champ psychiatrique, la dangerosité est dénuée de sens. Faut-il former les juges au savoir de la criminologie psychiatrique? La dangerosité est liée aux pathologies psychiatriques. Faut-il préférer aux expertises « *une théorie générale de la preuve de la dangerosité* » pour établir une vérité criminologique qui ne fonctionne plus à partir d'outil expérimental mais probatoire ? C'est le risque et non plus le danger qui est le critère de la rétention de sûreté. Le risque de récidive est incertain tout comme la réinsertion puisque la dangerosité psychiatrique ne peut être évaluée que sur du long terme et sans fiabilité. Les outils ne sont pas suffisamment aboutis et scientifiquement établis. La prise en compte des statistiques dans le DAVC (procédure de diagnostic à visée criminologique évaluations clinique) est symptomatique de cette incapacité actuelle à mettre en place un outil d'évaluation fiable. La réforme du projet de loi du 10 novembre 2012 et la loi de programmation relative à l'exécution des peines du 23 novembre 2000²⁰¹⁷ suggèrent une réforme de l'utilisation de l'outil statistique pour une meilleure évaluation de la dangerosité. Elle se baserait sur des statistiques plutôt que sur des expertises cliniques en utilisant notamment le diagnostic DAVC²⁰¹⁸ compléter par les statistiques. Cet outil partagé valable pour les condamnés a pour projet d'être intégré dans le système Cassiopée dont l'accès est autorisé au Parquet et au JAP. La quantification et l'utilisation de statistiques risque d'orienter le système vers une standardisation des comportements en l'absence de définition des critères d'individualisation du risque et d'évaluation de la gravité des faits. L'évaluation de la dangerosité n'a pas défini ces critères restant obscur est aléatoire. « *Les expertises donne un espoir, forcément déçu, d'une appréciation scientifique illusoire* »²⁰¹⁹.
456. La recherche sur la dangerosité est dans une impasse. Seule une approche dynamique de la dangerosité²⁰²⁰ semble attirer l'attention de la recherche, point non exploité, qu'il faudra bien sur adapté aux règles de droit. Passé outre les préjugés du lien de causalité entre le passé criminel le présent et l'avenir, en essayant de comprendre les défaillances de comportement face à la loi. Existe-il un sens à l'acte criminel ? le droit peut-il appréhender le criminel comme un acteur de l'acte plutôt que comme son auteur, facilitant la compréhension du scénario, mieux comprendre et reconstruire le *modus operandis* (c'est la notion de criminogénèse qui tend « à inscrire un acte criminel, aussi odieux soit-il dans une logique consciente et inconsciente d'une buté de sens »²⁰²¹. Il faut prendre en compte le « *lien intersubjectif* »²⁰²² (contexte culturel familial) notamment pour comprendre certains actes comme l'inceste. Comprendre que la criminalité sexuelle est le signe d'un échec de la sexualité. « *L'expertise judiciaire doit se penser comme une clinique expertale* »²⁰²³ et tirer l'auteur de l'enferment dans lequel il est et qu'il a tenté d'échapper à travers son acte.

²⁰¹⁶ A.Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », RCS 2011, p21.

²⁰¹⁷ Loi n° 4001 du 23 novembre 2000.

²⁰¹⁸ Projet de loi de programmation relative à l'exécution des peines de janvier 2012, p30 n°96.

²⁰¹⁹ F. Fiechter-Boulevard, « La dangerosité : encore et toujours... », AJ pénal 2012, p67, note 4.

²⁰²⁰ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques... op.cit.*, p 71.

²⁰²¹ Ibid.,p 66.

²⁰²² Ibid.,p 71.

²⁰²³ Ibid.,p 73.

Indéniablement le rapport d'expertise détient une force juridique dans le procès pénal. Les contestations sur le mode de désignation des experts, le poids des rapports dans le jugement pénal ainsi que les méthodes d'expertises. La complexité des rapports entre l'expert et la justice est d'autant plus fragilisée depuis la loi du 5 mars 2007 qui donne le droit de solliciter une contre-expertise empreint du saut de l'incertitude en déclarant l'altération du discernement au lieu de l'abolition²⁰²⁴. L'expert botte en touche et remet entre les mains du juge et de son intime conviction le poids de juger la culpabilité de l'accusé. C'est sur le juge et non sur l'expert que pèse la charge d'adapter une sanction adéquate. « *Les interfaces cliniques et juridiques éclatent au regard des enjeux de défense des clients face aux enjeux de défense d'un patient* »²⁰²⁵. Les victimes ont le droit de faire appel des ordonnances de non-lieu qui constate une abolition du discernement²⁰²⁶. La partie civile peut exiger une comparution du mis en examen et la publicité des débats. Une sorte de mini procès des malades mentaux déclare l'irresponsabilité pénale. La victime s'intègre dans la chaîne pénale et exige un rôle d'acteur, qu'il est possible de satisfaire par la mise en place de consensus et de médiation autour de la réparation et de la compréhension du préjudice et des facteurs déclenchant. Une justice différente, plus humaine, déjudiciarisée, loin de la science supplante notre justice traditionnelle basée sur la dichotomie prévention répression. La justice restaurative est une évolution nécessaire dans la lutte contre la récidive pour pallier l'inefficacité des instruments de lutte contre la récidive.

457. Le régime appliqué aux récidivistes est un cercle vicieux dans lequel il est difficile de sortir des préjugés, du pré-jugement, de la procédure dérogatoire et des peines sévères et autres mesures de surveillances. Il a été démontré par les dernières études que les peines de prison ferme et courte sans facteur de récidive, que les aménagements de peines favorisent la réinsertion est qu'un procès équitable garanti l'absence d'arbitraire dans le jugement. Or, il est constaté que les préjugés autrefois physiques sont contenus dans des fichiers faillibles qui fournissent des critères objectifs d'une procédure dérogatoire et d'une peine automatique. La comparution immédiate est une procédure, un passeport pour des courtes peines de prison ferme non aménagées dans 8 cas sur 10. Ainsi, cela contrevient à l'idée commune d'utiliser des outils adaptés à la personnalité du délinquant pour sa réinsertion. Cette politique pénale alimente en continu la récidive. L'arsenal pénal dispose suffisamment de dispositifs et d'aménagement de peine pour aider le récidiviste de se réinsérer mais encore faut-il les utiliser intelligemment. Il ne s'agit plus de s'interroger sur l'efficacité des instruments mais sur leur efficacité par l'optimisation de leur mise en œuvre et du résultat recherché, c'est-à-dire la baisse significative de la récidive.

Section 2. Des instruments incohérents

458. « *Les juges doivent user de leurs pouvoirs prétoriens dans toute son amplitude et sa puissance. Rien ne leur interdit d'inventer de nouvelles solutions* »²⁰²⁷. Le législateur met à leur disposition d'une palette de peine et de mesures. L'univers carcéral reste criminogène depuis plus d'un siècle. Le taux élevé de récidive serait symptomatique de

²⁰²⁴ L'ancien art 64 du cpp, prévoyait uniquement le cas d'une abolition ou non du discernement. Une distinction est faite entre les normaux et les fous.

²⁰²⁵ A. Auret et P. Bessoles, *Interfaces cliniques...op.cit*, p 162.

²⁰²⁶ Depuis 1995, art 19961 du CPP.

²⁰²⁷ F. Saint-Pierre, « Le rôle de l'avocat ... » *chron.préc.*, p263.

l'échec de la prison et d'aménagements des peines complexes. Qu'est ce qui caractérise l'inefficacité des instruments, les rendant incohérents dans la lutte contre la récidive ? L'histoire pénitentiaire complète l'histoire du droit pénal²⁰²⁸. L'enfermement s'est déplacé de la prison à la mesure de sureté. La doctrine pénitentiaire, vectrice de réformes, est influencée par le droit anglo-saxon²⁰²⁹ qui défend l'encellulement individuel. La doctrine française favorable à l'encadrement de l'exécution de la peine impulsé par l'Etat, développe depuis quelques années une politique pénitentiaire intégrée à la politique criminelle. Elle prend en compte l'étude de l'administration des prisons²⁰³⁰ en première ligne dans l'édification de la culture pénitentiaire. Elle ne peut se faire qu'à travers les missions des personnels (surveillants et SPIP) qui contribuent à la réinsertion du détenu par l'instauration de mesures carcérales destinées à l'éducation²⁰³¹, la resocialisation et l'aide à la réinsertion²⁰³². Pour ce faire, des aménagements de peine ou des mesures de sûreté consistent en une sanction dirigée vers la protection de la société par l'application d'un traitement médical et social afin que le délinquant se réinsère. Le système pénitentiaire français repose sur une organisation complexe qui dispose de son propre droit sanctionnaire. Les droits de la défense sont plus que jamais, un enjeu de protection du détenu. Le système pénitentiaire éprouve des difficultés de mise en œuvre quant aux missions de surveillance et d'insertion qui lui sont confiées. La surpopulation carcérale et les conditions de détention ne sont pas les seules responsables de l'échec de la lutte contre la récidive. Le système pénitentiaire tente pourtant de se réformer et de s'accommoder avec les nouvelles normes européennes. La mise à exécution des peines n'est pas effective ce qui dénature la portée de la peine d'emprisonnement (I). De plus, la mise en œuvre de l'exécution des peines est complexe qu'il s'agisse ou non de récidivistes (II).

I. Des peines ineffectives

459. Le compromis néoclassique, s'il ne s'entendait pas sur le choix du quantum de la peine, considérait la prison comme le rempart ultime contre la criminalité. Si aujourd'hui le juge a les moyens d'individualiser la peine, en matière de récidive, les utilitaristes classiques ont supplanté les néoclassiques en instaurant des peines planchers. Pourtant, aujourd'hui la prison, peine de référence, est en crise. Victime de son succès, la prison n'est plus efficace contre la récidive. Engorgée, inhumaine et cloisonnante, la prison est l'annexe des hôpitaux psychiatriques. Elle détruit l'homme sans pouvoir le réinsérer. La peine de prison n'est plus utile dans la lutte contre la récidive. Cependant a-t-elle les capacités humaines et financières pour s'adapter aux nouveaux défis qui se dressent devant elle? La prison a-t-elle vocation à réinsérer et à lutter contre la récidive ? Quelles sont les failles du système pénitentiaire qui constituent un frein majeur à la mise en œuvre efficace des

²⁰²⁸ H. Hedhili, « Regard sur l'histoire pénitentiaire française et ses institutions depuis le XIX^e siècle », *Rev.de dr. pén.*, 2011, p31

²⁰²⁹ Ibid.

²⁰³⁰ Le 30 octobre 1841 est édicté le premier règlement des prisons départementales, décrivant ainsi la composition du personnel (chef d'établissement, greffier, gardien, sœurs, religieuses, médecins, aumônier, instituteur,) ainsi que le début d'une réelle formation des surveillants pénitentiaire (arrêté du 19 août 1893) C.Carlier et M. Renneville, Histoire des prisons en France ; <http://criminocorpus.cnrs.fr/outils/15718/>

²⁰³¹ Bibliothèque (Circulaire du 4 sept. 1841), Société de patronage pour les détenus adultes libéré (28 mai 1842), instruction primaire (circulaire du 24 av. 1840 et du 23 oct. 1919), loi Corne du 5 août 1850 sur l'éducation et le patronage des jeunes détenus et la création d'une école prison pour jeune en 1947.

²⁰³² Création le 1^{er} février 1948 des comités d'assistance et de placement des libérés dans le but de surveiller et de suivre dans leur réinsertion durant leur liberté conditionnelle, et intégration des assistantes sociale et infirmière par une loi du 8 av. 1946. Création des éducateurs de prison le 21 juillet 1949.

instruments de lutte contre la récidive ? « *L'état réel d'une civilisation se juge d'après la situation de ces prisons* »²⁰³³.

La prison est un « *établissement destiné à détenir les individus privés de leur liberté par l'effet d'une décision de justice* »²⁰³⁴. Plus précisément, elle est le lieu où s'exercent les emprisonnements correctionnels et la détention provisoire appelés maison d'arrêt²⁰³⁵. La prison est un lieu d'encellulement, où le criminel est exclu de la société pour une durée plus ou moins courte, après jugement. C'est la sanction pénale la plus élevée de l'échelle des peines. Elle porte directement atteinte aux droits de l'homme car elle est privative de liberté. Cette forme de neutralisation du criminel au banc de la société a longtemps été considérée comme étant le meilleur rempart et instrument de lutte contre la criminalité et la récidive. « *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* »²⁰³⁶. L'institution de la prison est ébranlée ; elle ne parvient plus à endiguer la nouvelle récidive. L'évolution du système pénitentiaire n'a pu se défaire de ses problématiques récurrentes envers les droits de l'homme (A). L'administration pénitentiaire a aussi pour mission de réinsérer le condamné pour éviter la récidive. Consciente de ses lacunes, c'est tardivement qu'elle se remet en question pour une meilleure prise en charge du détenu dès l'arrivée (B). Dans la pratique, elle se heurte au chevauchement des autorités judiciaires et pénitentiaires ce qui réduit considérablement l'efficacité de la peine (C).

A. L'effondrement du système pénitentiaire

460. La dernière réforme pénale de 2014 crée une peine de probation tout en conservant la peine privative de liberté en milieu ouvert ou fermé. La prison reste un modèle de sanction ultime même pour des peines courtes. Pourtant, son incapacité à se remettre en question crée un désordre. La prison doit toujours exister en tant que telle mais, contrairement aux peines planchers qui augmentent le quantum, des peines plus courtes et un suivi moins long favoriseraient la réinsertion du délinquant pour qu'il ne soit pas tenté de récidiver²⁰³⁷. Il faut éviter de prolonger sans fin de l'échéance de la peine que le condamné porte comme un fardeau l'empêchant de se reconstruire²⁰³⁸. L'autre hypothèse est de défendre la fin du carcéral, dont la mise en application n'est qu'une exception aux mesures alternatives et aux aménagements qui deviennent le principe sauf pour les récidivistes. En effet, si la prison est peut être un rempart physique contre la récidive (a), il serait temps de réfléchir à une peine de substitution plus efficace que l'enfermement (b). De plus, le droit pénitentiaire est concurrencé par des mesures de sûreté (c).

²⁰³³ M. Alhoy et Lurine, *Les prisons de Paris*, 1846, p2.

²⁰³⁴ Définition du Vocabulaire juridique de G. Cornu.

²⁰³⁵ Les chiffres clés de la justice pénale en 2011, Hébergements collectifs spécialisés de mineurs, p11 et les établissements pénitentiaires de majeurs, p14 ; Les chiffres clés de la justice, Ministère de la justice, 2012, p14 à 30, www.justice.gouv.fr.

²⁰³⁶ Art. 707 al 2 du CPP, issue de la loi Perben II du 9 mars 2004.

²⁰³⁷ P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, 1995.

²⁰³⁸ Rapport d'information n°652 suite à la Commission des lois du 13 sept 2012, sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, présenté par D.Raimbourg et S.Huyghe.

a. Le dernier rempart contre les récidivistes

461. La prison avant la révolution Française ne correspond pas à celle d'aujourd'hui. Elle n'était qu'une mesure de transition jusqu'à ce que la République mette en place un système éducatif. A l'origine la prison est un univers impitoyable caché que les statistiques ne reflètent pas aux yeux du grand public (1). Dépassé par son succès dès l'origine, elle est le lieu de la violence et la misère sociale. La désaffection pour la prison, ultime rempart contre la criminalité, s'explique par la difficulté de l'institution à maintenir la sécurité et des conditions humaines de détention (2).

1. Le rôle primaire de la prison pénale

462. La prison était conçue comme « *une alternative douce aux supplices* »²⁰³⁹. Elle est devenue un instrument du gouvernement pour surveiller et discipliner les classes pauvres et dangereuses tout en gardant caché le caractère brutal et infamant de la peine la rendant perverse. La prison est un outil de supplice caché et que la bourgeoisie a su perpétrer par un « *processus de moralisation* »²⁰⁴⁰. La prison est toujours un moyen de discipliner les pauvres non éduqués et malades. Imposée par les élites²⁰⁴¹, dans un souci de progrès social et industriel ont fait admettre à la société tout entière le bien-fondé de la prison et de la douceur des peines.
463. A l'origine, la prison était un lieu d'enfermement des miséreux (vagabonds, prostitués, mendiants, aliéné). Le 27 avril 1656 un édit établit l'hôpital général de Paris²⁰⁴² où sont aussi enfermés pour correction les enfants et les femmes récalcitrants aux yeux du père de famille. L'enfermement est inégal, le travail effectué est aléatoire ce qui ne conduisit pas à des résultats probants sur le comportement des pensionnaires. La prison pénale naît avec la loi du 16 et 26 mars 1790. Pour encourir une peine de prison une instruction est obligatoirement²⁰⁴³. Avant cette date les prisonniers étaient détenus arbitrairement sans modalités procédurales ou d'existences légales de causes de détention. Les détenus étaient des fous, des suspects, faisant l'objet de lettres de cachet ou quelques condamnés²⁰⁴⁴. Véritable rôle de la prison pénale sous la Constituante avant l'élaboration du code pénal de septembre 1791. Cette officialisation replace la prison dans une lutte contre le despotisme et l'arbitraire. « *La détention est de toutes les peines celle dont l'abus est le plus fréquent et le plus facile. Son apparente douceur est un danger de plus* »²⁰⁴⁵. La prison, *prisio*, est une prison corps. Sous le Moyen Âge elle n'est qu'une peine de substitution pour ceux qui ne peuvent pas payer d'amende ou un moyen d'obtenir des aveux suit à la procédure inquisitoire de la question. Le cachot est déclaré, le 30 août 1780, par Louis XVI comme une peine arbitraire. La prison est « *un espace et le temps du rachat social, le purgatoire des égarés, une nécessité provisoire, en attendant que l'école de la république ainsi que les lois justes et égales pour tous, éclairant le peuple, rendent*

²⁰³⁹ Angers-Bouchemaine, in J-G. Petit, *Ces peines obscures...* op.cit., p 544.

²⁰⁴⁰ M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Paris : Gallimard, 1975, p 228 et s.

²⁰⁴¹ B. APPERT, *Bagne...* op.cit. p 549.

²⁰⁴² Autres lieux à Paris : la Pitié, la Salpêtrière, Bicêtre ainsi qu'une trentaine d'autres établissements dans toute la France.

²⁰⁴³ Van de Kerchove, *Sens et non sens ...op.cit.* Ibid., p 27.

²⁰⁴⁴ Ibid., p 41

²⁰⁴⁵ B.Constant, « De la liberté chez les modernes », textes réunis par M. Gauchet, LGF, 1980, P481et s, in Ibid, p 545.

caduques les institutions répressives »²⁰⁴⁶. Le promoteur de la prison Lapeletier de St Fargeau²⁰⁴⁷ la considère en 1791 comme un instrument transitoire dans une République en construction. Elle a vocation à pallier les carences éducatives pour un coût modique et en silence. Depuis, cette mesure autrefois alternative s'applique comme un principe, sans trouvé le moyen de traiter les fous et les pédophiles. Depuis deux siècles « *la prison se débarrasse de ce qui ne nous ressemble pas pour garantir l'ordre et la cohésion du corps social* »²⁰⁴⁸. Comme la peine de mort elle est une peine silencieuse et cachée jusqu'à la dénonciation des abus et exactions par les penseurs et philanthropes, telles que La Rochefoucauld Liancourt et Victor Schœlcher²⁰⁴⁹. Ce dernier s'intéresse à la question de la concurrence du travail réalisé par les prisonniers et qualifié de barbarie légale. Le 5 janvier 1849, il demande une enquête parlementaire sur le régime des prisons²⁰⁵⁰. Avant que la prison pénale soit consacrée en 1790, il existait plusieurs catégories de prisons celle du roi, des seigneurs, des officialités et de la ferme générale. Le développement du pouvoir royal est la création d'une justice prévôtale au XVIIIe siècle modifie la carte carcérale afin de garder que la prison royale, celle des dépôts et maisons de force. La justice royale et justice militaire augmentent la capacité de détenus en 1750. Le rôle et le fonctionnement de la prison devient un sujet préoccupant. Dans les cahiers de doléances de 1789, les Français demandent une amélioration de l'état des prisons²⁰⁵¹. Le XVIIIe siècle développe la prison et l'internement, « *reflet d'une intolérance sociale* »²⁰⁵². L'internement exclut les plus faibles et entretient parallèlement la promiscuité et les épidémies. Les prostituées sont enfermées à la Salpêtrière, les mendiants dans les dépôts de mendicité et hôpitaux généraux afin de les faire travailler. La prison ne correspond pas à une sanction pénale prononcée par un tribunal compétent, contrairement au bagne et aux galères de l'Ancien Régime. Pourtant, l'enfermement semble être le meilleur traitement pour aider ces détenus à retrouver leur esprit et de « *meilleur sentiment envers leurs proches et la société* »²⁰⁵³.

464. Depuis 1852, le Ministère de la Justice organise la statistique annuelle des comptes généraux de la justice criminelle. Elle est utilisée à d'autres fins que celles de l'identification et classification du récidiviste. Elle est un outil de gestion de la population carcérale. Elle fournit « *les indications nécessaires pour établir partout l'uniformité de régime qui salit étroitement à l'égalité devant la loi pénale, et pour réduire les dépenses* »²⁰⁵⁴. Louis Chevalier considère la statistique comme « *un instrument privilégié de mesure du caractère pathologique des relations sociales* »²⁰⁵⁵. Les statistiques reflètent

²⁰⁴⁶ J-G. Petit, *Ces peines obscures...* op.cit.,p9.

²⁰⁴⁷ Son influence est majeure dans le travail de la constitution du code pénal 2791. Il figure parmi les unanimes pivote pour la peine de mort politique du roi Louis XVI alors qu'il rédige un projet d'abolition de la peine de mort pour les criminels peu avant son assassinat. Il est considéré comme le premier martyr officiel de la révolution française. in Van de Kerchove, op.cit.,p58.

²⁰⁴⁸ Ibid,p58.

²⁰⁴⁹ « Dans ses repères du crime de la misère et de toutes les douleurs, le temps est infini, dans sa durée, à moins qu'un siècle un abîme dont la vue éprouvante » Bailly, maire de Paris devant l'assemblée nationale, *Ibid.*, p 33

²⁰⁵⁰ Ibid., p 24

²⁰⁵¹ Ibid., p 28

²⁰⁵² Ibid., p 22

²⁰⁵³ Ibid., p 22.

²⁰⁵⁴ Extrait de la statistique des prisons de 1863, *Ibid.*, 261.

²⁰⁵⁵ L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle*, Paris, 1978, p18,43-47, in, *Ibid.*, p261 note1.

une image de la société et des modalités ainsi que des variations du contrôle social²⁰⁵⁶. Le compte général distingue la statistique criminelle, activité des tribunaux et la statistique pénitentiaire comptabilisant les prisonniers. Ces deux statistiques sont englobées par la statistique pénale. Quetelet, en 1848 réfléchit sur la fiabilité statistique de la criminalité par rapport à la réalité des faits. Il part du postulat que statistique et réalité sont homogènes mais que cette statistique n'est que la part émergée de l'iceberg en raison de l'existence d'un « *chiffre noir* »²⁰⁵⁷. Il existe des tris sélectifs qualitatifs et quantitatifs opérés par les instances et qui constitue de sélections successives. Qu'est-ce que mesure la statistique criminelle ? Les variables, catégories sociales, natures de crimes, caractéristiques des délinquants selon la localisation et les usages, variations de l'intensité répressive et de l'histoire pénale ainsi que la détermination des crimes et délits par la loi auquel correspond un catalogue de sanctions pénales. Cet ensemble de critères variables qui font de la statistique « *ne proclament pas une vérité éternelle, mais il exprime les choix d'une société, l'état des rapports de force entre les groupes ; le point d'équilibre, les compromis entre la tradition et la nouveauté* »²⁰⁵⁸. La statistique reflète-t-elle la vie quotidienne présentée au magistrat ? « *La statistique criminelle représente la mesure officielle de l'activité des diverses violences pénales qui amplifient certains illégalismes, qui en minorent ou en occulte d'autres* »²⁰⁵⁹. La statistique pénitentiaire appréhendée par le ministère de l'intérieur étudie le stock de population détenue qui reflète l'ensemble des flux et des affaires. Elle existe depuis 1825 et devient régulière le 9 mars 1852 avec une première publication en 1854 relative à l'année 1852. Ce n'est qu'en 1875 que les critères se stabilisent et que les données semblent moins erronées. Il est alors constaté que 2851 à 1858 une forte augmentation des détenus. Le réflexe est de créer de nouveaux établissements pour obtenir 17 960 places à Cadillac, Clermont, Haguenau, Loos, Nîmes, Poissy, Ensisheim, Riom, Vannes, Claireveaux, Gaillon, Beaulieu²⁰⁶⁰. En 1855, ouvrent en Corse le pénitentiaire agricole de Chiavari et de Casabianda en 1862 ainsi que celui de Castelluccio pour les jeunes adultes en 1860. En 1862, 28 maisons centrales et pénitenciers agricoles sont créées. Le second empire reflète la spécialisation des établissements pénitentiaires. En 1851, il existe 51 300 places de prison pour une population française de 35 782 habitants²⁰⁶¹. Ces prisons ne se désemplissent pas suite à la Commune de Paris, aux mouvements ouvriers de 1871 et 1872. Les mouvements populaires s'aggravent suivant l'augmentation du prix du pain. Une corrélation indiscutable se fait entre la population carcérale et la crise économique et l'exode rural. La prison recueille majoritairement des ouvriers agricoles et journaliers c'est-à-dire la population la plus pauvre²⁰⁶². Cette misère carcérale croit en parallèle avec le développement industriel et celui du chemin de fer, progrès défendu par la bourgeoisie devant l'assemblée nationale qui utilise la prison comme « *par feu social et politique* »²⁰⁶³. Pour restreindre le nombre de détenus la loi du 13 mai 1863 correctionnalise l'atteinte aux personnes et certains infanticides. Elle réduit par la loi du 28 avril 1832 le nombre d'affaires soumises à un jury populaire pour une justice plus égalitaire²⁰⁶⁴. Au XIX siècle, la prison tue plus qu'elle n'amende en raison de la promiscuité, de la récidive et des châtiments corporels. La prison rend fou car elle est un régime de frustration et de privation élémentaire :

²⁰⁵⁶ Ibid., p 261.

²⁰⁵⁷ Ibid, p 262.

²⁰⁵⁸ Ibid., p262.

²⁰⁵⁹ Ibid., p 263.

²⁰⁶⁰ Ibid., p269.

²⁰⁶¹ Ibid., p 274.

²⁰⁶² Ibid. p 276.

²⁰⁶³ Ibid., p 276 note 47.

²⁰⁶⁴ Ibid., 277.

nourriture, soin et hygiène. La population carcérale compte parmi elles de nombreux vagabonds migrants (exode rural) jeunes délinquants, célibataire et pauvres malades. La relégation et la déportation du sont comparés à des mouiroirs de Cayenne. « *L'infamie ne s'efface pas et la réinsertion sociale est impossible dans ce contexte* »²⁰⁶⁵. « *Ce n'est certainement pas en rabaisant l'homme au niveau de la brute qu'on parviendra à leur faire faire un retour sur lui-même et à le ramener dans le droit chemin de la vertu [...] Si vous le traitez d'une manière ignoble, il restera ignoble, comment sortirait-il du cercle dans lequel vous l'avez placé et dans lequel vous retenez* »²⁰⁶⁶. Ces prisonniers, révoltés deviennent les irréductibles ennemis de la société. Les conditions déplorables en prison, l'absence d'hygiène et la présence d'épidémies obligent la création d'un corps médical au sein de la prison en 1798. Le code pharmaceutique médical pour les prisons de Paris constitue le premier rapport sur les médicaments en prison. La prison est étudiée sous un aspect statistique mais aussi sur un point de vue fiscal. L'amélioration de la vie en prison est une condition de la réinsertion. Elles a aussi une vocation humaniste pour les médecins qui dénoncent les abus et les maltraitances. Ils deviennent un contre-pouvoir à l'administration pénitentiaire et aux entrepreneurs privés qui l'infiltrèrent. Les médecins veulent un statut médical en prison avec des droits et des missions. En 1831, ils sont éloignés et découragés suite à leur manque d'influence. Les médecins souhaitent des lieux différents pour chaque type de maladie. Des hôpitaux pour les malades physiques, des asiles spécialisés pour les aliénées et des prisons hospices pour les déviants et les « *atteints de l'âme* »²⁰⁶⁷ c'est-à-dire les détenus paresseux, non instruits et déviants qui manifestaient trop de personnalité. Le rejet des médecins hors les murs de la prison conduira la création de l'anthropologie criminelle au XIXe siècle. Durant le second empire, un mouvement d'indulgence s'ajoute à la répression et instaure une libération conditionnelle en 1885 et le sursis en 1891.

- 465.** Dans les manufactures carcérales les prisonniers peuvent travailler. Les plus pauvres ont les tâches les plus dures. Il faut redonner aux pauvres l'habitude et le goût de l'effort. Cet optimisme par le travail ne s'appuie que sur le rôle de la prison, ce qui est en décalage avec la réalité de l'univers carcéral. Elle n'a jamais réussi à amender en masse les détenus. Elle est un purgatoire et un enfer pour lequel les politiques veulent en faire un lieu d'amendement. Cette peine transitoire a depuis longtemps atteint ses limites. Actuellement, la rénovation des prisons, l'augmentation de la capacité et l'accueil des détenus ne sont que des rustines dans un système obsolète. La détention évolue. L'administration pénitentiaire a repris une place centrale dans le système concurrencé par divers acteurs publics. Elle devient autonome mais avec peu de moyens elles s'ouvrent à l'entreprise, à la médecine mais reste un milieu clos à son règlement et ses tourments. La prison s'exporte en dehors des murs par la surveillance les travaux obligatoires. La question du travail en prison et le rôle des sociétés privées n'est donc pas nouvelle et relance le débat sur l'utilité de la prison. L'amélioration du détenu est compromise au sein d'un système où le travail fait l'objet d'une spéculation privée, où la violence venue des détenus et des gardiens mal choisis et mal formés.

²⁰⁶⁵ Angers-Bouchemaine 1978- 1989 in J G Petit, *Ces peines obscures...op.cit* p 543.

²⁰⁶⁶ B. Appert, *Bagne, Prisons et criminels*, 1836,tIV, p 134, in *Ibid.*, p 544.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, p 534.

2. Le détenu à l'épreuve de la promiscuité

466. La surpopulation carcérale²⁰⁶⁸ se caractérise par un nombre supérieur de détenus pour le nombre de places disponibles. Il est régulièrement question de mettre en place un *numerus clausus* des places de prison²⁰⁶⁹ (α). Cette surpopulation est tellement importante qu'elle rend les conditions de détentions inhumaines et dégradantes. Cette promiscuité facilite le prosélytisme religieux (β) et les violations aux droits de l'homme et des détenus (γ).

a. Une surpopulation carcérale

467. Faut-il instaurer un *numerus clausus* ? La loi du 15 août 2014 fait référence au taux d'occupation des prisons à l'article 707 du CPP. D'une certaine façon, il existe déjà en France, un nombre limité de places même s'il est dépassé. Ce chiffre est défini par le directeur de l'établissement et le Procureur de la République²⁰⁷⁰. Le directeur alerte le procureur sur le dépassement. Le parquet n'est pas pour autant responsable des condamnations prononcées par les magistrats, informés de la situation. Il est un lien avec le directeur, surtout l'été où la chaleur rend encore plus difficile les conditions de détention. D'autres pays n'ont pas adopté des pratiques d'ajustement ou de *numerus clausus* mais un processus inverse à l'enfermement. La Suisse, Les Pays-Bas, la Belgique, et les pays scandinaves ferment leur prison, pour en faire des logements étudiants. Pourtant l'arsenal français des peines en milieu ouvert est conséquent. La France fut l'un des premiers pays à en introduire en 1975 (travail d'intérêt général, jour amende, PSEM, stage de citoyenneté, sanction réparation....)²⁰⁷¹.
468. Pour limiter la surpopulation carcérale, le Professeur P. Poncela préconise une réflexion de droit pénal spécial sur l'échelle de gravité et sur la nature des peines en milieu ouvert. Ainsi, pour l'infraction de destruction, dégradation de bien public une peine de travail d'intérêt général doit être assimilée comme peine principale. Une sanction particulière, relation avec une infraction précise, en fonction de l'intérêt protégé. Le TIG est ici la peine de référence, même si la peine principale reste la peine de prison. La peine intervient pour signaler l'échec des politiques économiques, sociales et culturelles²⁰⁷². La surpopulation carcérale serait donc un problème ponctuel dû à une conjoncture législative plus répressive avec les récidivistes (peines planchers). Elle se conjugue avec une exécution des peines plus dynamique. Il n'y a pas une délinquance mais des délinquances qu'il faut traiter par thème et dont les contentieux doivent être distingués. Une autre solution est celle de diminuer la longueur des peines. Une libération conditionnelle à mi-peine d'une durée d'un an semble raisonnable, ce qui est rarement le cas, ou une délocalisation de la peine privative de liberté par la surveillance électronique en fin de peine comme au domicile (SEFIP). Il ne faut pas céder aux intégristes de l'individualisation et du suivi. L'octroi de grâce collective et limiter les longs suivis surtout sous PSEM. Les effets du suivi doivent être limités pour un condamné qui a payé sa dette, en fonction évidemment, de la gravité de l'infraction. Dans les peines en milieu ouvert, l'implication locale du Conseil Général et des services de l'état est essentiel dans

²⁰⁶⁸ P. Poncela, « La crise du logement », *RSC* 2008, p972.

²⁰⁶⁹ V. Vasseur et G. Mouesca G. *La prison doit changer...op.cit.*, p137 et s.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*, p 139.

²⁰⁷¹ Livre de 2005 sur la fabrique du droit des sanctions pénales au Conseil de l'Europe

²⁰⁷² Propos recueillis du Professeur P. Poncela le 13 septembre 2012 lors de la Commission des lois sur la lutte contre la surpopulation carcérale créée en juillet 2012 par le rapport D.Raimbourg.

l'accompagnement du condamné. En contrepartie d'une sortie anticipée, il faut lui ouvrir les portes de l'emploi et du logement. Il faut changer les mentalités face aux sortants de prison ou une personne en liberté conditionnelle. Il ne faut pas pour autant rejeter la prison. La peine en milieu ouvert comme pour la récidive n'a pas prouvé son efficacité. L'obsession consiste à croire que la liberté conditionnelle baisse le taux de récidive. L'étude en Allemagne et en Suisse n'a pas pu le démontrer²⁰⁷³.

- 469.** La promiscuité est la principale source de l'insalubrité et de la violence. Les cellules mesurent 11 mètres carré. Elles sont prévues pour un, voire, deux détenus, mais elles peuvent accueillir jusqu'à quatre détenus. Le détenu est plus facilement sujet aux fautes disciplinaires, sanctionnées par le mitard, qui prend la forme d'un isolement dans une plus petite cellule²⁰⁷⁴. Les ouvertures d'établissements pénitentiaires issues de la loi pénitentiaire sont moins nombreuses que l'augmentation du nombre d'incarcération. Il s'agit d'une course contre la montre perdue d'avance. Loi pénitentiaire de 2009 a pour objectif de lutter contre la surpopulation carcérale et d'améliorer les conditions de détentions²⁰⁷⁵. Elle se voulait être une réforme d'envergure mais ne serait qu'un trompe l'œil pour l'OIP en raison de l'encellulement individuelle au regard des moyens ne pourrait pas être effectif avant 2012. Déjà une première limite énoncé par la chancellerie qui ne pourra pas garantir un encellulement individuel avant 2012²⁰⁷⁶. La politique pénale répressive et l'automatisation des peines planchers pour les récidivistes, contribue aussi à la surpopulation carcérale. Il limite le pouvoir d'individualisation du juge qui est, de ce fait, confronté à un dilemme. D'une part, le juge n'a plus aujourd'hui les moyens d'appliquer de manière équitable et sereine les jugements tant les textes sont d'interprétation stricte et les dérogations à l'automaticité des peines sont exceptionnelles. D'autre part, la prison n'est plus l'instrument qui punit et corrige efficacement le détenu. La prison ne remplit pas son rôle punitif et resocialisant. Elle est criminogène. La violence, la surpopulation carcérale, les mauvaises conditions de vie atteintes aux droits de l'homme, les manques de moyen (programmes de formation et de réinsertion) ainsi qu'une nouvelle forme de diagnostic, sont des difficultés dont la prison n'arrive pas à faire face. Le taux de récidive important en matière de délit est l'indice qui prouve l'échec de la prison pour une partie des condamnés. Les finalités de la prison sont remises en question à travers l'existence d'un nombreux clausus, de la question religieuse en prison et des atteintes aux droits de l'homme.

β. Le prosélytisme islamique

- 470.** La prison soulève depuis peu la question de la liberté religieuse. Elle devient le lieu de divers cultes au nom du principe de la liberté d'opinion, de conscience et de religion des personnes détenues²⁰⁷⁷. Un détenu a le droit d'exercer en prison sa religion et l'établissement pénitentiaire ne peut refuser d'agrément d'aumônier en raison d'un nombre insuffisant de détenus pratiquants²⁰⁷⁸. Depuis quelques années se développe le prosélytisme islamique en prison. Un rapport réalisé par les renseignements généraux et

²⁰⁷³ Livre 2005 sur la fabrique du droit des sanctions pénale au Conseil de l'Europe.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, p87 et s.

²⁰⁷⁵ Analyse critique du contenu de la loi dite « pénitentiaire », M.Danti-Juan, *Rev.de Dr. Pén.*, 2010, p79.

²⁰⁷⁶ S. Laric, *AJ pénal*, actu. 2009, p98.

²⁰⁷⁷ Art.10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de l'article 1er de la Constitution et de l'article 26 de la loi pénitentiaire de 2009.

²⁰⁷⁸ CE 16 oct.2013, n°351115, *D.2013*, p 2469.

dévoilé par le Figaro constate que ces activités sont une « *bombe à retardement* »²⁰⁷⁹ puisqu'il est dénombré 175 islamistes dans 68 établissements qui forment une organisation et qui mettrait la pression à l'ensemble des détenus pour les inciter à prier et à adhérer à leur religion (demande de salle de prière, de tapis). « *Les islamistes ont un prestige énorme en prison. Ils ont mis en danger leur vie. Ce sont des héros et en cela ils ont une audience. Même les non-pratiquants y sont sensibles car c'est aussi une façon de vous venger d'une société qui vous a humilié, rabaissé* »²⁰⁸⁰. Le conseil français du culte musulman a exprimé sa volonté d'« *enseigner une interprétation correcte de l'islam*²⁰⁸¹ » et de limiter la montée de l'extrémisme²⁰⁸². Le risque d'enseigner une mauvaise interprétation du Coran est de mettre des individus qui ont déjà des problèmes d'exclusion sociale en situation de s'opposer aux valeurs républicaines françaises d'égalité, de fraternité et de laïcité. En effet, l'islam et l'islamisme sont deux notions religieuses qu'il est important de distinguer. « *L'islamisme est l'utilisation à des fins politiques de la religion musulmane dans le but d'instaurer un régime fondé sur la charia* »²⁰⁸³ : lapidation, Jihad²⁰⁸⁴, application misogyne des violences faites aux femmes (mariage forcé, port du voile). La France est un pays de progrès et de laïcité qui tolère le culte religieux dès lors qu'il respecte les lois et les valeurs républicaines. Qu'il ne trouble pas l'ordre public ni ne menace la sûreté de l'Etat. « *La laïcité est le prolongement naturel de la tolérance* »²⁰⁸⁵. Les gouvernements successifs, se sont fourvoyés et ont laissé se développer les questions religieuses dans la société, sans prendre de position ferme et définitive rappelant le principe de laïcité²⁰⁸⁶. Ils se sont reposés sur des entités comme la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité des chances (HALDE) ou des associations comme SOS racisme. Le principe de laïcité, qui protège particulièrement les femmes et les jeunes, nécessite une implication et un travail de prévention de la part de toutes les autorités de tous citoyens²⁰⁸⁷. Il est difficile d'empêcher le grignotage de certaines religions sur d'autres aux cœurs des prisons. Ce prosélytisme religieux s'engouffre dans la misère sociale dans un contexte où le risque terroriste est important. Cette population instable et difficile à contrôler alimente la récidive et la criminalité. La liberté d'association se retourne contre les principes républicains ce qui crée un communautarisme religieux. « *Les anti-foulard furent priés de se taire pour ne pas être complice de le Pen* »²⁰⁸⁸. Un laissé faire des politiques postcoloniales, teintées d'une fausse culpabilité. Elles renient depuis trente ans les valeurs républicaines de laïcité et d'égalité des chances à l'école et dans une armée qui formait les hommes à la

²⁰⁷⁹ Plus d'un tiers des prisons en France sont touchées par le prosélytisme islamiste, Le Monde.fr 29.04.2008.

²⁰⁸⁰ F. Khosrokhavar, L'Islam dans les prisons, in *ibid.*, Le monde.fr

²⁰⁸¹ *Ibid.*, Le Monde.fr .

²⁰⁸² E. Schemla, Islam, l'épreuve française, Plon, 2013.

²⁰⁸³ J. Bougrab, *Ma république se meurt...op.cit.*, p 52.

²⁰⁸⁴ Par exemple la guerre sainte, « Jihad », lutte et effort constant contre l'occupation détournée par une guerre faite aux non musulman afin d'emprunter le droit chemin, un des sept piliers de l'islam, voir à ce sujet R. Cagnat, Du Jihad aux larmes d'Allah, Afghanistan, les sept piliers de la bêtise, Ed du Rocher, 2012.

²⁰⁸⁵ Voltaire, *Traité sur la tolérance*, Folio, 2010, p 51.

²⁰⁸⁶ Affaires de la crèche baby-loup ou du port du voile par des collégiennes et lycéennes à la rentrée scolaire

²⁰⁸⁷ Opération droit au cœur organisé tous les ans dans le cadre d'un concours théâtrale par les membres du CERDP de l'Université de droit de Nice, sensibilise les collégiens et lycéens sur toutes les formes de discriminations (18 au total) et aborde dans ce contexte la frontière ténue entre liberté religieuse et laïcité dans les différents domaines de la société.

²⁰⁸⁸ E. Badinter, *Fausse route*, livre de poche, 2003, p 166.

discipline, à un métier et à la fierté nationale. « *Un relativisme juridique et culturel a triomphé dans les milieux parisiens* »²⁰⁸⁹.

γ. Les atteintes aux droits de l'homme

471. L'enfermement légal est une mesure coercitive caractérisée par une forme de violence à l'encontre du condamné. Le principe de vie est à l'inverse de celui de la société où tout ce qui n'est pas interdit est autorisé. En prison, tout ce qui n'est pas autorisé est interdit. La violence de l'incarcération se retrouve dans les relations entre codétenus mais aussi avec l'administration pénitentiaire notamment par l'existence des règles disciplinaires qui imposent une relation dominant /dominé à l'intérieur de l'établissement. Des évolutions peuvent être signalées quant aux sanctions disciplinaires. Pour la première fois en 1995, le juge administratif intervient dans l'arbitraire de l'administration pénitentiaire pour annuler une mesure d'ordre individuelle intérieure contre un détenu²⁰⁹⁰. La Cour de Strasbourg affirmait déjà en 1984 que « *la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons* »²⁰⁹¹. Elle fait pression sur les Etats pour qu'ils appliquent la CESDH²⁰⁹² dans les prisons, les obligeants à améliorer des conditions de vie et les droits des détenus ainsi que leur droit médicaux²⁰⁹³. Tous les lieux de détention sont annuellement contrôlés par les Procureurs de la République et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté²⁰⁹⁴ qui rend des avis et des recommandations pour améliorer les conditions de la détention²⁰⁹⁵. La CEDH veille à la préservation de la dignité humaine des détenus en contrôlant la conformité des conditions de détention avec notamment l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme²⁰⁹⁶. Elle condamne les Etats, notamment la France²⁰⁹⁷, qui violent les règles d'hygiène²⁰⁹⁸, dont l'utilisation des toilettes²⁰⁹⁹ (aération, lumière) et contrôle la superficie standard minimum de 3 mètres carrés dont dispose le détenu, en deçà de laquelle il serait soumis à « *une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* »²¹⁰⁰. Elle pousse les Etats à remédier à la surpopulation carcérale

472. A la prison des Baumettes à Marseille, les conditions de détention sont insalubres et inhumaines. Elles sont dénoncées dans un rapport du contrôleur général des lieux

²⁰⁸⁹ J. Bougrab, *Ma république se meurt...op.cit.*, p38.

²⁰⁹⁰ Annulation d'une sanction disciplinaire pour laquelle l'administration pénitentiaire usait et abusait de son pouvoir sans contrôle juridictionnel; Arrêt Marie, CE 17 février 1995 n° 97754, Publié au recueil Lebon.

²⁰⁹¹ Arrêt *Campbell et Fell c/Royaume-Uni* 28 juin 1984 A.80. JDI.1986.1058. obs. P.Tavernier n° 7819/77 et 7878/77.

²⁰⁹² Notamment les articles 3 (interdiction de la torture) et l'article 6 (droit au procès équitable) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) du 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974.

²⁰⁹³ Condamnation de la France pour absence de prise en charge d'un détenu atteint de graves troubles mentaux, G. c/ France, CEDH 23 fév. 2012, n°27244/09, *AJ pénal* 2012, p 357.

²⁰⁹⁴ Cette autorité administrative indépendante a été créée par la loi n°2007- 1545 du 30 octobre 2007 et actuellement occupé Adeline Hazan nommée le 16 juillet 2014.

²⁰⁹⁵ Dernier avis du 13 juin 2013 publié au JO le 11 juillet 2013, relatif aux documents personnels des personnes détenues.

²⁰⁹⁶ Kudla c/ Pologne, CEDH gde ch. 26 oct.2000, n°30210/96.

²⁰⁹⁷ M. Herzog-Evans, « Prison : la France à nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2011, p 88.

²⁰⁹⁸ Kalachnikov c/ Russie, CEDH, 15 juil.2002, n°47095/99.

²⁰⁹⁹ Login c/Croatie, CEDH, 6 nov. 2012, n°49268/10.

²¹⁰⁰ Banu c/ Roumanie, CEDH, 11 déc. 2012, n°60732/09.

privatifs de liberté²¹⁰¹. La surveillance des lieux de privation de liberté par le contrôleur est essentielle pour pouvoir adhérer à la Convention des Nations Unies contre la torture qui lutte contre les traitements inhumains ou dégradants. Elle met en œuvre des recommandations²¹⁰². L'administration pénitentiaire française est alors condamnée pour le manque d'entretien de ses établissements. Les conditions de détention qui menacent l'intégrité et la santé des détenus ont fait l'objet de deux actions pour faire reconnaître au juge le pouvoir d'imposer à l'administration pénitentiaire de procéder aux travaux d'entretien des locaux. Le juge administratif a, par le biais du référé-liberté, imposé d'agir afin en faisant cesser ces atteintes graves²¹⁰³. Dans le même sens, le référé-liberté²¹⁰⁴ et le référé dit « *mesures utiles* »²¹⁰⁵ formé par l'observatoire international des prisons (OIP), dans le cadre d'un contentieux de légalité est fondé sur l'avis du contrôleur général des lieux privatifs de liberté²¹⁰⁶. Il condamne l'administration pour son inaction ou son inadéquation dans sa réaction avec les exigences de la situation présentée. Ainsi, le tribunal administratif a ordonné de procéder dans un délai de 3 mois à des travaux conservatoires²¹⁰⁷. Le rapport annuel²¹⁰⁸ du contrôleur, crée en 2007²¹⁰⁹, témoigne des lieux faisant l'objet de plainte. Dans 93% des cas il s'agit des établissements pénitentiaires dont les signalements ne cessent d'augmenter²¹¹⁰.

473. Face à la recrudescence de recours, la CEDH utilise l'arrêt pilote qui consiste en « *une réponse aux violations qui relèvent des déficits structurels, se réservant d'indiquer le type de mesures générales à prendre par l'Etat défendeur et de suspendre le traitement des affaires semblables en attendant l'adoption de telles mesures* »²¹¹¹. L'application de cette procédure initiée en 2004 par l'arrêt Broniowski²¹¹², nécessite au préalable l'accord des parties. La procédure de l'arrêt pilote est une « *avancée majeure* »²¹¹³ dans le but de « *renforcer la confiance des citoyens dans la justice tout en s'assurant de l'absence e tout déni de justice* »²¹¹⁴. Récemment la CEDH, en condamnant l'Italie pour sa surpopulation chronique, a proposé des réformes structurelles (réduction des peines privative de liberté, éviter la détention provisoire) pour réduire la surpopulation carcérale²¹¹⁵. Elle apporte des solutions à un problème structurel et systémique identifié, tout en suggérant un calendrier et une mise en demeure de l'Italie sous un délai d'un an « *de mettre en place un recours*

²¹⁰¹ Conditions insalubre de la prison des Baumettes de Marseille a fait l'objet de recommandations (diminution du flux d'entrée et mesures efficace de nettoyage) par J-M. Delarue le contrôleur général des lieux privatifs de liberté, (JO, 6 déc. 2012) dénonçant les conditions insalubres et l'absence d'hygiène (douches crasseuses, rats, cafard), développement de la violence, *D.* 2012, p 2895.

²¹⁰² Rapport du comité européen de la prévention de la torture 2011-2012, *D.* 2012, p 2805.

²¹⁰³ CE ord, 22 déc 2012, n°364584, *JCPA* 2013, n°2017, obs G. Koubi.

²¹⁰⁴ Art L.521-2 du CJA.

²¹⁰⁵ Art L.521-3 du CJA.

²¹⁰⁶ Avis publié le 16 dec. 2012 au JO.

²¹⁰⁷ TA Marseille, 10 janv 2013, n° 1208146, *AJDA* 2013, p 80.

²¹⁰⁸ E. Senna, Le contrôle général des lieux privatifs de liberté : premier bilan d'activité, *AJ pénal* 2009, p 219.

²¹⁰⁹ Création du contrôleur général des lieux privatifs de liberté par la loi n°2007-1545 du 30 oct. 2007.

²¹¹⁰ Bilan de l'année 2012, E. Senna, Le contrôle général des lieux privatifs de liberté. Le temps des propositions de réforme et de sa réforme, *AJ pénal* 2013, p 331.

²¹¹¹ J-F. Renucci, N.Fricero et Y.Strickler, « L'arrêt pilote au service des droits de l'homme », *D.*2013, p201.

²¹¹² Broniowski c/Pologne, CEDH, gde ch. 22 juin 2004, n°31443/96, *D.*2004, p2542, obs. C.Birsan.

²¹¹³ J-F. Renucci, N.Fricero et Y.Strickler, « L'arrêt pilote au service des droits de l'homme », *D.*2013, p201I.

²¹¹⁴ *Ibid.*,

²¹¹⁵ CEDH, 8 janvier 2013, n° 43517/09, Torreggiani et autres c/ Italie, *AJ pénal* 2013, p361, obs. E. Pechillon

ou un ensemble de recours internes effectifs aptes à offrir un redressement adéquate et suffisant dans les cas de surpeuplement carcéral »²¹¹⁶. En l'état actuel de la promiscuité des prisons françaises, les conditions indignes de la détention ne pouvaient fonder une demande de remise en liberté à moins d'établir un seuil de gravité d'atteinte aux conditions de vie suffisamment important (durée) en raison du risque d'affluence de ce type de recours²¹¹⁷. L'arrêt *Canali c/ France* de la CEDH du 25 avril 2013, condamne la France pour « l'effet cumulé de la promiscuité et les manquements relevés aux règles d'hygiène »²¹¹⁸.

474. Concernant les suicides, la prévention a pour objectif de « restaurer le détenu fragile ou dépressif dans une place d'acteur et de sujet de sa vie »²¹¹⁹. Sont alors édictés des circulaires en 1998 puis en 2002 à l'intention des personnels pénitentiaires afin de repérer les détenus présentant un risque suicidaire²¹²⁰ grâce à une grille d'évaluation²¹²¹. La question du suicide en prison²¹²² et de sa prévention²¹²³ est d'autant plus importante que la France possède le taux le plus important en Europe. « La France a compté 95 suicides de détenus en 2010, soit un taux de 15,5 suicides pour 10.000 détenus, contre une moyenne de 6,7 pour l'ensemble des pays membres du Conseil de l'Europe »²¹²⁴. Pour les protagonistes de la prison, qu'ils soient détenus ou personnels de l'établissement pénitentiaire, la sur-suicidité est un risque majeur notoire dans les prisons françaises. Un directeur de prison disait des détenus, qu'il en sortait « des loques ou des fauves et parfois des cadavres »²¹²⁵. Pourtant, les autorités ont « l'obligation positive de protéger le droit à la vie »²¹²⁶ du détenu. L'Etat français doit mettre en œuvre toutes les mesures pour empêcher sa mise en danger, même lorsqu'il est placé en quartier disciplinaire ou atteints de troubles mentaux²¹²⁷ le rendant particulièrement vulnérable, et nécessitant son hospitalisation²¹²⁸. La loi pénitentiaire rappelle dans son article 44 que les détenus ont droit à une protection effective de leur intégrité physique dans tous les lieux collectifs et individuels. Le risque de suicide peut se mesurer dès l'arrivée en détention à partir d'une

²¹¹⁶ Ibid.,

²¹¹⁷ Crim., 29 févr. 2012, n°11-88.441, *AJ pénal* 2012, p 471, obs. E. Senna.

²¹¹⁸ CEDH, 5^e section, 25 avr. 2013, n° 40119/09, *D.*2013, p 1138, obs. M. Lena.

²¹¹⁹ V. Vasseur, G. Mouesca, *La prison doit changer, la prison va changer*, Flammarion, nov. 2011, p125.

²¹²⁰ Circulaire interministérielle JUSE0240075C du 26 avril 2002 sur la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires, comprenant en annexe la Grille d'aide au signalement des personnes détenues présentant un risque suicidaire ; Rapport de la commission Albrand sur la prévention du suicide en milieu carcéral, janvier 2009, Annexe C, p180 à 199.

²¹²¹ Note DAP-DPJJ du 23 octobre 2008 : Utilisation de la nouvelle grille d'évaluation du potentiel suicidaire adapté aux mineurs détenus ; Note DAP-DPJJ du 23 octobre 2008 : Utilisation de la nouvelle grille d'évaluation du potentiel suicidaire adapté aux mineurs détenus ; Rapport de la commission Albrand sur la prévention du suicide en milieu carcéral, janvier 2009, Annexe C, p205 à 207 et 203 et 204.

²¹²² C. Fouchard, Décès violents de détenus en prison, les évolutions récentes de la responsabilité de l'État, *AJDA* 2011.142.

²¹²³ Commission L. Albrand, la prévention du suicide en milieu carcéral, rapport au garde des sceaux, janv 2009 ; J-L. Terra, prévention du suicide des personnes détenues. Évaluation des actions mises en place et proposition pour développer un programme complet de prévention, rapport au garde des sceaux, au ministre de la santé, décembre 2003.

²¹²⁴ A-C. Poujoulat et l'AFP Prisons françaises: un taux de suicide supérieur à la moyenne européenne, *LEXPRESS.fr*, 3 mai 2013.

²¹²⁵ V. Vasseur, op.cit. p106.

²¹²⁶ Violation des articles. 2 et 3 de la CEDH, CEDH, 19 juillet 2012, n°38447/09, *AJ pénal* 2012, p 609, obs. J-P. Cere.

²¹²⁷ Ibid.

²¹²⁸ *Renolde c/France*, CEDH, 16 oct. 2008, « Du suicide dans les prisons françaises », obs.J-P. Marguenaud, *RSC* 2009, p173

grille d'évaluation²¹²⁹ ce qui fait partie de la mission de surveillance. A contrario, le juge administratif considère qu'un défaut de vigilance est constitutif d'une faute simple de la part de l'administration pénitentiaire dès lors qu'est constaté un suicide²¹³⁰. Il s'agit d'une absence de signalement du médecin ou d'un défaut de surveillance sachant que le détenu était à risque²¹³¹. La responsabilité n'est pas automatique pour autant qu'il existe des cas où le risque de suicide n'est pas décelable²¹³², ou qu'il n'existe pas de lien de causalité entre le suicide et la faute²¹³³.

Pour un détenu « *le temps qui passe en prison, c'est comme l'effet, jour après jour, des marées sur la falaise. On se dit que la pierre est bien plus solide que l'eau. Mais pourtant, arrive le moment où une partie de la roche s'effondre d'un coup. On ne sait jamais quand cela arrivera, mais on sait que cela arrivera* »²¹³⁴. « *Le temps carcéral ronge d'autant plus qu'il est particulièrement plombant pour la personne détenue purgeant une longue peine : elle a le poids du passé à tirer, l'inertie du présent à vaincre et l'incertitude de l'avenir à surmonter* »²¹³⁵. Les détenus essaient de trouver les mots pour décrire l'enfer carcéral. Ils veulent changer ce milieu et proposer des réformes pour améliorer la vie en prison²¹³⁶. La prison ne doit être qu'un moyen de privation de liberté. Chaque minute doit être utile à la réinsertion du condamné. Cela commence par l'emploi d'outils de prévention anti suicide dès l'entrée en prison quand le détenu est placé dans le quartier des arrivants et limiter l'impact du choc carcéral. Des rondes spéciales des gardiens et une surveillance toutes les heures, sans oublier l'exigence d'une formation renforcée sur la prévention du suicide²¹³⁷. Le codétenu peut être perçu comme un codétenu de soutien et pallier la défaillance du système carcéral, lorsque la présence de celui ne fragilise pas le détenu. La mise à disposition de kit anti suicide composé de vêtements déchirables pour empêcher la fabrication de corde pour se pendre. Prévoir des cellules lisses sans aspérité, sans point d'encrage. Des cellules capitonnées peuvent être créées spécialement pour lutter contre les suicides. Le détenu peut être nu sous vidéo surveillance dans les cas où l'intérêt de sauvegarder sa vie est supérieur au droit à l'intimité. En prison, la balance des droits et des obligations limite les moyens de prévention contre le suicide. Ce qui est empêché d'un côté, aggrave la situation de l'autre.

²¹²⁹ Circulaire interministérielle JUSE0240075C du 26 avril 2002 sur la prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires in Rapport de la commission Albrand sur la prévention du suicide en milieu carcéral, janvier 2009, Annexe C, p180 à 199 ; Note DAP-DPJJ du 23 octobre 2008 : Utilisation de la nouvelle grille d'évaluation du potentiel suicidaire adapté aux mineurs détenus in *Ibid.* Annexe C, p205 à 207 et 203 et 204.

²¹³⁰ CAA Marseille, 15 nov.2004, n°02MA00449.

²¹³¹ Le placement en quartier disciplinaire du détenu à risque, CAA Marseille, 18 mai 2009, *AJ pénal* 2009, p457, obs M.Herzog Evans.

²¹³² CAA Bordeaux, 20 mai 2008, n°06BX02529

²¹³³ Suicide par pendaison après absorption de médicaments non prescrits, CAA Marseille, 12 déc 2005, n°04MA00471

²¹³⁴ V. Vasseur, G. Mouesca, *La prison doit changer ...op.cit.* p106.

²¹³⁵ *Ibid.*, p106.

²¹³⁶ V., P. Botton, *Moi, ancien détenu, bâtisseur de prisons nouvelles*, Pygmalion, Avr. 2012. Il développe 12 propositions pour lutter contre la récidive et améliorer les conditions de vie des détenus. Il est le fondateur des Prisons du cœur.

²¹³⁷ Le figaro 19 Août 2009, La ministre de la justice se prononce en faveur d'une meilleure formation des surveillants de prisons, ainsi que les outils prévenant les suicides (vêtements et draps déchirables).

475. L'atteinte aux droits de l'homme dans les prisons françaises est condamnée par les plus hautes juridictions²¹³⁸. Le constat d'échec de la prison est reconnu par la plus haute autorité de l'Etat. Les conditions de détention préjudicient aussi ses proches²¹³⁹. En 2001, Le Président de la République J. Chirac déclare que « *si un prisonnier sort de prison pire qu'il n'y est entré, c'est évidemment un échec pour la société. Et puis il y a le respect des droits de l'homme qui ne sont pas, dans notre pays, toujours respectés, il faut le reconnaître. Il faut sans aucun doute, faire un très grand progrès dans ce domaine. Je crois, d'ailleurs que tout le monde en est conscient* »²¹⁴⁰. Il reconnaît surtout l'impuissance de l'autorité publique lorsqu'il affirme en 2002 que « *la délinquance s'installe, se banalise. Il n'y a pas de fatalité. Il n'y a qu'un manque d'autorité de l'Etat et un manque de volonté politique* »²¹⁴¹. En 2006, Maryse Lebranchu fait son *mea culpa* en avouant lors de la clôture des états généraux de la condition pénitentiaire qu'elle avait eu honte à l'époque où elle avait été grade des sceaux de ne pas avoir fait voter une loi pénitentiaire²¹⁴². L'analyse des facteurs d'évolution de la politique pénitentiaire et l'efficacité de la prévention de la récidive surtout depuis la loi du 24 novembre 2009, font régulièrement l'objet de rapport d'information et d'études²¹⁴³. De nombreux autres rapports et commissions ainsi que des lois ont été réalisés pour tenter de comprendre ces difficultés et trouver des solutions adaptées au système carcéral et à l'évolution de la criminalité.

b. La fin de la prison

476. Les caractéristiques des détenus ont changées. Ils sont pour la plus part des récidivistes, souffrant d'addiction, de maladies physique ou psychique. Le rôle de la prison doit s'adapter aux exigences soulevées par cette nouvelle population carcérale. La courbe des voleurs et des violeurs s'est inversée. En 1980, les prisons répertoriaient 40% de voleurs et 8% de violeurs. En 2011, c'est l'inverse. Les prisons ne renferment que 7% de voleurs mais en contrepartie 25% sont des violeurs ou auteurs d'autres agressions sexuelles²¹⁴⁴. Ce n'est plus la misère sociale qu'on enferme majoritairement mais la misère affective. Sans oublier les sans-papier et les auteurs d'escroqueries, d'abus de biens sociaux et les trafiquants de drogues, c'est-à-dire autant de catégories diverses et variées qui ont pour point commun d'être privés de liberté. Il y a peu de grand criminel, mais des petits délinquants punis pour des délits mineurs. En conséquence, les peines sont nombreuses

²¹³⁸ Condamnation de la France par la Cour de Strasbourg pour caractère arbitraire des fouilles intégrales : EL Shennawy c/ France, 20 janv. 2011, req. n° 51246/08, *AJ Pénal* 2011. 88, obs. M. Herzog-Evans ; Kihder c/ France, 9 juil.2009, *JCP G*,2010, doctrine 70, F.Sudre ; Frerot c/ France, 12 juin 2007, D 2008,1016 obs J-P Cere.

²¹³⁹ Les souffrances psychologiques endurées par une mère face à la perspective de voir son fils mourir du sida en prison, ne pouvant bénéficier de soins médicaux est constitutif d'une violation de l'article 3 de la CEDH Salakhov et Islyamova c/ Ukraine du 14 mars 2013 n°28005/08.

²¹⁴⁰ Extrait du discours de J. Chirac le 14 juillet 2001 *cité par* V. Vasseur, G. Mouesca, *La prison doit changer op.cit.*, p 49 et s

²¹⁴¹ *Ibid.*, p 49 et s.

²¹⁴² *Ibid.*, p 58.

²¹⁴³ Rapport de l'administration pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », 20 juillet 2010 ; le rapport de la Cour des Comptes sur la « Garde et réinsertion », 2006.

²¹⁴⁴ Les chiffres clés de la justice pénale en 2011, Ministère de la justice, 2012, p14 à 30, www.justice.gouv.fr.

mais courtes²¹⁴⁵. La prison n'est pas le lieu du soin pour cette catégorie de criminels mais le lieu de l'école du crime²¹⁴⁶.

477. Prévenir la récidive donne un sens à la peine plus intéressant que la neutralisation ou la rétribution (dissuasion, réhabilitation). Prévenir la récidive consiste aussi protéger la société. Cependant, cette prévention est basée sur la caractéristique dangereuse du récidiviste. Puisque la prison n'est plus capable de réinsérer le prisonnier et que son visage a changé pour devenir une personne dangereuse telle qu'au XXème siècle, alors le but de la prison consiste à prévenir la récidive des personnes dangereuses. Pour ce faire la prison doit évaluer cette dangerosité. Il s'agit d'une imposture et d'une escroquerie intellectuelle²¹⁴⁷ puisqu'il n'existe pas de définition de la dangerosité, ni de moyen de détection et une incapacité à la mesurer. Est-on capable de prédire la récidive ? En attendant d'y répondre scientifiquement, le travail des psychiatres se prononce en faveur d'une dangerosité « *jamais certaine mais jamais nulle* »²¹⁴⁸.

Il existe une croissante substitution de l'évaluation de la dangerosité avec l'objectif de réinsertion. Les « *travailleurs sociaux sont sommés d'abandonner le champs de la réinsertion pour réaliser des diagnostics à visée criminologique et animer des programmes de prévention de la récidive. Quant aux psychiatres, en plus des soins qu'ils prodiguent en détention, on leur demande de dispenser des thérapies destinées à limiter le risque de récidive* »²¹⁴⁹. Evaluer la dangerosité nécessite de recourir à la psychiatrie et aux troubles mentaux ou de la personnalité qu'elle peut diagnostiquer. Le risque zéro n'existe pas et il est impossible de prédire le futur. Pourtant, c'est ce qui est demandé aujourd'hui aux psychiatres qui se défendent d'en être capable. « *Au gré des mœurs, des préjugés, des découvertes scientifiques et des enjeux de société, notre vision des troubles mentaux comporte toujours une part de controverse et d'instabilité* »²¹⁵⁰. Les troubles mentaux sont différemment appréhendés dans l'histoire. Quand l'alcoolisme amuse, la schizophrénie fait peur. Avant le mouvement du grand enfermement, les fous étaient acceptés tolérés même craint ou ignorés, ils restaient libres. Ils intriguaient et donnaient matière à discussion à moquerie ou à affabulation mais ils faisaient partie de la diversité des individus qui composaient la société au même titre que le fou du roi l'était à la cour. L'effet pervers du diagnostic de dangerosité est l'exclusion de ces individus. En effet, le trouble mental n'est pas un fait médical comme un autre et soulève beaucoup de considérations philosophiques, sociales, juridiques et psychologiques voire religieuses. Le risque de faux diagnostic est élevé. D'un côté, le détenu adoptera le comportement attendu et d'un autre côté le diagnostic sera focalisé uniquement sur les points négatifs du comportement, telle une enquête à charge. Concrètement, le détenu acceptera les programmes thérapeutiques pour bénéficier de remise de peines. Parallèlement, la médecine d'urgence souffre d'absence de moyens. En prison le manque de personnel empêche de prendre en compte toutes les pathologies des détenus. Depuis 1994, la responsabilité des soins médicaux ne dépend plus de l'administration pénitentiaire mais du service public hospitalier.

²¹⁴⁵ 15% des détenus restent moins d'un mois, 30% moins de deux mois, 42% moins de trois mois et 68%, six mois et 85% moins d'un an ; V.Vasseur et G. Mouesca G. *La prison doit changer....op.cit.* p101.

²¹⁴⁶ Les chiffres de la récidive : 46% de récidiviste, dont 0,5% concerne les crimes. Pour le reste il concerne les vols et les infractions de la circulation routière. Ibid p 101 et s.

²¹⁴⁷ V. Vasseur et G. Mouesca G. *La prison doit changer..., op.cit.*, p 110.

²¹⁴⁸ Ibid., p 110.

²¹⁴⁹ Ibid., p110.

²¹⁵⁰ J-F. Marmion, « Les grands dossiers des sciences humaines », n°28 sept, oct-nov 2012, p26 et s.

478. S'engage-t-on vers la fin de la prison? La liberté d'aller et de venir est-elle encore le bien individuel le plus précieux ? L'édification de la Constitution française s'est faite au gré des évolutions sociétales (droits individuels, collectifs et environnementaux) alors peut-on déconstruire sur le même schéma la hiérarchie des droits et libertés fondamentales et faire dégringoler sur l'échelle des valeurs la liberté physique ? La société virtuelle (internet et les réseaux sociaux) se substitue aux biens naturels et matériels jusqu'à présent les plus importants. Cette liberté est d'elle de même valeur d'un individu à l'autre ? Inversement, le droit à la liberté peut-il s'ériger au niveau du droit à la vie ? La prison sera sûrement perçue plus tard comme une peine archaïque sans réelle pouvoir de changement dans nos sociétés occidentales comme l'était autre fois la peine de mort. Un juge à la Cour européenne des droits de l'homme a résumé cette idée ainsi: « *tout comme le droit à la vie refuse aujourd'hui la peine de mort, je pense que le droit à la liberté refusera un jour l'enfermement comme peine* »²¹⁵¹.
479. Les prémices de cette fin se trouvent déjà par la multiplication de mesures de surveillance qui supplantent la prison. L'élargissement du suivi socio-judiciaire, le placement sous surveillance électronique statique (PSE) ou mobile (PSEM), la surveillance de sûreté, les peines en milieu ouvert et bientôt la peine de probation, constituent les nouveaux instruments de lutte contre la récidive. La réponse pénale s'adapte à la criminalité et à la personnalité du délinquant. Ces outils se sont développés depuis une décennie pour se substituer à la prison. Parallèlement les peines planchers (délits) et la rétention de sûreté (crimes sexuels) constitue le volt face répressif dans la progression préventive. L'envoi automatiquement ou une durée plus ou moins courte dans l'univers carcéral concerne principalement des jeunes hommes sans formation. Ce qui n'est pas sans rappeler la « *génération sacrifiée* »²¹⁵² des jeunes délinquants canadiens dans les centres de détention faisant les frais d'une politique pénale répressive²¹⁵³.

L'emprisonnement fut un temps, une peine atroce sous la forme de la relégation, peine spécialement dure dans le but de neutraliser et d'exclure les récidivistes de la société. L'évolution sociétale a bouleversé l'ordre établi de la répression pénale oscillant entre prévention et répression. Cependant, il est plus facile de défendre les instruments drastiques d'une politique pénale répressive, qui nécessite moins de capital humain et financier. C'est pourquoi l'évolution du régime des récidivistes s'est construite à travers une histoire intimement liée à la politique et aux crises sécuritaires du pays. L'évolution industrielle a modifié les mentalités et distendu le lien social. Les crises sécuritaires ont remis en cause une politique pénale néoclassique humaine et orienté vers l'amendement du condamné. C'est le populisme pénal qui oriente le traitement de la récidive.

Si la prison n'est plus un rempart contre la criminalité, les aménagements de peine pas suffisamment efficace face aux enjeux sociétaux et médicaux de la société, peut-on encore compter sur l'investissement et l'humanité des hommes et des femmes qui composent la justice et le milieu pénitentiaire pour redonner la raison aux récidivistes.

²¹⁵¹ F. Tulkens, juge de la Cour européenne des droits de l'homme, in V. Vasseur et G. Mouesca G. *La prison doit changer...*, op.cit., p 197.

²¹⁵² 10 raisons de s'opposer au projet de loi C, 11 sept.2011, L'association du barreau canadien

²¹⁵³ Le projet de loi C-10 est adopté aux Communes par 154 voix contre 129, 13 mars 2012, http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2012/03/12/003-loi_c10-vote-communes.shtml

c. Le droit pénitentiaire à l'épreuve des mesures de sûreté

480. En matière pénitentiaire, la réforme Amor de 1945²¹⁵⁴, marque une avancée significative. Elle traduit l'évolution de la pédologie avec les théories de la défense sociale nouvelle²¹⁵⁵ caractérisée par une avancée humaniste et moderne qui supplante la défense sociale classique²¹⁵⁶ et qui se traduit concrètement par la resocialisation du détenu au travers du régime progressif²¹⁵⁷. « *L'après-guerre est caractérisée par une surpopulation conjoncturelle liée à l'incarcération en gros nombre de collaborateurs la réforme Amor est donc animée de se soucier humaniser les établissements pénitentiaires* »²¹⁵⁸. Cette réforme est influencée par le traitement des détenus aux États-Unis²¹⁵⁹ ainsi que par les idées marxistes. Même si aujourd'hui elle paraît encore sévère à l'époque elle était une véritable avancée des droits des détenus. Dans un revirement pédologique, la défense sociale nouvelle ne se fonde plus sur la répression ou la prévention à proprement parler mais sur un nouveau concept de resocialisation par le travail et la formation ce qui traduit l'influence communiste. Le travail est considéré comme un bien précieux indispensable à l'équilibre de l'homme et dont l'importance est renforcée par les conventions internationales²¹⁶⁰. Le bouc émissaire de la délinquance la société capitaliste est la cause du déclin social qui contribue à créer de la délinquance. « *Le social, et particulièrement le travail, apparaissent donc logiquement des valeurs utiles en termes de prévention de la récidive* »²¹⁶¹.

Le travail, le social et l'environnement, sont les trois facteurs moteurs de la défense sociale nouvelle. L'environnement est ici largement entendu allant de l'état d'âme du délinquant jusqu'à la crise économique qui le conduit au chômage. « *Le travail est un bien précieux, la formation indispensable et l'économie effectivement en cause dans la dégradation de l'environnement d'individus déviants* »²¹⁶². Le travail est privilégié au détriment du soin des détenus dont les méthodes américaines n'ont pas donné satisfaction (éthique et médical) à l'époque²¹⁶³ et sont en passe d'être abandonné pour certaines²¹⁶⁴.

²¹⁵⁴ Retranscrit à dans le code de procédure pénale de 1957 et 1958.

²¹⁵⁵ M. Ancel, « La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale », *RSC* 1973,n°190,193.

²¹⁵⁶ Nombreux hommes politiques ont été déportés au incarcéré dans des conditions inhumaines justifiant l'amélioration des conditions de vie en détention avec par exemple l'abolition du boulet, voir à ce sujet : B. Verges-Chaignon, *Vichy en prison. Les épurer à Fresnes après la libération*, Gallimard, 2006.

²¹⁵⁷ Le régime progressif, expérimenté de 1945 à 1975, consiste à créer différentes étapes variables que le détenu devra franchir selon des critères de comportement et non en fonction des ses efforts d'insertion, afin de l'accompagner dans l'aménagement de sa peine. Il est devenu un outil disciplinaire abandonné suite à la juridictionnelle émulation de l'application des peines, voir à ce sujet M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p19 ; B. Dutheillet-Lamonthezie, *Adieu au régime progressif*, rev. péni 1976, p 279.

²¹⁵⁸ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p17.

²¹⁵⁹ Cette évolution est influencé par les traitements des détenus opéré aux Etats Unis, devenue la vitrine des méthodes expérimentales curatives des détenus, J. Bernat De Celis, *Le débat américain sur la politique de sentencing : 10 années de combat*, *RSC*, 1982, p 543.

²¹⁶⁰ Convention n° 29 de 1930 relative au travail forcé, Art. 4 de la CEDH.

²¹⁶¹ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p18.

²¹⁶² *Ibid.*,p18.

²¹⁶³ J-H. Syr, « Punir et réhabiliter », *Economica*, 1990 ; p 101.

²¹⁶⁴ « Ces méthodes sont contestées par, du moins dans leurs formes existantes à l'époque, elles ne fonctionnent pas et qui plus est, présente des obstacles éthiques, médicaux et pécuniaires. Reste qu'il convient d'observer que la France réagit avec quelques décennies de retard sur un mouvement qui, aux États-Unis, a déjà commencé à remettre en cause les techniques probatoires et les programmes sociaux au moment où la France le place au centre de ces programmes», *ibid.*, p 18.

Récemment des méthodes scientifiques ainsi que des programmes ont montrées leur efficacité contre la récidive²¹⁶⁵.

Il est difficile d'analyser l'impact de la défense sociale nouvelle dans le droit pénal dans les politiques criminelles françaises ont été impressionnante depuis une vingtaine d'années. Parallèlement aux mesures répressives ont été intégré progressivement des propositions influencées par la défense sociale nouvelle de M. Ancel²¹⁶⁶ qui est « *une formidable entreprise de conciliation des paradigmes classiques et déterministes* »²¹⁶⁷. « *Partisan d'une répression modérée favorisant la promotion de l'être humain* »²¹⁶⁸ unique, et irremplaçable jugé pour ce qu'il est et non pour ce qu'il a fait. Dorénavant, on recherche l'amendement et la revalorisation et la réinsertion du délinquant. Les facteurs sociaux et biologiques ne justifient plus les peines classiques telles que le châtement corporel, l'emprisonnement ou la relégation.

La mesure de sûreté constitue une nouvelle fonction à côté de la peine qui crée « *un dualisme dans le système des sanctions pénales* »²¹⁶⁹. Elle est le résultat d'une évolution lente des écoles de pensée des positivistes jusqu'aux partisans de la défense sociale nouvelle. La mesure de sûreté est une précaution contre la dangerosité du délinquant. Elle intervient dans un unique but préventif de protection de la société. Elle oriente son efficacité contre les causes et les acteurs de la délinquance et de la récidive. Elle ne se justifie pas sur la faute du délinquant puisqu'elle n'est pas une peine afflictive ou rétributive. Elle se caractérise par une « *souplesse nécessaire à son efficacité : dans certaines limites et sous certaines réserves, elle est indéterminée dans sa durée est prévisible* »²¹⁷⁰. Le grand écart opéré entre le paradigme de l'emprisonnement ferme et la mesure de sûreté est caractérisé par l'adoption le 25 février 2008 de la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté²¹⁷¹, pour les condamnés à 15 ans de réclusion criminelle arrivés en fin de peine qui présentent « *une particulière dangerosité caractérisé par une probabilité très élevée de récidive* »²¹⁷² en raison d'un trouble grave de la personnalité.

- 481.** Les instruments employés pour sanctionner et réinsérer le délinquant récidiviste étudié à travers le droit pénitentiaire dont l'évolution trois états. Tout d'abord, l'existence d'une science pénitentiaire. Ensuite, la réforme pénitentiaire du XIXe siècle porte une réflexion sur l'organisation des institutions qui mettent en œuvre les sanctions. La prison, peine de référence soulève la question de l'encellulement pénitentiaire que la France résoudra par la création de la relégation, peine de déportation et d'incarcération²¹⁷³. Enfin, le droit pénitentiaire de discipline autonome grâce aux concepts de probation et d'intervention du juge (fin de l'absence d'ingérence judiciaire dans l'exécution des peines.). La séparation des pouvoirs l'empêchait de prendre en charge l'exécution des peines, mission confiée à

²¹⁶⁵ D. Andrews et J. Bonta, *The Psychology Of The Criminal Conduct*, 5ème ed., Lexis-Nexis, 2010.

²¹⁶⁶ B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'harmattan, 2010, p16.

²¹⁶⁷ X. PIN, préface, in *Ibid.*, p 11.

²¹⁶⁸ *Ibid*, p11.

²¹⁶⁹ S. Plawski, *Droit pénitentiaire*, Presses universitaires de Lille, 1977, p 20.

²¹⁷⁰ A. Decocq, *Droit pénal général*, p15, in, *ibid.*, p 25.

²¹⁷¹ 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°9-10, p 5

²¹⁷² Art. 706-53-103 du CPP.

²¹⁷³ Loi Berenger

l'administration pénitentiaire²¹⁷⁴. Il est fort critiqué notamment par M. Foucault²¹⁷⁵, en tant qu'« *instrument de la société disciplinaire* »²¹⁷⁶. La personnalisation de la sanction pénale et la resocialisation du délinquant constitue les deux piliers de la théorie de M. Ancel²¹⁷⁷. Elle ne neutralise plus le délinquant, elle le réinsère. La reconstruction de la personne passe par une phase de responsabilisation, et défend ainsi la déjudiciarisation²¹⁷⁸, alors que notre société s'oriente dans le sens contraire d'une judiciarisation pénale massive. En revanche, l'instauration des expertises psychiatrique et l'examen de la personnalité a développé en droit la notion de personnalisation de la réponse pénale. La resocialisation est quant à elle consacrée par les textes à travers la notion de réinsertion. Cette évolution donne raison aux critiques formulées à l'encontre de la défense sociale nouvelle « *selon laquelle les mesures de traitement proposées par la défense sociale nouvelle et la généralisation du soin psychiatrique seraient les prémisses d'une société disciplinaire* »²¹⁷⁹.

L'étude et la compréhension du comportement du délinquant est au cœur de la problématique de la défense sociale nouvelle. Elle ne peut se faire que par un rapprochement avec les sciences de l'homme et la criminologie, « *une recherche continue et méthodique d'une politique criminelle fondée sur les sc. de l'homme, mais soucieuse av tt de la pers humaine* »²¹⁸⁰. Les réformes actuelles et la conférence de consensus, visant à l'aménagement de peines, couplé au mouvement d'emprisonnement croissant, est-il une interprétation des propositions de défense sociale nouvelle ou s'en éloigne-t-il ? Influence dans l'évolution de la pp ? Vecteur d'une société disciplinaire²¹⁸¹ ? Il a humanisé la réponse pénale, a eu un impact dans la pp surtout après la se GM, (résiliation devenu un principe général de l'exécution des peines) il a souhaité donner des pistes dans la création d'une réponse pénale alternative. La défense sociale est inclassable et supprime les paradigmes classiques et déterministes. Accuser de théoriser une société disciplinaire et sécuritaire qui veut assoir un pouvoir machiavélique²¹⁸² elle n'est qu'un point de vue de

²¹⁷⁴ Le droit pénitentiaire se sur les théories de l'école positiviste italienne et de défense sociale. Il est consacré par la création en 1889 de l'union internationale de droit pénal fondé, la reconnaissance par les Nations unies en 1955 (traitement des détenus), et les règles du conseil de l'Europe en 1970 et 1975, voir à ce sujet la préface de M. Ancel, S. Plawski, Droit pénitentiaire, presses universitaires de Lille, 1977, p8.

²¹⁷⁵ Critique de la société du XVIIIème siècle caractérisée par le développement d'institution disciplinaire (école, hopitaux prison) sur le modèle du panoptique de Bentham, M. Foucault *Surveiller et Punir*, Paris : Gallimard, 1975, p 228 et s.

²¹⁷⁶ Ibid. p11.

²¹⁷⁷ « pour M. Ancel, la responsabilité pénale n'a de sens que si elle est fondée sur un sentiment de responsabilité, lequel doit être le moteur d'un processus de resocialisation, mis en œuvre grâce à une éritable pédagogie de la responsabilité », Ibid.p11.

²¹⁷⁸ Autre forme de réponse pénale que la répression du délinquant, et prévenant plus les infractions par une philosophie juridico sociale De la responsabilité, en vue d'une réinsertion elle-même fondé sur la promotion sociale de l'individu, M. Ancel, la défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste, 3eme ed, Paris, Cujas, 1981, p203.

²¹⁷⁹ Ibid. p 11, l'auteur tente de soulever les ambiguïtés des hésitations de la défense sociale nouvelle autour de la dangerosité et des mesures de sureté, réponse donnée par M. Ancel dans sa volonté de concilier les paradigmes, voir aussi à ce sujet, J. Danet, « La dangerosité, une notion séculaire et mutante », *champ pénal*, 2008, p23.

²¹⁸⁰ M. Ancel, La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste, 3eme éd, Paris, Cujas, 1981, p107, in B. Dreyfus, Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel, L'harmattan, 2010, p 27.

²¹⁸¹ Ibid, p35.

²¹⁸² B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'harmattan, 2010, p 202

la société préconstituée (avec un fonctionnement normal de ses institutions) dans laquelle elle évolue. La rétention de sûreté adoptée en 2008, porte un nouveau regard sur les théories de la défense sociale nouvelle et de sa conception de la dangerosité, qu'elle refuse de s'attribuer²¹⁸³. Il semblerait selon certain auteur qu'elle soit d'inspiration de la défense sociale nouvelle²¹⁸⁴. Cependant, comme il est difficile de mesurer l'influence d'une théorie doctrinale dans la pratique juridique²¹⁸⁵, il est seulement possible de rapprocher l'esprit de la loi avec l'esprit des théories de la défense sociale. (Anel fait de Beccaria le précurseur de la défense sociale : peine humaine, dignité de la personne, utilité, l'égalité criminelle.

Des mesures de sûreté sont adoptées en France pour la première fois²¹⁸⁶. Le 17 juillet 1970, la tutelle pénale²¹⁸⁷ qui « a pour objet de protéger la société contre les agissements des multirécidivistes en offrant à ceux-ci la possibilité de se reclasser au sein de la collectivité » La deuxième mesure consiste à lutter contre la toxicomanie, le trafic et l'usage illicite de substances vénéneuses par des mesures sanitaires. Une cure de désintoxication sous surveillance médicale enjointe par le juge d'instruction au lieu de l'examen autrefois l'inculpation ou par le procureur de la république ce qui se substituera l'action publique et à la peine. Cette mesure de prévention nécessite la volonté et l'adhésion du délinquant. Elle est une alternative aux poursuites.

B Les missions de l'administration pénitentiaire

482. L'administration pénitentiaire a une mission de surveillance (a), de réinsertion (b). La prison est soumise aux règles du droit disciplinaire qui remettent souvent en cause les droits de la défense et la présomption d'innocence (c). Le détenu s'il reste un citoyen, fait l'objet de règles de détention spécifique concernant les fouilles et le travail en prison (d) Aujourd'hui, le système pénitentiaire améliore ses règles et son fonctionnement en accord avec les droits fondamentaux imposés par l'Europe (e).

²¹⁸³ « Il a tenté de réfuter l'argument attribuant à son mouvement l'introduction dans le droit pénal français de concepts flous tel que la dangerosité. », Ibid, p18 ; M. Ancel, « L'examen de conscience de la défense sociale nouvelle, le problème du traitement du délinquant », *RCS* 1978, p945 et s.

²¹⁸⁴ J.Danet, « La dangerosité, une notion séculaire et mutante », *Champ pénal*, 2008, p22.

²¹⁸⁵ « décrire l'influence d'une doctrine pénale sur l'évolution d'un droit positif est une entreprise fort difficile, sinon impossible à mener à bien » R.Cassin, influence du mouvement de défense sociale nouvelle sur le droit pénal français, in B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'harmattan, 2010, p15.

²¹⁸⁶ « Le droit pénitentiaire aujourd'hui ne peut plus s'étudier dans un cadre strictement national », en Suisse, les anormaux sont internes et les alcooliques subissent un traitement, les toxicomanes sont placés dans des maisons d'éducation, en Italie il existe deux sortes de mesures de sûreté : » privative de liberté personnelle » et « non privative de liberté personnelle », en Suède le système pénal choisi entre la peine ou la mesure de sûreté étant en suspens la question de la priorité de l'un sur l'autre. En Pologne, après un passage dans un établissement de traitement, le tribunal décide de l'opportunité d'une libération conditionnelle ou de l'exécution de la peine de prison. M.Ancel, préface, S. Plawski, *Droit pénitentiaire*, Presses universitaires de Lille, 1977, p10 et s.

²¹⁸⁷ Art 58-1 du CP.

a. La surveillance pénitentiaire

483. La direction de l'administration pénitentiaire (DAP) dépend du ministère de la justice. La DAP a pour mission dans les maisons d'arrêt, les maisons centrales et les centres de détention

de : « - *Gérer les personnes placées sous-main de justice (PPSMJ) dans une optique de prévention de la récidive ainsi que la sécurité des agents est détenue,*

- *Elaborer des politiques sociales et professionnelles pour favoriser l'insertion,*
- *Répartir les moyens budgétaires et assurer la programmation immobilière,*
- *Assurer la tutelle de l'école nationale de l'administration pénitentiaire (ENAP),*
- *Evaluer les performances des services déconcentrés du terrain, et de l'ENAP »²¹⁸⁸.*

La lutte contre la récidive fait partie des priorités de la DAP qui se compose de 6 sous-directions²¹⁸⁹, et de 9 directions interrégionales²¹⁹⁰. Le personnel des établissements pénitentiaires se compose à un chef d'établissement, de personnels de direction et de surveillants. Le chef d'établissement met en œuvre un niveau de l'établissement pénitentiaire les missions d'organisation, de gestion et de sécurité. « *Tout chef d'établissement doit veiller à une stricte application des instructions relatives au maintien de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement pénitentiaire qui dirige* »²¹⁹¹ il est « *disciplinairement responsable des incidents ou des évasions imputables à sa négligence ou à l'inobservation des règlements* »²¹⁹². Il a un pouvoir disciplinaire est un pouvoir de coercition. Le pouvoir disciplinaire²¹⁹³ s'exerce par le biais d'une commission de discipline²¹⁹⁴ qui doit respecter les règles du procès équitable. Ces décisions peuvent être frappées de nullité comme le refus de diffuser en prison une émission de télévision dont l'affaire d'un des détenus est l'objet²¹⁹⁵.

484. Ce pouvoir disciplinaire s'applique à l'encontre des détenus. Il n'existe pas d'échelle des peines. Les fautes peuvent être sanctionnées par n'importe quelle sanction.²¹⁹⁶ Sont distingués les sanctions disciplinaires générales est spéciales. Toutefois, La sanction principale est le placement en cellule disciplinaire surtout dans la pratique, les autres sanctions sont alternatives à la sanction principale. Le confinement qui « *met en place une gradation entre les sanctions légères et la sanction de cellule disciplinaire* »²¹⁹⁷, est aussi une peine principale. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a réduit la sévérité des sanctions disciplinaires, par une prédiction du maximum encouru pour les fautes de premier degré qui n'est plus de 45 mais de 20 jours, ou 30 jours lorsque les faits sont commis contre les personnes et personnelles (R 57-7-1 et s. du CPP). Le détenu sanctionné disciplinairement par 30 jours de quartier disciplinaire conteste les faits et demande le visionnage des enregistrements vidéo des caméras de surveillance. L'établissement pénitentiaire présenté par les autorités hiérarchiques refuse. Le tribunal

²¹⁸⁸ Décret n°2008-689 du 9 juillet 2009 : existence est fonction de la direction de l'administration pénitentiaire, modifié par le décret n°2010-1667 du 29 décembre 2010.

²¹⁸⁹ Arrêté du 9 juillet 1008 JUSG0816354A.

²¹⁹⁰ Article D191 du CPP.

²¹⁹¹ Art. D. 265 du CPP.

²¹⁹² Art D.277 du CPP.

²¹⁹³ J-P. Cere, « La procédure disciplinaire à l'épreuve de la jdp de la CEDH », *AJ pénal* oct 2012, 533.

²¹⁹⁴ Art 726 du CPP.

²¹⁹⁵ Sur le fondement de l'art. R 57-7-13 du CPP, TA Dijon 12 juin 2012 n° 11 00 94, *AJ pénal* oct 2012, p 557, Obs M. Herzog- Evans.

²¹⁹⁶ R 57-7-33 et R 57-7-34 du CPP.

²¹⁹⁷ Circulaire du 2 avril 1996.

administratif de Dijon annule la sanction disciplinaire au motif que les droits de la défense ne sont pas respectés. Cette décision est une avancée considérable pour les droits du détenu qui encoure des sanctions disciplinaires et dont la recherche des preuves est limitée. « *La question lancinante de l'impartialité des commissions de discipline se pose en outre toujours : si la présence en leur sein d'un assesseur issu de la vie civile constitue une indéniable amélioration il convient de rappeler que celui-ci n'a pas de voix délibératoire* »²¹⁹⁸. Une remise en question des membres de la commission s'impose.

Concernant le personnel pénitentiaire, la direction a une mission encadrement et de mise en œuvre de la politique pénale (lois et règlements) ainsi que celle de la sécurité et de l'ordre²¹⁹⁹. La difficulté de leur mission réside dans l'équilibre entre la gestion ni trop souples ni trop rigides des subordonnés, personnel de surveillance, et les détenus. Les pouvoirs coercitifs du chef d'établissement se sont renforcés avec la création des équipes régionale d'intervention et de sécurité (ERIS) et l'utilisation du Taser. La constatation d'un crime n'oblige à en informer le procureur de la république. Il pouvait solliciter l'aide de la police ou la gendarmerie en cas d'évasion jusqu'à la création des ERIS spécialisé dans le traitement des incidents importants en détention. Ces « *CRS pénitentiaire* »²²⁰⁰ interviennent pour mettre fin aux mutineries ou aux bagarres collectives. Le Taser est une arme à létalité réduite, présente au stade expérimental dans les prisons de Fresnes et d'Amiens. Ces deux armes symbolisent le renforcement de la sécurité dans les prisons et la volonté de faire régner l'ordre. Le comité européen de prévention de la torture a émis une réserve quant à l'introduction de TASER dans les établissements pénitentiaires en raison d'un « *risque de dégradation des relations entre détenus et personnels pénitentiaires* »²²⁰¹.

Le régime juridique des sanctions disciplinaires applicables aux mineurs est autonome par rapport à celui des majeurs²²⁰². Allégé, il a un contenu éducatif que ne possède pas celui des majeurs²²⁰³. Il exerce un lien de subordination avec le personnel de direction et les surveillants. Il donne des instructions au surveillant moyennant des consignes, note écrite afin de prévenir tout comportement suspect, dangereux ou suicidaire d'un détenu.

b. Une mission de réinsertion

485. Le terme resocialisation est substitué dans les textes par les termes d'amendement.²²⁰⁴ L'administration pénitentiaire²²⁰⁵ a pour mission de favoriser l'insertion et la réinsertion sociale des détenus condamnés par la justice²²⁰⁶. Les peines privatives de liberté ont pour objectif la protection de la société et d'assurer la punition du condamné « *mais aussi pour*

²¹⁹⁸ Ibid.

²¹⁹⁹ Art. 1er du décret de 2007.

²²⁰⁰ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p 41.

²²⁰¹ Rapport du gouvernement français, Strasbourg, 10 décembre 2007 suite à la visite du Comité européen de prévention de la torture dans les prisons françaises du 27 septembre au 9 octobre 2006.

²²⁰² M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p730 et s.

²²⁰³ Décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010.

²²⁰⁴ la loi du 22 juin 1987 n° 87-432 relatifs au service public pénitentiaire modifie l'article 728 du code de procédure pénale qui précisait que le régime de la peine dans les prisons favoriserait l'amendement à fin d'un reclassement social.

²²⁰⁵ J-P. Cere, Les systèmes pénitentiaires dans le monde, Dalloz thèmes et commentaires, 2^{ème} éd, 2011, p 165.

²²⁰⁶ Article 707 du cpp issu de la loi numéro 2004-204 du 9 mars 2004.

favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuel réinsertion »²²⁰⁷. Les détenus ont droit « *de mener une vie responsable est de prévenir la commission de nouvelles infractions* »²²⁰⁸. « *Les concepts de réinsertion ou de resocialisation utilisés en France sont le plus souvent conçus comme comprenant un ensemble d'éléments permettant de conduire à l'arrêt de la carrière des conduites délinquantes. Ils constituent donc à ce titre en partie les équivalents du concept anglo-saxon plus large, celui de désistance* »²²⁰⁹. Le concept de désistance est englobe les facteurs de la délinquance et de la récidive pour prendre en compte l'aspect familial, sanitaire, psychologique et comportementale, au-delà du social. « *Le concept de désistance et, à moindre degré, ceux de réinsertion ou de resocialisation, renvoie donc à un exact miroir inversé de celui de la prévention de la récidive* »²²¹⁰. « *Les politiques qui visent uniquement à la prévention du risque de récidive se focalisent sur les éléments de risque dont est porteur le délinquant. Celui-ci est perçu que ce soit en tant que détenus ou en tant que probationnaire, comme un ensemble de risque à identifier et à traiter per se, par le moyen de méthodes ségrégatives, de contrôle, punitives ou disciplinaires. A l'inverse, mettre l'accent sur la désistance ou la réinsertion permet de travailler sur les éléments favorables chez l'intéressé ou dans son environnement, de les étayer et renforcée et de surmonter les obstacles. La prison n'est certes pas le cadre le plus adapté à ces politiques* »²²¹¹. Il faut attendre 1995 pour témoigner d'une révolution en droit pénitentiaire qui jusque-là n'avait pas évolué quant à sa nature et sa fonction²²¹².

- 486.** Le droit pénitentiaire provient du terme pénitence et *paenitentialis* qui signifie l'exécution de l'ensemble des sentences pénales. Il est aussi appelé droit carcéral²²¹³. « *Le droit pénitentiaire dans une acception moderne et plus étroite est à rattacher aux établissements pénitentiaires. Ils constituent en conséquence le droit de l'exécution des seules peines privatives de liberté* »²²¹⁴. Le droit de la peine englobe le droit pénitentiaire et le droit de l'exécution des peines. Il étudie les peines encourues, l'exécution, l'échelle des peines et le régime, et l'après peines. Le droit pénitentiaire avec l'application des peines constitue des sous catégories. L'application des peines qui ne concernent que la matière pénale à l'inverse du droit pénitentiaire, mixte, qui dépend du droit pénal et du droit administratif. Le droit de l'application des peines est le prolongement du droit pénitentiaire et du droit de la peine. Cependant l'application des peines et le droit pénitentiaire se rejoignent au travers des structures comme le greffe, le chef d'établissement, ou le SPIP. « *Le droit d'application des peines est une subdivision du droit pénal, qui comprend le régime juridique de fond et de procédure de l'individualisation des sanctions répressives au stade de leur mise à exécution* »²²¹⁵. Elle vise d'autres peines que celles privatives de liberté. Le droit pénitentiaire est une « *discipline juridique qui traite de l'individualisation des peines en milieu fermé, du statut et du fonctionnement des établissements pénitentiaires, du statut de leur personnel, les*

²²⁰⁷ Cons. Const., 20 janv 1994, n° 94-334 DC.

²²⁰⁸ Art 1 de la Loi pénitentiaire de 2009.

²²⁰⁹ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire*, Dalloz action, 2013, n°003.41, n° 003.46, p19.

²²¹⁰ Ibid., p19.

²²¹¹ Ibid., p 19.

²²¹² L'organisation de la prison, les conditions de détention et les droits des détenus sont dénoncés par les intervenants extérieurs, enseignant et médecin, voir à ce sujet M.Herzog-Evans, *Causes et facteurs de la révolution, Droit pénitentiaire...op.cit.* p20 ; C. Veil et D.L'huilier, *La prison en changement*, ERES, 2000, p 43.

²²¹³ M. Poncela, *Droit de la peine*, Thémis, PUF, 2001

²²¹⁴ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.* p6.

²²¹⁵ Ibid., p8.

conditions de détention, des droits et obligations des personnes détenues, du maintien des liens familiaux de ces derniers, du maintien de l'ordre et de la sécurité ainsi que du régime de la contrainte qui s'applique aux reclus »²²¹⁶. Il traite de diverses questions envers un « *public plus large (prévenu est condamné), relève pour l'essentiel des juridictions administratives et non judiciaires et sur le plan matériel, indique sans relever exclusivement loin s'en faut, du seul champ pénal* »²²¹⁷. Le droit pénitentiaire tend à devenir une matière autonome. Son premier défi est la maîtrise de la complexité des interactions entre les acteurs qui mettent en œuvre les moyens accordés à l'administration pénitentiaire pour surveiller et réinsérer. Il subit surtout aujourd'hui une instabilité juridique en ce qui concerne le droit disciplinaire des établissements pénitentiaires.

c. Les problématiques juridiques du droit disciplinaire pénitentiaire

487. Le droit disciplinaire pose de réelles difficultés pour se conformer aux droits du détenu quant à sa source, ses objectifs, sa mise en œuvre et son effectivité.

Le règlement intérieur des prisons traduit le droit disciplinaire et constitue l'élément essentiel de la relation entre les détenus, le personnel et le bon fonctionnement en collectivité de l'établissement²²¹⁸. Il replace l'individu au cœur du système. Par exemple, il décrète que l'interdiction des rapports sexuels est une violation du respect de la vie sexuelle, composant le droit à la vie privée et la liberté individuelle²²¹⁹, d'où la création des unités de vie familiale permettant aux couples ainsi qu'aux familles de se retrouver en toute intimité. Le juge veille donc au respect des droites libertés fondamentale au sein de l'établissement pénitentiel et du respect du RI avec la liberté individuelle, telle que l'exercice d'une religion²²²⁰, morale ou spirituelle²²²¹. Le droit des détenus s'est étoffé depuis l'arrêt Marie du 17 février 1995 dans lequel le conseil d'État consacre une punition disciplinaire parlant cellule m'en comme pouvant faire grief au détenu. Le droit disciplinaire pénitentiaire évolue vers une intégration des règles pénitentiaires européennes et d'une conformité à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans tous les cas il est opéré une évolution législative et réglementaire tendant à le rapprocher du droit pénal²²²². Le détenu peut être assisté par un avocat choisi ou commis d'office durant la procédure disciplinaire²²²³. Les mineurs bénéficient d'un droit disciplinaire pénitentiaire spécifique depuis le décret du 11 mai 2007. Par exemple le placement en cellule disciplinaire ne peut excéder sept jours pour les mineurs de plus de 16 ans.

488. La procédure disciplinaire pénitentiaire n'a pas fait l'objet de réforme ou d'évolution profonde depuis la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, hormis concernant le délai de préparation de la défense, ou de diminution du quantum de l'isolement. Elle n'est pas

²²¹⁶ Ibid., p7.

²²¹⁷ Ibid., p8.

²²¹⁸ E. Pecillon, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétable anachronique ? », *AJ pénal* 2013, p 304.

²²¹⁹ CAA Bordeaux, 6 nov. 2012, n°11BX01790, D. 2013; p 312, obs. F. Valla.

²²²⁰ Condamnation de l'AP pour avoir infligé une sanction disciplinaire à un détenu priant hors de sa cellule, CAA Lyon, 29 nov. 2012, n° 12LY00174, E. Pecillon, Exécution des peines, Panorama, D. 2013, p 1308

²²²¹ Droit pour n détenu d'acheter des produits issues de l'agriculture biologique à la cantine, en raison de ses croyances philosophiques, CAA Nancy, 4 oct 2012, n° 11NC00954, Ibid.

²²²² J.-P. Cre, « Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire », *AJ pénal* 2011 p 172.

²²²³ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000.

conforme aux exigences de la CEDH (Art 6 et 13)²²²⁴. Le « *cumule des fonctions du chef de l'établissement (autorité de poursuite, d'enquête, de jugement et d'exécution de la sanction)* »²²²⁵ viole l'article 6 de la CEDH ainsi que la présence d'un nombre extérieur à la commission disciplinaire (Art. 726 du CPP) qui rend la décision inéquitable et nulle en son absence. De plus l'absence de recours réel et effectif viole l'article 13 de la CEDH. Les règles européennes du procès équitable contenu dans l'article 6 de la CEDH, met en exergue les lacunes de la procédure disciplinaire dans les établissements pénitentiaires. Le droit au juge est le fait d'être entendu et jugé en toute impartialité²²²⁶ par un tribunal indépendant²²²⁷, quelle que soit sa forme : tribunal ou commission disciplinaire.

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 stabilise le droit disciplinaire pénitentiaire par l'élaboration d'un ensemble de normes et de principes encadrant les atteintes aux libertés individuelles²²²⁸. La loi pénitentiaire de 2009 précise une évolution quant à les disciplines mises en œuvre par les établissements pénitentiaires. Elle rend obsolète les articles R 57-7 à R 57-7-61 du CPP. Elle précise à nouveau les 3° de fautes dans l'échelle des sanctions et redéfinit. Les fautes disciplinaires sont classées selon leur nature et leur degré de gravité. Les faux du premier degré sont sanctionnées par vingt jours de placement en cellule disciplinaire, 14 jours pour les fautes de deuxième degré et sept pour celle du troisième degré. Les sanctions ont été sensiblement réduites et le détenu en cellule disciplinaire peut passer des appels téléphoniques une fois par semaine. (Dans tous les cas le temps de placement en cellule disciplinaire ou le confinement en cellule individuelle ne peut excéder 30 jours dans les cas les plus graves de violence physique contre les personnes.

Les sanctions disciplinaires sont remodelées même s'il existe toujours les sanctions générales, sans démonstration d'un lien entre la sanction la fraction et les sanctions spéciales qui nécessitent la démonstration de ce lien R 57-7-33 et 34 du CPP. Par exemple, la faute commise lors d'une formation d'un emploi si elle est démontrée avoir été réalisée au cours de cette activité conduire à la suppression de cette ampleur de cette formation pour le détenu. Les confiscations de matériel sanctions spéciales devenant sanctions générales sont élargies: confiscations pendant une durée de l'appareil louaient ou acheter dans l'établissement pénitentiaire. Les sanctions peuvent se cumuler dans la limite du maximum prévu pour la faute la plus grave reprenant ainsi le principe du droit pénal des effets du cumul de sanctions (R 57-7-51 du CPP). Élargissement du champ d'application de la faute disciplinaire est à noter puisqu'il englobe désormais la répression de la tentative. Les fautes prises en compte les violences ou les insultes ne sont plus uniquement caractérisées envers le coût des tenues mais envers toute personne détenue. La complicité est aussi élargie dans le cadre d'une assistance aux fins de ne pas respecter les règles disciplinaires. D'autre part les recours multiples auprès des autorités administratives et judiciaires pour des « *réclamations injustifiées ayant déjà fait l'objet d'une décision de rejet* »²²²⁹ ne seront plus l'objet d'une faute disciplinaire. De nouvelles infractions sont créées dans le but de lutter contre le trafic de stupéfiants en réprimant la détention de produits. L'infraction d'outrage contre les agents administratifs et judiciaires. Toujours dans un contexte d'élargissement répressif, sont élargies les conditions qui

²²²⁴ J-P. Cre, « La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal* 2012, p 533.

²²²⁵ *Ibid.*

²²²⁶

²²²⁷ CED 23 juin 1981, Le compte, Van Luven et Demeyere c/ Belgique.

²²²⁸ Le décret n° 2010-16 34 du 23 décembre 2010.

²²²⁹ Abrogation de l'Art. D 249-3, 12° du CPP.

composent les actions collectives dès lors qu'elles ont précédées ou accompagnées de violences contre les personnes. Les insultes ou les menaces à l'encontre des personnes intervenant dans la prison et qui sont différents des personnes détenues deviennent des infractions du deuxième degré et non plus du troisième degré quel que soit la personne visée.

Élargissement du champ d'application des fautes disciplinaires commis s'élargisse d'un point de vue des éléments constitutifs se rapprochant du droit pénal de même que l'utilisation de notions et de principes propres à ce dernier comme la tentative et de complicité.

489. La nouvelle définition des fautes disciplinaires manifeste la volonté de créer un droit disciplinaire autonome mis au défi de respecter les règles du procès équitable. Le décret à la régularité de la commission de discipline qui se chargera de la sanction du détenu en ce qu'elle doit fonctionner avec intégrité dignité et impartialité tout en respectant le secret des délibérations. Elle doit compter en son sein au moins un assesseur extérieur à l'administration pénitentiaire recrutée selon une procédure d'habilitation mise en place par le président du tribunal de grande instance territorialement compétent R 57-7-8. (Manifesté un intérêt pour les questions relatives au fonctionnement des établissements pénitentiaires ») Il est regrettable qu'il ne s'agisse que d'une impartialité de façade puisse que le chef d'établissement ou son représentant conserve un vote décisionnel alors que les assesseurs n'ont qu'une voix consultative. Le droit disciplinaire pénitentiaire tente difficilement de s'accommoder avec les règles du procès équitable du droit européen notamment en ce qui concerne l'impartialité de la procédure qui repose en réalité sur une seule personne, le chef d'établissement. « *Les avancées notables en matière de respect des droits de la défense au cours de la procédure disciplinaire pénitentiaire ne parviennent que très imparfaitement à masquer les doutes qui pèsent encore sur l'impartialité d'une procédure dont toutes les phases repose sur une personne unique* »²²³⁰. En effet le chef d'établissement est en même temps juge et partie. Il représente au sein de l'établissement pénitentiaire la partie poursuivante, enquêtrice mais aussi juge ainsi que responsable de la mise à exécution de la sanction disciplinaire. C'est pourquoi l'article 13 de la Convention européenne permet aux détenus d'utiliser un recours effectif dans ce type de situation en l'espèce devant le juge administratif après avoir exercé un recours devant le directeur interrégional des services pénitentiaires ceux qui violent l'article 13 de la Convention. Le recours n'étant pas ici effectif, il ne permet pas aux détenus de contester aussi bien la forme que le fond ainsi que les motifs d'une telle mesure devant une instance juridictionnelle. Ce droit est indispensable en raison des conséquences d'une détention en cellule disciplinaire sur le détenu²²³¹.

490. Les droits de la défense sont renforcés dans le but de créer un procès disciplinaire équitable conforme au droit européen. Impartialité de la commission de discipline est un premier élément. Le décret de 2010 la présence du rédacteur du rapport d'incident devant la commission disciplinaire. Un délai de prescription de six mois est prévu entre le jour de la découverte des faits et les poursuites disciplinaires. Un délai de 24 heures est prévu avant la comparution devant la commission permettant la préparation de la défense. Les faits reprochés et leur qualification juridique (porté sur la convocation) ainsi que le dossier de la procédure sont portées à la connaissance de la personne détenue. Seule la violation de l'article 6 de la CEDH peut être évoquée par le détenu s'il démontre qu'il a

²²³⁰ J.-P. Cere, « Feu le nouveau droit disciplinaire pénitentiaire », *AJ pénal* 2011 p 175

²²³¹ CEDH 20 janv.2011, PAYET c/France, D 2011, p 643, obs. J.-P. Cere

personnellement subi un retrait de réduction de peine suite à la sanction disciplinaire qui allonge la durée de la peine privative de liberté²²³².

En ce qui concerne l'isolement préventif prévu à l'article il est rappelé que cette mesure doit être exceptionnelle pour les infractions les plus graves et doit être « *l'unique moyen de mettre fin à l'infraction ou de préserver l'ordre interne de l'établissement* »²²³³. Une revalorisation des droits de la défense met à disposition le dossier de la procédure dans un délai permettant au détenu de préparer sa défense. Il doit être informé de la date de leur de sa comparution à cet effet. Ils bénéficient d'un délai de 15 jours à compter de la notification de la décision pour faire un recours auprès du directeur interrégional des services pénitentiaires sauf qu'en pratique, la décision n'étant pas suspensive, la sanction à de fortes chances d'avoir été entièrement ou partiellement effectuée au jour de l'échéance du dit délai ce qui est incompatible avec l'article 13 de la CEDH.

- 491.** La loi pénitentiaire de 2009 et le décret d'application de 2010 déjuridictionnalisent l'application des peines en donnant aux chefs d'établissement des pouvoirs disciplinaires sévères qui se marient difficilement avec le rôle principal d'insertion du détenu. Le droit pénitentiaire en constante progression peut-être dangereux dès lors que la pensée pénitentiaire « *colonise* »²²³⁴ l'application des peines. L'instauration de nouveaux seuils permettent des aménagements de peine sous écrou comme la semi-liberté ou le placement à l'extérieur et PSEM, ainsi que de nouvelles missions. En effet, les horaires et lieux de présence du probationnaire sont modifiés par l'administration pénitentiaire, créant un surplus de travail au SPIP. La création de la « *grâce électronique* »²²³⁵ est une surveillance électronique de fin de peine (SEFIP)²²³⁶ qui reprend l'ancienne grâce présidentielle aujourd'hui révolue mais reprise par l'administration pénitentiaire constitue une réelle déjuridictionnalisation. L'objectif de la loi est de « *favoriser le prononcé d'un aménagement de peine coûte que coûte* ». Ils s'organisent ainsi une concurrence voir une compétition avec les procédures juridictionnelles détenues par le JAP, et une tentative de l'exclure.

Dans ce contexte de flou procédurale de « *maquis processuel ubuesque* »²²³⁷ et de mise en concurrence de l'instance administrative et judiciaire le grand perdant et la réinsertion du condamné et la prévention de la récidive. En effet, il s'agit ici de libérer des places de prison plutôt que de travailler à l'insertion du condamné. Le placement sous SEFIP est un exemple de procédure où le caractère administratif est fortement marqué. Seuls les Parquets pourront s'y opposer s'il existe un risque de récidive ou une impossibilité matérielle de mise en place du bracelet ou encore une incompatibilité de cette mesure avec la personne détenue. Le risque de récidive est analysé uniquement en fonction des antécédents judiciaires mais en aucun cas sur l'étude de son profil criminologique ou sur ses antécédents disciplinaires sanctionnés lors de sa détention. Sans oublier que la mise en place de ce nouveau dispositif est survenue comme une mission supplémentaire ajoutée au parquet sans augmentation budgétaire.

²²³² CEDH 8 nov.2007, Stitic c/ Croatie, n° 29660/03.

²²³³ R 57-7-18 du CPP.

²²³⁴ M.Herzog-Evans, « Les décrets de la partie application des peines de la loi pénitentiaire : déjuridictionnalisation forcenée et maquis processuel », *AJ pénal* 2011, p 160.

²²³⁵ Article 723-28 du CPP

²²³⁶ E.Senna, « La surveillance électronique de fin de peine », *AJ pénal* 2011, p 169.

²²³⁷ Multiplicité des recours variés, délais de recours protéiforme créé en de la sécurité juridique et constituant un piège pour les justiciables p 165.

La surveillance électronique de fin de peine est soumise au contrôle et à la validation du SPIP qui reste en lien direct avec le ministère public qui peut ajouter des obligations ou en interdire d'autres (article 132-44 et 132-45 du code pénal) par exemple les horaires de sortie.

492. La loi pénitentiaire organise une déjuridictionnalisation par un transfert des compétences du juge d'application des peines ainsi qu'une probation discrétionnaire vers une probation obligatoire²²³⁸. Ceci est d'autant plus alarmant que des pays (États-Unis et Grande-Bretagne) ayant autrefois appliqué la probation obligatoire et automatique ont décidé de sortir de ce système en raison de résultats médiocres. La France ne prend pas en compte l'expérience des pays voisins peut-être en raison de droit de quand même le nom de droit écrit. Les décisions sont prises par le *Parole Board* (psychiatre, magistrats) qui décide de libérer les détenus hors les cas de libération automatique sous surveillance électronique. N'étant pas un organisme judiciaire la question de son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif est soulevée et critiquée comme étant contraire à l'article 5 de la CEDH, même cette dernière n'a pas condamné. Il est question de juridictionnaliser cette instance en matière de probation comme depuis une dizaine d'années aux États-Unis et en Angleterre puis bientôt en Allemagne. Une apparition des *big judges* sont « *des juges humains et pragmatiques, qui ont une véritable culture de l'insertion et de l'efficacité de la probation.* »²²³⁹. Ils sont des juges à part entière, plus impliqués dans la société par le dialogue en lien avec les associations et les administrations telles que les nos agents de probation en France. Cependant, ils vont bien au-delà que ces derniers en créant un réel service de probation impliquant l'ensemble de la communauté, des acteurs à fin d'entourer la réinsertion du détenu tant dans son traitement psychiatrique (soins) mais aussi sociales, (logement, travail et soutien familial). Ils s'appuient sur les théories de l'école dit *good Life model* et de la désistance²²⁴⁰ qui s'appuie sur un « *rituel de la condamnation, un rituel de la réinsertion publique et en juridiction* »²²⁴¹ avec des conséquences sur l'arrêt de la délinquance. « *Ce que montrent tous ces travaux et que la justice doit être légitime pour obtenir des résultats en termes d'insertion et que cela passe par une certaine qualité processuelle* »²²⁴².

En France, la prise de décision concernant la libération conditionnelle et la probation émane d'un système mixte judiciaire et pénitentiaire. « *Rares sont les pays qui ont en Europe un système à la fois totalement discrétionnaire et où seuls des juridictions prennent les décisions.* »²²⁴³. « *La probation discrétionnaire est une probation prononcée par un juge ou un service exécutif, sur la base d'une individualisation et d'une appréciation du cas particulier qui lui est présenté* »²²⁴⁴. Cette décision est confrontée au mérite intrinsèque présenté par le détenu ainsi que ses chances de réinsertion par rapport à la dangerosité et au risque de récidive qu'il présente. Le juge décide et apprécie le projet du condamné ainsi que sa personnalité son comportement Il ne s'agit donc pas de mettre en application un droit de l'aménagement des peines. Il s'agit du modèle français en opposition avec l'apparition depuis quelques années de la probation obligatoire ou

²²³⁸ M.Herzog-Evans, «Nouveaux enjeux dans l'application des peines. Les leçons du droit et de la criminologie comparée », *AJ pénal* 2011, p 177.

²²³⁹ *Ibid.*, p 179.

²²⁴⁰ V. *Supra.*

²²⁴¹ S. Maruna, T. P Lebel, Approches sociales psychologiques des sorties de délinquance, in M. Mohammed, *Les sorties de délinquance...op.cit.*, p 44 et s.

²²⁴² M.Herzog-Evans, « Nouveaux enjeux... » *chron.préc.*

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ *Ibid.*, p 179.

automatique due aux politiques pénales dont la volonté était la libération automatique d'une certaine population de délinquants non ou peu dangereux afin de libérer des places de prison et réduire le coût carcéral à face de s'accorder avec les exigences des droits de l'homme et des conditions dignes de privation de liberté. Il s'agit aussi de réduire les courtes peines réputées criminogènes favorisant la récidive²²⁴⁵. La probation automatique s'inscrit aussi dans une idée qui gagne du terrain selon laquelle les aménagements de peine favorisent la réinsertion du condamné « *Des statisticiens qui ont montré que les fins de peines aménagées marchent mieux que des fins de peine sèche* »²²⁴⁶ La probation obligatoire « *renvoie à l'idée d'élargissement de prison, soit plus tôt, soit en fin de peine, en imposant à l'intéressé un suivi dans le monde libre, sur la base d'une mesure qui peut être un aménagement de peine ou une mesure de sûreté, et dans laquelle il ne sait pas par avance* »²²⁴⁷. Des systèmes qui décident de tout sauf peut-être l'Irlande. La plupart des pays ont un système mixte. « *Une autorité exécutive prononce l'aménagement de peine tandis que c'est une juridiction qui décide de sanctionner les violations* »²²⁴⁸. Ainsi nos juges d'application des peines sanctionnent les manquements et les violations aux obligations mises en œuvre par l'administration pénitentiaire. Dans ce sens l'administration pénitentiaire applique une probation alors que la juridiction se contente de décider discrétionnairement de la liberté conditionnelle. Le but est de mettre une probation obligatoire et automatique comme en Angleterre ou aux États-Unis (*Drug court*).

- 493.** En France, il s'agit de choisir entre les deux méthodes de probation discrétionnaire obligatoire qui se fera sur la compétence de l'instance qui décidera. Mais ce choix dépend aussi de la volonté politique qui instrumentalise l'application des peines dans la plupart des pays d'Europe²²⁴⁹. Les délinquants multirécidivistes les moins dangereux ont une probation automatique prévue à fin de libérer des places de prison. Concernant les délinquants les plus dangereux la plupart des états européens rendent moins accessible la libération conditionnelle et les aménagements de peine. Ils sont discrétionnaires obtenus tant qu'il n'a pas été jugé dangereux. L'aménagement de peine devient dans ce cas presque inaccessible pour ceux qui sont indéfiniment évalués dangereux (Angleterre pays de Galles). D'autres pays ont prévu des mesures de sûreté par la création en milieu pénitentiaire hospitalier de service de psychiatrie et qui prennent en France la forme du suivis sociaux judiciaires imposants un suivi avant ou après l'exécution de la peine. Depuis quelques années la probation discrétionnaire des délinquants les plus dangereux a pris la forme d'une surveillance judiciaire et de surveillance de sûreté. Il est regrettable que dans ce dernier cas il soit difficile de prendre en compte l'adhésion de l'individu indispensable au succès de la probation discrétionnaire. L'utilisation de la probation discrétionnaire est critiquable en raison de l'existence d'une inégalité de traitement entre les délinquants issus des minorités raciales ce qui fait l'objet outre-Manche d'études significatives. En France il s'agit d'un sujet tabou qui rend critiquable ce choix. La réforme pénale de 2014 prévoit un temps de réflexion pour le juge entre la condamnation et le choix de la peine. Le second choix de la libération automatique et de la probation obligatoire est l'orientation vers les sorties sèches ce qui est catastrophique pour le détenu incapable de se réinsérer et donc susceptible de récidiver rapidement. Ils sont plus enclins à violer leurs obligations et même s'ils ont un bracelet électronique. Le succès de la

²²⁴⁵ Ibid., p 180.

²²⁴⁶ Etude de P.Tournier et A.Kensey in *Ibid.*, p 180.

²²⁴⁷ Ibid., p179.

²²⁴⁸ Ibid., p178.

²²⁴⁹ p 180.

réinsertion dépend de l'adhésion de la volonté du délinquant de reconstruire les fondations de sa vie en rebâtissant le lien social, en se logeant, en travaillant en étant autonomes afin de réaliser ses projets portés sur l'avenir.

494. Les problèmes juridiques du droit pénitentiaire concernent la mise en œuvre de son pouvoir disciplinaire. L'ancien article 707 du CPP énonçait le principe que « *le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable est de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Le décret du 30 avril 2013 fixe, dans son annexe, des règlements intérieurs accessibles et prévisibles. Différents types sont applicables dans les établissements pénitentiaires, dépendant de leur cadre juridique : maison d'arrêt, maison centrale, centre de détention et centres pour peines aménagées²²⁵⁰. Le règlement intérieur établit des règles générales et des modalités de fonctionnement que le chef d'établissement adapte aux spécificités des lieux, des détenus et du personnel. Il s'agit d'une trame rédactionnelle qui impose les principes et axes directeurs. Ce décret harmonise la place tant décriée du règlement intérieur dans les établissements. En effet, il est une source d'atteinte aux droits fondamentaux et fait l'objet de nombreux recours de la part des détenus puisqu'il crée de l'inégalité et de l'arbitraire entre détenus des différents établissements. Cette contestation oblige le juge administratif à reconnaître aux détenus un statut d'usager du service public²²⁵¹. Il reste, cependant, un document indispensable de management et du bon fonctionnement de l'établissement (droits et obligations) qui garantit la sécurité et l'accueil des familles. La sécurité dépend, indubitablement, par sa qualité rédactionnelle qui rend les règles intelligibles et accessible, sans pour autant être uniformes.

La procédure de recours disciplinaire doit être réelle et effective, en fait comme en droit, à défaut l'article 13 de la CEDH est violé. Rôle de l'avocat est ici essentiel pour soulever la rupture du procès équitable²²⁵². Ainsi, le recours pour excès de pouvoir d'un détenu contre une sanction disciplinaire de 10 jours avec un sursis de 6 mois, devant la CAA est rejeté en raison de l'expiration du sursis rendant sa demande sans objet. Pour le Conseil d'Etat, une erreur de droit a été commise à l'encontre du détenu par la lenteur de la justice à répondre à son recours (recours hiérarchique puis tribunal administratif) créant ainsi la difficulté²²⁵³. Dans ces conditions, le recours n'est pas apte à prospérer s'il n'est pas transmis en temps utile en raison d'un recours hiérarchique préalable qui ralentit le recours²²⁵⁴.

Des atteintes à la présomption d'innocence sont aussi à déplorer. Pourtant, l'article préliminaire du CPP devrait s'appliquer en droit pénitentiaire. Il en est de même pour les règles du procès équitable (contradictoire, égalité des armes, instance compétente) qui devrait s'appliquer dans le but de favoriser, dans l'intérêt de la société l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive et permettre le retour

²²⁵⁰ Décret n°2013-368 du 30 avr. 2013.

²²⁵¹ E. Pechillon, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétable anachronique ? », *AJ pénal* 2013, p 304.

²²⁵² F. Saint-Pierre, S. Cormier, « L'avocat face à la nouvelle loi pénitentiaire », *Rev.de dr. Pén.*, 2010, p103.

²²⁵³ CE. 22 janv.2013, n°349806, *AJ pénal* 2013, p 173, obs. M. Herzog-Evans.

²²⁵⁴ Arrêt Payet c/ France, CEDH, 20 janv. 2011, n°19606/08, D.2011, p380, obs. Lavric ; Cocaign c/France, CEDH, 3 nov. 2011, n°32010/07, *AJ pénal* 2011, p605, obs. J-P.Cere.

progressif du condamné à la liberté sans aucune forme de suivi judiciaire. Mais ces principes sont-ils transposables au droit pénitentiaire ? Le droit pénitentiaire s'intègre dans la mise à exécution et l'application des peines. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 31 octobre 2008²²⁵⁵, précise que ces textes s'ajoutent aux règles fondamentales et conventionnelles qui gouvernent la discipline pénitentiaire. Il est ainsi gouverné par les principes directeurs du droit pénal soumis à de nombreuses exceptions en raison de circonstances exceptionnelles (détention) du fait de la nature de la matière.

La commission disciplinaire a une mission d'apaisement des conflits qui surviennent entre détenus et surveillants. Elle est aussi un moyen pour le détenu de se faire entendre à travers la faute disciplinaire et dénoncer les conditions de détention. Elle est un tremplin dont les règles de procédures doivent être respectées ce que certains établissements se donnent la peine de faire en plus de solliciter des psychologues et des médiateurs²²⁵⁶.

d. Les règles particulières des conditions de détention

495. Certaines règles sont particulières en raison de la spécificité de la détention. Epandent, dans la pratique elles sont consciemment détournées. En effet, assouplir les règles relatives à la présence du téléphone portable et du cannabis dans les cellules ou supprimer les fouilles au parloir permet de canaliser la tension et la violence qui règne en prison pour la sécurité de tous. La présence du téléphone en prison est une obligation légale²²⁵⁷. Son accès contrôlé doit être effectif pour tous les détenus qui ont le droit de passer des communications téléphoniques²²⁵⁸ aussi souvent que nécessaire pour maintenir les liens familiaux et rompre avec l'effets pervers de l'incarcération²²⁵⁹. En revanche « *tous objets ou substances dangereux pour la sécurité des personnes ou de l'établissement* »²²⁶⁰ sont interdits comprenant par-là, les téléphones portables non autorisés dans les cellules, constituant une faute disciplinaire de premier degré. Cet usage permet au détenu de « *s'affranchir des règles particulières applicables, en vertu de l'article 727-1 du code de procédure pénale, aux communications téléphoniques des détenus pour faire échec aux mesures de sécurité prises dans l'établissement pénitentiaire* »²²⁶¹. Les appels sans contrôle peuvent servir à intimider des témoins en dehors de la prison ou donner des instructions à des tiers aux fins de contrevenir au bon déroulement de l'enquête ou de l'instruction et à la manifestation de la vérité. En pratique, la majorité des détenus arrivent à faire entrer des téléphones portables avec des cartes prépayées ainsi que du cannabis et d'autres stupéfiants. Ponctuellement, des fouilles de cellules sont organisées par la brigade cynophile. La recrudescence d'objets interdits qui alimente le trafic en prison provient notamment de l'absence de fouilles systématiques au parloir.

496. Le recours aux fouilles doit être circonstancié et individuellement justifié par une présomption d'infraction. En 2003, la pratique des fouilles devient systématique à chaque

²²⁵⁵ CE 31 oct.2008, D.2009, Jur.134 note M Herzog-Evans.

²²⁵⁶ M.Herzog-Evans, « Aspects pratiques de la procédure disciplinaire pénitentiaire en France », *AJ pénal* 2013, p 660.

²²⁵⁷ Art 39 de la loi n° 2009-1436 du 24 nov ; 2009.

²²⁵⁸ Dans les conditions prévues à l'Art.727-1 et D. 419-1 du CPP.

²²⁵⁹ CE 3 oct 2012 n° 333489, *AJA* 2012, p 2418.

²²⁶⁰ Art R. 57-7-2, 9° du CPP.

²²⁶¹ CE 4 fev 2013, n°344266, *AJDA* 2013, p321.

extraction de cellule, même celles qui sont expressément interdites²²⁶². Il doit exister des moyens propres à faire naître un doute sérieux²²⁶³ ce qui réduit ainsi le pouvoir décisionnel de l'administration pénitentiaire quant à la fréquence et la répétition des fouilles intégrales²²⁶⁴. Les fouilles systématiques au parloir sont interdites²²⁶⁵. Excepté le cas où le chef d'établissement revoit les conditions de ces fouilles dans un bref délai pour l'adapter au comportement et à la personnalité des détenus²²⁶⁶. Elles doivent être réalisées dans un lieu respectant la dignité de la personne et de la famille lorsqu'elles ont lieu au parloir. Les fouilles intégrales doivent être pratiquées sur des renseignements ou des indices raisonnables²²⁶⁷. «*Les investigations corporelles internes sont proscrites, sauf impératif spécialement motivé*»²²⁶⁸. La jurisprudence et la loi pénitentiaire de 2009 rappellent²²⁶⁹ que leur fréquence doit être circonscrite et individuellement justifiée par une présomption d'infraction²²⁷⁰. Elles sont réalisées sous l'anonymat des surveillants qui portent, pour ce faire, une cagoule. Le détenu ne décide de rien, il est totalement dépendant. Il mène une existence d'attente sans sollicitation. Il est traité comme un enfant, un animal qui végète et s'atrophie. Sa psychologie est la première malmenée. Il se sent en danger de mort, devient violent ou suicidaire comme un animal. Les bagarres et autres actes de violence, viols, mutilations, chantage, menace et trafic entre détenus sont les aléas de la prison. «*Quelques jours dans cet enfer, et on transforme le plus gentil des garçons en bête féroce*»²²⁷¹. Les violences sont continuellement en hausses du fait de la surpopulation carcérale. Depuis 2003, les établissements pénitentiaires ont créé une équipe régionale d'intervention et de sécurité appelée E.R.I.S.²²⁷². C'est une police de choc qui intervient spécialement en cas de mutinerie et de bagarre collective. Ces hommes sont armés, casqués et cagoulés. Leur existence est très critiquée car la réalité de cette équipe ressemble à un commando armé pour mater les détenus et surenchérir dans la violence²²⁷³.

- 497.** Le travail du détenu en prison et sa rémunération sont des conditions essentielles au processus de réinsertion et de désistance²²⁷⁴. Le détenu n'est pas soumis au droit commun du travail en prison. «*Les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail*»²²⁷⁵. Ils ne disposent pas de droits sociaux²²⁷⁶. Cependant, sur le fondement de la violation de la CEDH, une décision récente du Conseil des prud'hommes s'interroge sur une éventuelle application du code du travail. Malgré que

²²⁶² E. Pechillon, Exécution des peines, panorama *D.*2012, p 1305

²²⁶³ Recours pour excès de pouvoir d'un détenu contre une note de service de la direction du centre pénitentiaire relative aux fouilles aléatoires, CE 26 sept. 2012, n°359479, *AJ pénal* 2012, p558.

²²⁶⁴ Art 57 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 n° 2009-1436

²²⁶⁵ E. Pechillon, «*Référé-suspension en matière de fouille*», Exécution des peines, Panorama, *D.* 2013, p 1305.

²²⁶⁶ CE ord. Réf, 6 juin 2013 n°368875, obs, M. Lena, *D.* 2013, p1478

²²⁶⁷ Frerot *c/* France, CEDH, 12 juin 2007, *AJ pénal* 2007, p336, Fouilles intégrales et rétention de correspondance : la France condamnée sur les fondements des articles 3,8,13,6§1, obs.M.Herzog-Evans.

²²⁶⁸ Art 57 al. 3 de la loi pénitentiaire de 24 nov 2009.

²²⁶⁹ Art 57 de la loi pénitentiaire de 24 nov 2009.

²²⁷⁰ CE 26 sept. 2012, n°359479, *AJ pénal* 2012, p558, V. TA Pau, 15 avril 2008, n°080939, *AJ pénal* 2008, p336, A propos de multiples fouilles anales quotidiennes infligées à un prévenu, obs. M. Herzog-Evans.

²²⁷¹ V. Vasseur, *Médecin-chef à la prison de la santé*, LGF, 2001, p 49.

²²⁷² L'acronyme E.R.I.S rappelle le nom Eri, déesse grecque de la discorde.

²²⁷³ V. Vasseur, G. Mouesca, *La prison doit changer*, *op.cit.* p91 ets.

²²⁷⁴ Rapport 2011, du CGLPL, p149

²²⁷⁵ Art 717-3 et R 57-9-2 du CPP

²²⁷⁶ En attendant la décision du Tribunal des Conflit concernant l'ordre judiciaire compétent ; S. Slama, «*Les travailleurs détenus, des agents publics ?*» *D.* 2013, p 1221.

« les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail »²²⁷⁷, il fait application des règles de la procédure de licenciement après qu'un détenu, sous un acte d'engagement à durée indéterminée signé par la chef d'établissement, fut licencié pour faute. Il a passé un appel personnel pendant ses heures de travail²²⁷⁸. La réflexion nationale sur les conditions de détention évoque le régime juridique flou du travail en prison. Une QPC est soutenue concernant la conformité entre la mise à disposition d'activités professionnelles et de formation au sein des établissements²²⁷⁹ avec le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui garantit les droits sociaux des travailleurs. Le travail en prison est conformément à la constitution exclu du champ d'application du code du travail²²⁸⁰. L'administration pénitentiaire ne découvre pas uniquement la hiérarchie des normes mais aussi une tentative d'application règles du droit du travail en prison après un recours d'un détenu travailleur. La loi pénitentiaire 2009 prévoyait la possibilité pour les détenus d'exercer une activité professionnelle rémunérée que l'établissement pénitentiaire devait offrir en fonction des capacités ainsi que des nécessités du bon fonctionnement du milieu carcéral. A ce titre il est rappelé que l'administration doit assurer en chaque fin de mois la rémunération du au détenu travaillant dans le seuil minimal de rémunération équivaut à 45 % du SMIC pour une activité de production et calculant en retard travaillé²²⁸¹. Ainsi, les revenus du détenu peuvent être inférieurs à ce montant car il n'est pas un travailleur de droit commun²²⁸². Pourtant, lorsque un détenu trouve du travail à la sortie, il a moins de risque de récidiver en raison de la stabilité sociale et financière que cela procure. Ainsi, le travail pénitentiaire comme la formation, sont des tremplins à la réinsertion et luttent contre la récidive²²⁸³. Néanmoins, les dérogations au droit du travail et l'exploitation des détenus par les sociétés privées extérieures, pourraient anéantir la portée de cet outil.

e. L'accueil des détenus au défi des règles européennes

Les règles pénitentiaires européennes (1) incitent l'amélioration de l'accueil des détenus en prison (2) permettant la labélisation des établissements (3).

1. Les règles pénitentiaires européennes.

498. Les règles pénitentiaires européennes (RPE) émanent pour la première fois du Conseil de l'Europe en 1973 qui traite à minima le sort des détenus. Le 12 février 1987 est opérée une élévation des standards dans les pays du conseil de l'Europe. Puis en 2006 s'installe le comité de prévention contre la torture (CPT). Les 108 règles pénitentiaires européennes de 2006 ne sont que des recommandations qui n'ont pas de force contraignante. Depuis 2010, une émulation et une mise à jour des RPE concernant l'accueil des détenus aboutit à la création d'un label européen des établissements pénitentiaires²²⁸⁴. Il est mise en place un parcours d'accueil entre l'entrée et l'affectation en cellule. Pendant, une semaine, le détenu est placé dans le quartier des arrivants. Un programme d'information lui est

²²⁷⁷ Art. 717-3 al.3 du CPP.

²²⁷⁸ Cons. Prud'h.de Paris, 8 fév. 2013, n° 11/15185, *D.* 2013, p760, obs. J-P. Cere.

²²⁷⁹ Art. 717-3 al.2 du CPP.

²²⁸⁰ Cons. Const, 14 juin 2013, n°2013-320 QPC.

²²⁸¹ Décret n° 2010-16 35 du 23 décembre 2010, 1 du CPP.

²²⁸² CE 12 mars 2014, n° 349683, *AJDA* 2014.591, *in* Exécution des peines mai 2000 13 avril 2014, panorama, *D.* p 1236.

²²⁸³ Marc Baader et Evelyne Shea, « Le travail pénitentiaire, un outil efficace de lutte contre la récidive ? », *Champ pénal*, Vol. IV |, 2007.

²²⁸⁴ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire....op.cit.*, p88.

proposé durant lequel il peut parler avec différents acteurs de l'administration pénitentiaire des conditions de détention et des conséquences de celle-ci sur sa réinsertion. Puis il obtient à l'issue une affectation définitive dans une cellule.

2. L'amélioration de l'accueil du détenu

499. Concrètement, l'arrivée du détenu se fait dans un fourgon. C'est un moment de prise de conscience où grandit l'appréhension. Désormais, il est tributaire de tous les agents pénitentiaires. Les étapes qui constituent l'arrivée du nouveau détenu sont prévues et définies par le CPP²²⁸⁵. Au greffe de l'établissement pénitentiaire, le détenu dépose les documents confidentiels et les motifs de son écrou qui y seront consignés. L'acte d'écrou est signé. Un numéro d'écrou est attribué avec un titre de détention, une fiche pénale ainsi que les informations anthropométriques. Le régime alimentaire est choisi en respect avec la pratique religieuse et les contre-indications médicales. Si le détenu n'a pas de ressources, de famille, ou d'amis il peut dépendre du statut d'indigents. Il bénéficie de ce fait de dons d'associations pour obtenir des tenues vestimentaires. Il est soumis à une fouille corporelle, qui doit être en principe nécessaire²²⁸⁶. Les fouilles permettent de garantir la sécurité des personnels pénitentiaires, des victimes, des citoyens en évitant les trafics (cigarettes, drogues ou téléphone), les menaces et les autres modes de pressions dans les prisons et vers l'extérieur (victimes et leurs proches). La fouille marque l'emprise totale de l'administration pénitentiaire. Elle est habilitée à réaliser une fouille corporelle intégrale au nom de la sécurité. Elle contrevient à l'atteinte à la dignité humaine²²⁸⁷. Le passage au vestiaire est un moment particulier. Le temps s'arrête au moment où sont consignés l'ensemble des affaires personnelles du détenu (bijoux, monnaies). Le vestiaire est apparenté au « *cimetière temporaire de l'homme libre* »²²⁸⁸. Un premier dialogue s'installe avec le détenu. Les surveillants lui demandent s'ils souhaitent avoir un frigo, ou une télévision dans sa cellule. Le détenu réceptionne un paquetage qui comporte un kit de couchage, un nécessaire pour l'hygiène corporelle, un kit de correspondance et de la vaisselle. Certaines affaires sont interdites telles que des vêtements comportant des capuches. L'établissement est libre de choisir la liste des objets interdits. Elle varie selon l'établissement dans lequel se trouve le condamné (maison centrale, centre de détention)²²⁸⁹. En fonction du type d'établissement, il arrive soit dans le quartier des arrivants soit dans une simple cellule des arrivants. Dans les maisons d'arrêts ces cellules sont plus grandes et peuvent accueillir plusieurs personnes. C'est une situation paradoxale car celui qui subit le plus le choc carcéral est en maison d'arrêt. La cellule n'apporte pas autant de confort qu'un quartier arrivant. Celui qui arrive en maison centrale n'a pas besoin de cette phase puisqu'il a déjà dépassé le choc carcéral. Ceci conduit à l'existence de cellules vides avec un personnel utilement affecté. La sous population en centrale contraste avec la surpopulation dans les centres de détention et maison d'arrêt. A cette occasion, lui sont remis le règlement intérieur, le livret arrivant²²⁹⁰, un bon de cantine²²⁹¹, une fiche téléphone et un euro de communication.

²²⁸⁵ Art D 284 et s du CPP.

²²⁸⁶ Art 57 du CPP.

²²⁸⁷ Une circulaire de 1986 décrit le déroulement de la fouille (cheveux, prothèse dentaire, intégrale).

²²⁸⁸ D.Boullier cité lors du colloque de Reims.

²²⁸⁹ En maison centrale, qui accueille des peines lourdes, cette liste est plus souple à la différence des centres de détention où le règlement est plus strict.

²²⁹⁰ Amélioration de guides des arrivants suite à la labellisation, M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*,p249.

²²⁹¹ A son arrivé il n'aura pas le choix de son menu puisqu'il n'aura pas encore cantiné. Le détenu doit cantiner pour manger et faire en prison ses achats, plus onéreux qu'à l'extérieur. Tarifs de denrées

500. La labélisation a renforcé la traçabilité par un système de livret électronique afin d'assurer un meilleur relais de l'information, que la fiche de liaison papier, entre surveillants, même si cela augmente les contraintes du personnel²²⁹². Le Cahier Electronique de Liaison (CEL) va au-delà de l'observation. Il permet de mieux communiquer entre surveillants grâce à la traçabilité. Ce dispositif optimise la prise en charge du détenu grâce à la capacité de réaction dans la mise en œuvre des aides, pour les indigents notamment. Il améliore le quotidien et donne plus d'humanité au milieu carcéral. Le rapport Cavinet²²⁹³, montre une volonté de créer soit des quartiers soit des cellules d'arrivants pour limiter le choc carcéral. Il souhaite améliorer le confort avec une douche quotidienne plutôt que trois par semaine dans des douches spécifiques aux nouveaux arrivants²²⁹⁴. Quel que soit l'heure d'arrivée il doit bénéficier d'un repas chaud et d'une douche. En pratique, les dispositions du code heurtent la gestion des flux (personnel) avec la gestion de l'urgence (sécurité)²²⁹⁵. L'isolement avec le reste des détenus est géographique en étant à l'écart par rapport au reste de l'établissement. La cour de promenade est aussi séparée des autres. Le personnel présent est spécifiquement formé pour accueillir ce type de détenus. L'objectif est de mettre le détenu à disposition de l'administration pénitentiaire pour observer s'il est dangereux²²⁹⁶ ou suicidaire²²⁹⁷. Cette période d'observation pluridisciplinaire s'achève par un bilan de personnalité puis un Parcours d'Exécution de la Peine (PEP) est élaborée par le chef d'établissement et le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation. L'objectif est de préparer la sortie de prison en favorisant sa réinsertion²²⁹⁸. Le PEP est mis à jour au fur et à mesure de la peine par la commission pluridisciplinaire unique (CPU)²²⁹⁹. La durée d'observation ne peut dépasser trois semaines pour accueillir des informations concernant l'état de

alimentaires du quotidien en 2004 – comparatif des prix entre la Maison d'arrêt de Villepinte et le supermarché Auchan : d'après cette liste, les aliments cantinés en prison coûtent en moyenne 27 % plus cher que dans un supermarché. Par exemple, le pain augmente de 11 % ; le beurre de 29 % ; le sel de 50 % ; le sucre de 18 % ; le riz de 42 % et les pâtes de 39 %, A. Rosenstiehl, P. Sartoux, *Construire l'abolition*, Urbsedition, École d'architecture Paris Malaquais, 2006.

²²⁹² M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p250.

²²⁹³ G. Canivet, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaire, Rapport au garde des Sceaux, Juil 1999.

²²⁹⁴ Les besoins sanitaires du détenu incluent aussi une visite médicale sous 48 heures, R. 57-8-1-1° cPP.

²²⁹⁵ Bigayon, colloque de Reims le 12 décembre 2012.

²²⁹⁶ Les établissements pénitentiaires disposent de grille d'évaluation de la dangerosité similaire à celle de l'évaluation du suicide.

²²⁹⁷ Art D.155 al 1^{er} du CPP.

²²⁹⁸ Art D. 88 du CPP issu du décret n° 2010-1635 du 23 décembre 2010.

²²⁹⁹ Composition de la commission pluridisciplinaire selon l'article D 90 du CPP : « Il est institué auprès du chef de chaque établissement pénitentiaire, pour une durée de cinq ans, une commission pluridisciplinaire unique.

La commission pluridisciplinaire unique est présidée par le chef d'établissement ou son représentant. « Elle comprend en outre : Le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation ; Un responsable du secteur de détention du détenu dont la situation est examinée ; Un représentant du service du travail ; Un représentant du service de la formation professionnelle ; Un représentant du service d'enseignement. Assistent également, avec voix consultative, aux réunions de la commission, sur convocation du chef d'établissement établie en fonction de l'ordre du jour : Le psychologue en charge du parcours d'exécution de la peine ; Un membre du service de la protection judiciaire de la jeunesse ; Un représentant des équipes soignantes de l'unité de consultations et de soins ambulatoires ou du service médico-psychologique régional désigné par l'établissement de santé de rattachement. La liste des membres de la commission pluridisciplinaire unique et des personnes susceptibles d'assister à ces réunions en vertu des trois alinéas précédents est arrêtée par le chef d'établissement.

Les membres de la commission et les personnes entendues par elle sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel dont ils ont connaissance dans le cadre de l'exercice de leurs missions ».

santé²³⁰⁰, la personnalité, et la dangerosité de l'intéressé. Plusieurs entretiens sont prévus avec différents interlocuteurs : conseillers de réinsertion et de probation, directeur d'établissement, infirmière pour véhiculer à l'arrivant le message officiel de la prison et ne pas tomber dans les pièges tendus par les autres détenus. Ce temps est propice pour se libérer des craintes de l'ennui et de la relation avec les autres. Cet accueil conditionne le bon déroulement de la peine. Il est un gage d'efficacité de la peine qui se tourne déjà vers la sortie. La violence est évitée dans les premiers jours de détention grâce au quartier des arrivants.²³⁰¹ Le bilan de l'accueil des détenus, bien que satisfaisant admet des tempéraments. Le choc carcéral n'est en réalité que repoussé jusqu'à l'intégration aux autres détenus dans les quartiers communs. De plus, il est regrettable que l'accueil soit standardisé et non adapté au détenu.

Même si cet accueil repousse le moment du choc carcéral, l'intégration les règles pénitentiaires européennes ont amélioré cette phase cruciale. Dans un élan de communication l'administration pénitentiaire a souhaité matérialiser son implication par un label.

3. La labellisation relative des établissements

501. Une remise en cause profonde des prisons est symbolisée par la mise en place d'une labélisation. Les « 10 % des détenus sont atteints de troubles mentaux graves et la cohabitation périlleuse de ceux-ci avec les autres détenus et le personnel pénitentiaire »²³⁰² est une question complexe à solutionner. *L'emprisonnement est un « système excessif et dangereux ainsi qu'insuffisant »*²³⁰³. Tout d'abord il est excessif parce cette peine rigoureuse confond dans la même répression tous les délits et tous les délinquants²³⁰⁴. Ensuite, « *l'emprisonnement est dangereux parce qu'il rend indifférent pour un malfaiteur d'habitude l'accomplissement d'une légère infraction ou d'un grand crime.* ». Enfin, le système avoue son impuissance et reconnaît être un régime mauvais pour lutter contre la récidive. Le phénomène d'incarcération massive a montré ses limites dans de nombreux pays occidentaux²³⁰⁵ et particulièrement aux États-Unis. Il n'y a pas d'impact positif sur la baisse de la délinquance²³⁰⁶. La détention nuit au travail de réinsertion des délinquants²³⁰⁷. Le taux de récidive est particulièrement important chez les ex détenus d'où l'intérêt de porter les moyens sur leur réinsertion à leur sortie. Dans ce contexte, de meilleures conditions de détention peuvent assurer l'efficacité du milieu

²³⁰⁰ Art D.285 al 4 du CPP.

²³⁰¹ A. Chauvenet et C. Rambourg, De quelques observations sur la mise en œuvre des règles pénitentiaires européennes, ENAP, 2009.

²³⁰² L. Priou-Alibert, « Prison et troubles mentaux: constat alarmant et perspectives d'évolution. Rapport sur la responsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux », *Dalloz actualité* 19 mai 2010.

²³⁰³ *Ibid.*, p105.

²³⁰⁴ *Ibid.*, p105.

²³⁰⁵ En France, le taux de détention a significativement augmenté de 2001 (75,6 détenus pour 100 000habitants) à 2009 (102,9 détenus pour 100 000 habitants), L.Kazemian et T. P. Eebel, réinsertion et sortie de délinquance, in M. Mohammed, dir., *Les sorties de délinquance ..op.cit.* p230.

²³⁰⁶ S.Murana, R.Immarigeon et T. Lebel, Ex offender reintegration : *theory and practice, in after crime and punishment: pathways to offender reintegration, Willan publishing, cullompton*, 2004, p3-26, in *ibid.*, p 230.

²³⁰⁷ Des études ont montré que deux tiers des détenus ont été à nouveau arrêtés, un quart d'entre eux ont été incarcérés dans les années qui ont suivi leur libération dans les années 90 ; voir à ce sujet J.Petersilia, *When prisoners come home : parole and prisoner reentry, Oxford University, New York*, 2003 p 139, in *Ibid.*, p 230.

carcéral pour lutter contre la récidive. La labélisation serait un outil d'accompagnement des établissements²³⁰⁸ De récentes études ont montré que la phase d'accueil du détenu est essentielle dans le parcours de l'exécution de la peine. Les premiers jours de l'incarcération constituent un choc carcéral durant lequel est constaté un pic de suicide, faisant de ce moment une phase déterminante²³⁰⁹.

502. La labélisation a mis en place une harmonisation des REP dans l'ensemble des établissements pénitentiaires français. L'apport principal concerne l'articulation et l'optimisation de la culture de l'information. En 2007 la direction de l'administration pénitentiaire souhaite communiquer sur les règles pénitentiaires européennes énoncées en 2006. Un système de labellisation est instauré pour contrôler l'application des REP mais uniquement en ce qui concerne l'accueil des arrivants. L'administration pénitentiaire a isolé ces règles dans un référentiel pour les confronter à sa pratique. Un manuel des règles européennes et des bonnes pratiques est délivré aux établissements pénitentiaires, dès 2007. Ils sont contrôlés par des organismes extérieurs comme AFNOR et VERITAS qui les labélisent. Il faut compter un cycle de 3ans pour l'obtention du label. Aujourd'hui la plupart sont labélisés ce qui fait de l'accueil des détenus une question d'actualité. Ces deux entreprises privées, sont chargés par la direction de l'administration pénitentiaire de décerner ce label. La méthodologie de contrôle est contestable et l'objectif d'une labellisation de la totalité des établissements pénitentiaires est irréalisable²³¹⁰. Cette opération ne serait qu'un moyen de communication pour retrouver l'estime de la population²³¹¹. Outre les questions relatives à l'indépendance de ces entités²³¹², le déroulement de la certification est discutable. La préparation à la labellisation se déroule sur avis d'un groupe de consultants qui s'avèrent être différents des personnes vérificatrices. La constatation est complexe du fait de la spécificité de l'établissement et des règles particulières qui en découlent alors que l'ensemble des règles pénitentiaires européennes ne sont pas appliquées. De plus le résultat de labellisation est décevant car le référentiel ne concerne que les 8 principaux points d'accord avec les REP sur l'accueil des détenus. « *S'il faut pas négliger l'organisation et l'effort de coordination qu'une telle opération supposait, il était en revanche peu sérieux de revendiquer un label RPE alors même qu'une toute petite partie du chemin était ainsi réalisée* »²³¹³. L'opération de labellisation fait l'objet d'un moratoire en mai 2009 suite au mécontentement des surveillants de prison qui ont dû supporter une surcharge de travail. De plus il est dénoncé l'absence d'indépendance des praticiens membres de la commission de conseil des

²³⁰⁸ Article D85 Décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010 - art. 7

« Sans préjudice de l'application des dispositions prévoyant la mise en œuvre d'activités pendant toute la durée de l'exécution de la peine, les condamnés bénéficient, au cours de la dernière période de l'incarcération, d'une préparation active à leur élargissement conditionnel ou définitif, en particulier sur le plan socioprofessionnel. Cette préparation comprend, le cas échéant, un placement à l'extérieur ou au régime de semi-liberté. Elle est effectuée soit sur place, soit après transfert dans un centre ou un quartier spécialisé. » Article D86 Décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010 - art. 7 « Le régime des centres pour peines aménagées repose sur des actions d'insertion organisées à l'intérieur et à l'extérieur de ces établissements. Le maintien des liens familiaux s'effectuant dans le cadre des permissions de sortir, les personnes détenues dans ces établissements ne bénéficient pas de parloir. »

²³⁰⁹ J. Fromget et C. Gaffuri, *L'accueil des détenus dans les prisons française*, L'Harmattan, 2011.

²³¹⁰ M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p91.

²³¹¹ Ibid. p91.

²³¹² les membres de la commission de praticiens et universitaires donnant leur avis aux organismes chargés de la labellisation avait l'intention de démissionner pour dénoncer le manque d'indépendance.

²³¹³ M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.* p249.

organismes certificateurs²³¹⁴. La labellisation implique un travail de groupe avec la création de la commission pluridisciplinaire unique, ce qui n'est pas dans la nature des différentes professions qui se côtoient ici (psychiatre, médecin, juristes, SPIP). La labélisation permet à chacun de prendre le temps de voir le nouveau détenu en l'espace de quelques jours. Ce temps permet de faire ressortir des problèmes spécifiques à la personne tels que les addictions. Le détenu est plus réceptif un ou deux jours après une garde à vue pour recevoir l'information car le discours des détenus évolue. L'articulation et l'optimisation de la culture de l'information est ainsi efficiente.

503. Si la labélisation du quartier des arrivants est balbutiante est-il trop tôt pour engager un parallélisme des formes avec la phase de la préparation à la sortie de prison ? L'enferment n'a de sens que s'il y a un après prison. Le quartier des sortants permettrait de mettre en œuvre les leviers de la réinsertion (PSEM, semi-liberté, contact avec le médecin traitant, l'employeur, les organismes de logement). Ce sujet est sensible et les acteurs renvoient la responsabilité au législateur. L'immobilisme se heurte à la mauvaise utilisation des moyens. Les exigences de la labélisation doivent-elles se contenter d'être matérialisables et quantifiables ? Ces deux logiques ne doivent pas être antinomiques. Inclure la qualité dans les critères limite la portée uniquement comptable de la labélisation. N'y a-t-il pas suffisamment de moyens et de programmes de formations dans les prisons et à la sortie pour réinsérer le détenu ? Le travail de réinsertion manque de collaboration, de communication et de rationalisation entre les personnels surveillants, agents de probation et les intervenants de tous horizons. L'absence de culture professionnelle commune et le manque de collaboration c'est-à-dire le savoir « travailler ensemble », est une des problématiques au cœur de l'efficacité de la lutte contre la récidive. L'organisation du travail en collaboration est sûrement aussi importante que les moyens²³¹⁵ : transmission du dossier médical à la demande du procureur, attendre 18 mois pour obtenir un rendez-vous chez un psychiatre alors que la date de sortie du détenu est connue à 48 h près. Pourquoi ne pas anticiper l'organisation des besoins à la sortie sachant la date ? La mise en place des dispositions un mois avant la sortie est trop tardive. Le travail de sortie, dès le début de la peine, serait plus bénéfique. Cela ne demande pas plus de moyen mais seulement la volonté d'une organisation différente. Le détenu aurait à l'esprit et mais matériellement les prémices de sa sortie de prison. Ainsi, il se projette dans l'avenir, balayant tout découragement, car il est pris en charge par l'administration qui lui donne les moyens de sa réinsertion. « *La prison en France doit cesser d'être ce qu'elle est : une humiliation pour la Nation et une peine ajoutée à la peine. La prison n'est pas faite pour détruire les êtres humains mais pour préparer les lendemains qui les ramènent dans le corps de notre communauté nationale. Les détenus en font partie, même si on ne les voit pas* »²³¹⁶.

²³¹⁴ Les Inrockuptibles, 19 janv.2011, Les Inrocks REP labellisation.docx in M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p91, note 3.

²³¹⁵ Vicentini, Colloque de Reims : exemple donné de la visite médicale en fin de peine, puisqu'il y a 18 mois d'attente pour obtenir un rendez-vous avec le docteur et que la date de sortie du détenu est connue à 48 heures près, pourquoi ne pas prendre les devants dès l'entrée en prison.

²³¹⁶R. Badinter, 4ème Rencontres parlementaires sur les prisons, 13 décembre 2007 in Rapport : Comment rendre la prison (enfin) utile ?, Institut Montaigne, sept 2008.

C. Le chevauchement des autorités judiciaires et pénitentiaires

- 504.** Les autorités administratives et judiciaires ont des compétences propres même si les deux concourent au bon fonctionnement de la justice (a). Le chevauchement de leur mission a pour conséquence de provoquer le mécontentement du personnel pénitentiaire qui ne peut plus exercer sa mission correctement (b).

a. Des compétences différentes

- 505.** Les acteurs de la mise en œuvre de la réinsertion sont le Service de Probation d'Insertion Pénitentiaire (SPIP), la Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse (DPJJ), le JAP, sans oublier le rôle nouveau de l'avocat. Pourtant, c'est la compétence du magistrat en relation avec les SPIP qui pose le plus de difficulté. Les autorités administratives et pénitentiaires, en contact direct avec les détenus, apprécient leurs caractéristiques et la probabilité de rechute. Les magistrats n'ont ni la capacité ni les moyens d'apprécier leur degré d'incorrigibilité. L'autorité judiciaire et l'autorité administrative se partagent les rôles dans la lutte contre la récidive. Quels sont leurs prérogatives et leurs compétences qui se chevauchent elle au point de préjudicier le bon fonctionnement de la justice ?

Sous la relégation, le pouvoir du juge était partagé avec l'autorité administrative²³¹⁷. La commission de classement des récidivistes octroyaient à l'administration le droit de réviser la condamnation en dispensant le relégué de la peine pour ceux ayant fait preuve d'une bonne conduite²³¹⁸ ou pour cause de maladie²³¹⁹. L'administration pouvait aussi choisir le lieu d'affectation (Guyane, Nouvelle-Calédonie). Elle pouvait prononcer une libération conditionnelle pour ceux qui manifestaient un désir de réinsertion. Son pouvoir arbitraire exorbitant remettait en cause les fondements du droit pénal qui imposait un quantum minimum à exécuter. Face à cette préoccupante question de chevauchement des autorités judiciaires et administratives, La thèse de Bessiere suggère de scinder les rôles. Le tribunal se prononce sur l'incorrigibilité du récidiviste et sa culpabilité alors que l'autorité pénitentiaire, qui a les moyens d'enquêter sur la personnalité du condamné, appréciera dans le cadre d'un reclassement la nature de la peine²³²⁰. « *La liberté individuelle paraît bien garantie par cette procédure, et d'autre part la nécessité d'une double sentence donnerait à la peine prononcée un caractère indiscutable de nécessité et de légitimité* »²³²¹.

L'administration pénitentiaire doit aussi être diligente, notamment lorsqu'un détenu en détention provisoire fait une demande de liberté (déclaration d'appel)²³²². Le manque de diligence peut mettre un terme à la détention provisoire²³²³ si elle n'est pas transmise sans délai²³²⁴ dès la réception fait au greffier. Il pèse sur le service judiciaire et pénitentiaire une obligation de célérité afin que la CHAP examine au plus vite les demandes de remise

²³¹⁷ Art 2 de la loi du 14 août 1885

²³¹⁸ Art 7 du décret du 26 novembre 1885

²³¹⁹ Art 18 de la loi du 27 mai 1885

²³²⁰ G.Bessiere, ...*op.cit.*, p89.

²³²¹ Ibid, p89.

²³²² Art 144 du CPP.

²³²³ Crim. 15 janv. 2013, n°12-87.079, De la nécessaire diligence de l'administration pénitentiaire en cas d'appel d'un mis n examen détenu, *AJ pénal* 2013, p 280, obs. C Girault.

²³²⁴ Art 503 du CPP.

en liberté des personnes mise en examen²³²⁵. Ainsi, la réactivité garantit la présomption d'innocence du mis en examen et le caractère exceptionnel de la détention provisoire²³²⁶.

Le chevauchement des autorités judiciaires et pénitentiaires se constate dans le cadre de procédures qui les mettent en relation. C'est le cas lors de débats contradictoires, de sanctions disciplinaires ou du retrait d'aménagement de peine. Les surveillants interviennent dans la commission d'application des peines qui regroupe le directeur d'établissement ainsi que les avocats et des magistrats. L'article 707 et 712-1 et s. du CPP ainsi que l'article 13 de la loi pénitentiaire de 2009 définissent le rôle du JAP, distinct de celui du SPIP. Le JAP prend les décisions servant de base au suivi telle que la libération, la transformation de peine ferme ou la modification des obligations et des sanctions. Le SPIP évalue et suit au quotidien le détenu. Il réalise les enquêtes et les rapports demandés par la justice et notamment le JAP²³²⁷.

La classification des rôles, des missions et des objectifs de chacun est au cœur de la remise en forme du travail en partenariat²³²⁸ pour une meilleure application de la probation et une lutte efficace contre la récidive²³²⁹.

b Un personnel pénitentiaire en crise

506. Les surveillants pénitentiaires et les agents de probation du SPIP sont des fonctionnaires qui « *maintiennent l'ordre et la discipline, assurent la garde et la surveillance de la population pénale et son associé aux modalités d'exécution de la peine et aux actions préparant la réinsertion des personnes placées sous-main de justice* »²³³⁰. Les surveillants constituent des forces dont l'État dispose pour assurer la sécurité intérieure²³³¹. Leur mission première est la surveillance carcérale et la mise en œuvre des règles disciplinaires. Leur seconde mission est la participation à la réinsertion des détenus²³³². Placés sous l'autorité d'une hiérarchie²³³³, ils font appliquer le règlement intérieur de l'établissement pénitentiaire et les lois, ce qui crée des tensions avec les personnes placées sous-main de justice. Ils sont écrasés entre la hiérarchie et les détenus ce qui crée un grand stress dans la profession²³³⁴. La seconde mission des surveillants consiste à être associé « *aux modalités d'exécution de la peine et aux actions préparant la réinsertion des personnes placées sous-main de justice. Ils participent à l'individualisation de la peine et à la réinsertion des détenus* »²³³⁵. Il s'agit d'une mission clef dans la lutte contre la récidive. Ils côtoient les détenus quotidiennement. Ils ont un rôle d'observateurs et d'informateurs, au-delà de la surveillance (dégradation de l'état d'esprit, relations entre

²³²⁵ Art 194 al 3 du CPP.

²³²⁶ Art 137 du CPP.

²³²⁷ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution...op.cit.*, Chap. 04.

²³²⁸ V. supra Un travail en partenariat.

²³²⁹ M. Herzog Evans, *All Hands On Deck*, remettre le travail en partenariat au centre de la probation, *AJ pénal* 2013, p 139.

²³³⁰ Art. 3 du décret n° 2006-441 du 14 avril 2006 portant statut particulier des corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire.

²³³¹ Art 12 al 1^{er} de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

²³³² P.Mbanzoulou, *La réinsertion des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, l'Harmattan, 2000.

²³³³ Personnel de l'encadrement sous l'autorité du chef d'établissement lui-même soumis au directeur de l'administration pénitentiaire.

²³³⁴ Le suicide des surveillants pénitentiaires est lié au facteur stress qui émane de la profession, étude de l'INSERME, *Le quotidien du médecin*, 14 dec. 2011.

²³³⁵ Art 12 al 2 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

détenus et surveillants, santé). Leur rôle est donc stratégique dans l'aide à la réinsertion et la resocialisation. Cette mission est secondaire²³³⁶, complexe voire, irréalisable en temps de surpopulation carcérale, nonobstant leur rôle crucial à ce stade de l'exécution de la peine. L'administration pénitentiaire à la délicate mission de mettre en balance des intérêts antagonistes par le biais d'hommes recrutés et formés au métier de la surveillance. Les missions de sécurité et de réinsertion ne sont pas équitablement réparties. La surpopulation carcérale et l'augmentation des tâches exercées empêchent matériellement de penser à l'individualisation de la peine et à la réinsertion. L'absence de moyens est-elle l'unique raison de la crise d'identité qui frappe les surveillants pénitentiaires? Leur rôle dans la réinsertion du condamné est-elle une mission impossible? Quels sont les caractéristiques de leurs fonctions qui peuvent être déployées pour intervenir efficacement dans la lutte contre la récidive? La difficulté rencontrée à travers la question de la dualité de la mission des surveillants pénitentiaires s'explique en partie par les qualités particulières pré-requises pour exercer cette profession. Comme le nom l'indique ce sont des surveillants qui surveillent, ils ne sont pas des travailleurs sociaux des SPIP ce qui opère une fracture au sein même de l'administration pénitentiaire.

507. Le malaise qui frappe ponctuellement le personnel pénitentiaire s'explique dans un premier temps par l'absence des qualités humaines pré-requises pour effectuer efficacement cette fonction. La relation avec le détenu est délicate car elle impose des qualités personnelles et humaines de la part des surveillants. « *La participation des surveillants à la réinsertion n'est pas nécessairement à situer dans l'accomplissement de tâches déterminées comme la conception d'un projet de sortie ou l'élaboration de programmes, lesquelles relèvent d'ailleurs plutôt des travailleurs sociaux ; elle réside dans le contact quotidien avec les personnes placées sous-main de justice (dire bonjour en ouvrant la porte, être respectueux et exiger le respect en retour...), Dans le modèle comportemental et humain qu'il aurait donné, dans le langage utilisé, etc...* »²³³⁷. Ils ne doivent pas avoir une attitude arrogante et provocante sous peine de ne pas respecter les règles déontologiques imposées par le métier. Les règles de déontologie sont énoncées ainsi :

« *Indépendamment des défenses résultant de la loi pénale, il est interdit aux agents des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire et aux personnes ayant accès dans la détention :*

- *de se livrer à des actes de violence sur les détenus ;*
- *d'user, à leur égard, soit de dénominations injurieuses, soit de tutoiement, soit de langage grossier ou familier ;*
- *de fumer dans les lieux fermés et couverts affectés à un usage collectif, sous réserve de ceux spécialement aménagés à cet effet ou de boire à l'intérieur de la détention ou d'y paraître en état d'ébriété*
- *d'occuper sans autorisation les détenus pour leur service particulier ;*
- *de recevoir des détenus ou des personnes agissant pour eux aucun don ou avantage quelconque ;*
- *de se charger pour eux d'aucune commission ou d'acheter ou vendre quoi que ce soit pour le compte de ceux-ci*
- *de faciliter ou de tolérer toute transmission de correspondance, tous moyens de communication irrégulière des détenus entre eux ou avec le dehors, ainsi que toutes*

²³³⁶ Le « petit cercle » de la mission de réinsertion est imbriqué dans le « grand cercle » de la sécurité et de l'ordre ; P. Mbanzoulou, *La réinsertion des détenus...op.cit.*, p 144.

²³³⁷ M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire...op.cit.*, p129.

attributions d'objets quelconques hors des conditions et cas strictement prévus par le règlement ;

*- d'agir de façon directe ou indirecte auprès des détenus pour influencer sur leurs moyens de défense et sur le choix de leur défenseur »*²³³⁸

Le comportement des surveillants de prison a fait l'objet de plusieurs études françaises et européennes²³³⁹. En effet, le rôle de socialisation trouve sa source en parti dans le comportement du surveillant indépendamment des moyens matériels. Il doit considérer le condamné comme un être humain. L'étude américaine de Kaufman définit une typologie des surveillants de prison allant du plus angélique au plus démotivé en passant par les psychorigides²³⁴⁰. Le *polynanna*, est le surveillant angélique qui veut faire le bien partout. Le *White hate*, concilie sécurité et resocialisation en considérant que le détenu est une personne humaine. Les *hard esses*, sont psychorigides et s'appuient sur la répression et le non-respect du règlement. Les *functionaries*, font leur travail pour subvenir à leurs besoins, ils se comportent dans l'indifférence avec les détenus. Puis, les *burn out* qui sont démotivés par leur métier. Que ce soit les prisons pour hommes ou pour femmes les surveillants rigides qui légitiment leur autorité sur la base d'une application stricte du règlement²³⁴¹ sont distingués des surveillants expérimentés qui font la part des choses entre la mission de surveillance et de relations basées sur l'humanité.

Une crise d'identité de la profession existe depuis plus d'une dizaine d'années. La profession organisée en syndicat a montré des signes de contestation afin d'obtenir plus de reconnaissance sociale. La profession est dévalorisée par la société civile qui l'associe, au maton, au bourreau acariâtre qui côtoie la misère sociale (violence, injures, maladie) dans des conditions de travail insalubres (saleté, rats) et dont les tâches sont ingrates (fouilles corporelles, gestion des proches des détenus). Leur profession à risque, les pousse à vouloir aligner leurs avantages salariaux et leur pension de retraite sur ceux de la police. En échange leur pouvoir s'est élargi, les responsabilisant davantage dans le cadre du PSE. Leur métier peut attractif, s'est ouvert à l'intervention de professionnels extérieurs, ce qui est perçu comme une menace qui les dépossède de certaines missions (formation et enseignement). Pourtant, leurs tâches se sont diversifiées sans faire concurrence à ces intervenants (accueil des arrivants, préparation de la labellisation, encadrement sportif, extraction de détenus, participation à la commission de discipline).

508. Le recrutement des surveillants, par voie de concours, n'est pas le meilleur moyen pour mesurer et vérifier les qualités personnelles et humaines. Ce sont des prérequis

²³³⁸ Art. D. 220 du code de procédure pénale repris dans le décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire, issu de l'article 11 al 2 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

²³³⁹ Etude française de G. Benguigui, F. Guilbaud, G. Malochet, La socialisation professionnelle des surveillants de l'administration pénitentiaire. Une perspective longitudinale et quantitative, Rapport pour la mission de recherche droite et justice Paris, 2008 ; étude anglaise, A. Liebling, The prison officer, Cullompton, 2011.

²³⁴⁰ Kaufman, Prison officers and their world, Harvard, university press, 1988; in M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire... op.cit.* p129.

²³⁴¹ Dans les prisons de femmes, sont distinguées les surveillantes institutionnelles qui exercent leur métier dans les règles de l'art, et les missionnaires qui s'apparentent à des infirmières de l'âme privilégiant un rapport humain basé sur l'empathie ; C. Rostaing, Prison de femme. Les échanges et les marges de manœuvre dans une institution contraignante, EHESS, 1994, in M. M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire... op.cit.* p129.

indispensables pour exécuter efficacement leur mission d'agent pénitentiaire. Les motivations de l'entrée dans la profession s'éloignent du désir de comprendre le condamné pour l'aider à se réinsérer (personnels surdiplômés, choc des générations, stabilité de l'emploi, uniforme)²³⁴². C'est plutôt la fermeté que l'apathie qui domine le projet professionnel. Cependant, la notion de contrôle et de surveillance est d'abord une manière d'éduquer le condamné au respect des règles de vie, au règlement intérieur, au respect des autres détenus et du personnel. Cela permet aussi d'inculquer un rythme de vie avec des horaires fixes pour les repas, le coucher, la promenade, le parloir et la douche. La création d'un surveillant contrôleur et d'un surveillant éducateur propre à chaque mission est-elle la solution alors qu'il existe déjà des travailleurs sociaux dans les services pénitentiaires d'insertion et de probation, en milieu libre ? La dualité de la mission doit-elle être réintégrée dans le corps des surveillants ? Surveiller et resocialiser ne sont pas des missions inconciliables pour l'administration pénitentiaire qui redistribue les missions aux surveillants et d'autre part aux travailleurs sociaux des SPIP. Cette séparation des missions est matérialisée par deux services distincts ce qui prouve que le surveillant ne peut pas surveiller, contrôler et en temps éduqués et aider à la réinsertion. Pourtant le surveillant-éducateur serait préférable et adoucirait une mission militarisée²³⁴³ et qui américanise la pénologie²³⁴⁴.

509. Les SPIP n'ont plus les moyens d'assurer leurs missions en raison de l'augmentation des affaires et des enquêtes qu'ils doivent mener. Il n'est plus rare que les dates d'audience d'aménagement de peines comme la libération conditionnelle, soient reportées jusqu'à six mois²³⁴⁵. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a déchargé le JAP, devenu « *juge de l'incident* »²³⁴⁶, en transférant, à l'administration pénitentiaire, l'aménagement des peines inférieures ou égales à cinq ans ce qui a eu pour conséquence l'augmentation des sorties sèches. L'aménagement des peines est, certes simplifiée par l'engagement des SPIP, mais au détriment de la préparation à la sortie consistant en « *la projection de l'intéressé lui-même dans son projet et, en aval, du suivi* »²³⁴⁷. Le stress des surveillants et des agents de probation est dénoncé depuis quelques années, en raison de leur statut de bouc émissaire au même titre que le JAP responsable de la liberté d'un récidiviste. Les modifications institutionnelles se répercutent sur le relationnel entre les différents services. Il se crée alors une sorte de disjonction avec les agents de probation et les travailleurs sociaux au même titre que dans d'autre pays (Royaume-Uni)²³⁴⁸. Les méthodes changent ce qui modifie la profession, alors qu'il y a en même temps un abandon, en France, du travail social qui ne figure plus dans le CPP sans oublier de rajouter la déjuridictionnalisation de l'exécution des peines²³⁴⁹. Une étude américaine a découvert « *des traumatismes secondaires* »²³⁵⁰ présents chez les agents de probation américains, directement impliqués dans le traitement et le suivi des délinquants sexuels

²³⁴² M. M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire... op.cit.* p131.

²³⁴³ Création des ERIS

²³⁴⁴ M. M.Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire, op.cit.* p131.

²³⁴⁵ CA Versailles, 18 mars 2010, n°09/04433, M.Herzog-Evans, Libération conditionnelle, libération conditionnelle parentale, État de récidive et charge de travail des SPIP, *AJ pénal* 2011, p 42.

²³⁴⁶ *Ibid.*, p43.

²³⁴⁷ M.Herzog-Evans, Libération conditionnelle, libération conditionnelle parentale, État de récidive et charge de travail des SPIP, *AJ pénal* 2011, p 42.

²³⁴⁸ M. Herzog-Evans, « Le stress professionnel dans l'exécution des peines », *D.* 2013, p 1310

²³⁴⁹ M. Herzog-Evans, « Les décrets de la partie application des peines de la loi pénitentiaire : déjuridictionnalisation forcenée et maquis processuel », *AJ pénal*, 2011, p 160

²³⁵⁰ M. Herzog-Evans, « Le stress professionnel dans l'exécution des peines », *D.* 2013, p 1310

(signes physiques : insomnies et maux de ventre). Dans leur vie privée ils sont anxieux et surprotecteurs avec leurs enfants. Ceux qui n'arrivent pas à mobiliser suffisamment de ressources personnelles pour se détacher des pensées et des actes des délinquants démissionnent. Il existe une grande nécessité et utilité à trouver des méthodes de soutien des agents de probation et des surveillants. C'est toute une discipline de la mise en œuvre de la science pénitentiaire qu'il faut repenser, encadrer et professionnaliser autrement.

II. Une mise à exécution complexe

510. La mise à exécution des condamnations est le talon d'Achille de la justice. Le service de l'exécution des décisions de justice est la seule unité de police qui a cet objectif. Sa mission concerne spécialement les peines de prison ferme. Son champ territorial ne recouvre que la région parisienne. Ses moyens ont été renforcés le 23 juin 2011 par la création de la brigade d'exécution des décisions de justice²³⁵¹. Ces agents de police recherchent, localisent et interpellent efficacement les fugitifs qui n'ont pas comparu à leur audience ou qui ont été condamné à une peine de prison ferme, ainsi que les condamnés à être répertoriés dans les fichiers FNAEG ou FIJAIS et qui refusent les prélèvements biologiques. Un quart d'entre eux sont directement incarcérés après avoir été conduit devant le procureur de la République qui leur rappelle et leur explique leur condamnation²³⁵². Ils suivent les personnes sous contrôle judiciaire, les témoins puis les jurés défaillants. Ils sont aussi habilités à réaliser les enquêtes sur requête du JAP pour les demandes de libérations conditionnelles. Le taux d'exécution des peines²³⁵³ est devenu une priorité depuis la création du bureau d'exécution des peines (BEX). Le procureur veille à la pédagogie de la peine dans un bureau au sein du tribunal qui accueille le condamné pour lui expliquer les tenants et les aboutissants de la peine²³⁵⁴. Le premier rapport en 2003 du député L. Warsmann pointe du doigt l'état catastrophique de l'exécution des peines. Peu de professionnels s'intéressent à cette matière. Dans les années 2000, les avocats se détournent encore de la suite du jugement et savoir comment la peine allait être exécutée importait peu. L'exécution des peines n'était pas juridictionnalisée. Depuis, le JAP est devenu le pivot, mettant fin à son rôle jusque-là obscur. En effet, l'Etat a beaucoup investi dans la rénovation des prisons, après une vague de suicides. Malgré ce sursaut de moyen attribué à l'exécution des peines, les SPIP, au cœur de la lutte contre la récidive, ont été oubliés et les rouages semblent toujours grippés. L'inefficacité de la sanction pénale provient en partie d'une inexécution de celle-ci, justifiant la création d'un bureau d'exécution (A). La mise en œuvre chaotique de l'aménagement des peines révèle que cette phase fait l'objet d'une focalisation irréaliste (B).

²³⁵¹ La brigade d'exécution des décisions de justice BEDJ, www.prefecturedepolice.interieur.gouv.fr/Nous-connaître/Services-et-missions/Missions-de-police/La-direction-regionale-de-la-police-judiciaire/

²³⁵² Exemple : jeune condamné à 15 mois de prison ne s'étant pas présenté à l'audience. Une mère condamnée à plusieurs mois de prisons pour non présentation d'enfant, Emission « Sept à huit » présentée par Harry Roselmack sur la BEDJ, le 4 mai 2014 à 19h sur TF1.

²³⁵³ M. Herzog-Evans, *Droit de l'exécution...op.cit.*, p 118,

²³⁵⁴ J-P. Vicentini, procureur, allocution issue du Colloque de Reims, Efficacité de l'exécution des peines, 11 décembre 2012

A. Les objectifs du bureau d'exécution des peines

511. Le BEX, créée par le décret du 13 décembre 2004, délivre au justiciable les informations nécessaires relative à la mise à l'exécution de la sanction pénale prononcée.²³⁵⁵ Il s'agit d'un moyen de communication et de collaboration entre le service de la justice et le justiciable. Le BEX a fait l'objet d'une expérimentation à Bordeaux, Nantes, Rouen, Brest et Orléans. Il est aujourd'hui présent dans la majorité des tribunaux. Il est décliné pour les mineurs dans les juridictions de Cambrai, Bobigny Melun et Senlis. Un éducateur de la PJJ doit être présent. Le secrétariat du greffe est chargé d'apurer le passif de la peine ont encore l'exécution et les greffiers s'occupent de la base de l'avenir. Il recouvre rapidement les amendes, et l'émission efficace. Immédiatement à l'issue de l'audience il est un lieu d'information autant pour le condamné et la victime. Il se substitue à la convocation²³⁵⁶ dans ce contexte et suite aux recommandations du rapport Warsmann et de la loi du 9 mars 2004 à fin d'augmenter le taux d'exécution des peines il influence la prise de décision d'exécution provisoire. Le BEX favorise considérablement l'exécution rapide et efficace de la sentence²³⁵⁷. Les BEP obligatoires depuis 6 ans sont créés pour raccourcir le délai entre la décision et l'exécution des peines. Un premier bilan révèle que l'exécution des peines est, certes plus effective mais l'impact sur la récidive est mitigé en raison des problèmes d'implantation du BEX dans les tribunaux²³⁵⁸.

512. Le BEX a trois objectifs²³⁵⁹. Il délivre une information immédiate, après l'audience, sur la peine et ses conséquences. Il fait preuve d'une pédagogie de la sanction avec les risques de réitération qui incombent. Les trois quarts des condamnés sont satisfait de cette mission importante surtout en correctionnel. Il les reçoit, dans un lieu à part de la salle d'audience pour plus de solennité et de confidentialité. La mission du BEX consiste à accélérer la mise à l'exécution de la peine. C'est la première étape dans l'exécution des peines. Les trois quarts des professionnels estiment que cette mission est remplie²³⁶⁰. Cependant, dans la typologie des peines, certaines sont plus faciles à mettre en œuvre comme les amendes. Le BEP s'adresse aussi aux victimes. Dans cette mission le BEX est moins performant. Une circulaire du 19 septembre 2012 prévoit une coordination entre le bureau d'aide aux victimes et le BEX. Le greffe de l'exécution des peines pourraient être davantage sollicité, voire fusionner avec le BEX pour optimiser son fonctionnement. Au lieu d'avoir deux bureaux distincts, la mutualisation des moyens élargirait leur disponibilité avec des horaires plus larges. Les professionnels des SPIP et PJJ pourraient aussi y participer. L'intérêt du BEX est la réception le jour même des condamnés. Contrairement au greffe qui convoque devant le SPIP, selon un certain délai de 30 à 45 jours. Laissant suffisamment de temps pour oublier la portée des actes et de la sentence.

²³⁵⁵ D.48-1 et 48-2 -3 du CPP.

²³⁵⁶ Art 474 du CPP.

²³⁵⁷ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution...op.cit.*,p 120

²³⁵⁸ Premier bilan de l'application des BEX : Etude sur la prison : 600000 peines prononcées par an = 125 000 peines d'emprisonnement. 127 000 peines d'emprisonnement sont en attente d'exécution selon une étude en 2009 de l'inspection des services judiciaires alors qu'il n'y a que 57000 places. Il est urgent quelque soit le mode d'exécution. Car y des écroués non hébergé. il est important de retrouver une efficacité dans le système.

Une circulaire en fev et sep 2001 prévoit de nouvelles procédures. Seuls 12 CA sur 23 ont un Bex car il ne s'adapte pas facilement à leur fonctionnement. 80 des TGI en ont un soit 155 sur 164. 35% pour les juridictions des mineurs, ce qui est peu.

²³⁵⁹ J-P. Vicentini, Procureur, allocution issue du Colloque de Reims sur l'efficacité de l'exécution des peines, 11 décembre 2012.

²³⁶⁰ Dernier rapport de politique pénale de la direction des affaires criminelles et des grâces

Le périmètre du BEX doit être élargi aux différents types d'audiences correctionnelles dont les collégiales. Ce sont les plus sensibles et les plus complexes car elles traitent de condamnés dangereux qui échappent à son information. Or, celui qui ne comprend pas ou n'accepte pas sa peine ne peut pas s'amender et se réinsérer. En effet, punir consiste en partie à dire et à expliquer la portée rétributive et dissuasive de la sanction. Le BEX est donc une plus-value qui s'adapte aux heures d'audience. Il manque encore un outil de suivi pour compléter son action, vérifier son efficacité (délais de mise à exécution) et adapter ses moyens. Il n'existe pas de chiffre sur les délais moyen nationaux de mise à exécution des peines. L'envoi des juridictions de l'extrait de la condamnation au casier judiciaire à Nantes eut mettre 4 à 5 mois et ne veut pas dire que la peine est exécutée.

513.Après une étude de l'inspection générale des services judiciaires, il est relevé que des progrès doivent améliorer la rapidité. Une circulaire du 1^{er} février 2011 pour lutter contre la récidive et la multi- répétition, préconise que l'exécution rapide doit être vérifiée par les procureurs. Dans une logique de lutte contre la récidive, il faut une intervention rapide de l'exécution pour ne pas rester dans l'impunité. Une circulaire du 2 novembre 2011 améliore la recherche des personnes condamnées à de la prison ferme et incite le parquet à mettre en place un outil de suivi des extraits à mettre à exécution. Elle préconise trois pistes de travail. Il est rappelé au service de l'exécution des peines de la nécessité de vérifier l'adresse du condamné. Plus le temps passe et plus il existe un risque de changement d'adresse. La centralisation de l'ensemble des extraits des peines fermes doit être mise entre les mains du directeur départemental de la sécurité (DDSP) ou du commandant du groupement de gendarmerie qui crée un tableau pour faciliter l'exécution. Ils donnent les informations et l'ordre pour que les extraits soient exécutés dans un délai de 2 mois. Ils tiennent informé le Procureur de l'exécution ou du problème rencontré. Le point d'entrée unique a pour but de faciliter l'exécution des extraits. Si la personne n'est pas découverte elle est inscrite au fichier des personnes recherchées. Pour que le système fonctionne et soit opérationnel pour les établissements pénitentiaires, il faut que le DDSP et la Gendarmerie veille à ce qu'ils soient régulièrement mis à exécution malgré le manque de places en prison. L'exécution ne signifie pas qu'il y a une incarcération immédiate. Des condamnés sous écrou ont pu bénéficier d'un aménagement de peine. 72% des placements sont sous PSEM, 18 % en semi-liberté et 10% en placement extérieur. « *Au 1er avril dernier, 68.859 personnes étaient incarcérées en France. 461 personnes étaient par ailleurs placées sous surveillance électronique de fin de peine, selon des statistiques de la direction de l'administration pénitentiaire* »²³⁶¹. Pourtant, il faut souligner que le PSEM peut être un échec pour certaines personnes qui ne supportent pas d'être enfermées dehors car elles sont tentées par la liberté. D'autres, sont hébergés par leur femme et ne peuvent gérer des conflits au sein du couple ce qui occasionne de nouvelles violences et un échec du dispositif²³⁶². La circulaire du 19 sept 2012 prévoit qu'au-delà d'un délai d'un an sans mise à exécution de la peine, alors que le condamné ne s'est pas présenté devant le procureur lors d'une convocation, ou lorsqu'un rejet d'aménagement de peine est rendu, il faudra évaluer avant toute mise à exécution l'opportunité de saisir à nouveau le JAP²³⁶³. Une brigade nationale de recherche des fugitifs est créée pour mettre en application les mandats de justice et mandats de recherche pour les condamnés à une peine privative de liberté sans sursis et les évadés, pour les peines inférieures ou égales à un an, ceux inscrits au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes et des auteurs d'infractions sexuelles ou

²³⁶¹ Il coupe son bracelet électronique pour retourner en prison, Le Nouvel Observateur le 6 mai 2014.

²³⁶² Ibid.

²³⁶³ Art. 723-15 du CPP

violentes²³⁶⁴. Il est mis en place un contrôle des extraits du parquet adressés au service des enquêteurs. Des expériences ont déjà harmonisé des outils de traçabilité des extraits, un guide de méthodologie sur l'exécution et l'aménagement des peines ainsi que des tableaux d'alertes quant aux délais de prescription pour relancer les DDSP et les commandants de gendarmerie. Ce tableau donne une visibilité des extraits pour le directeur des établissements pénitentiaires.

Il serait utile que le magistrat du parquet général chargé de l'exécution reçoive ces tableaux pour effectuer un véritable contrôle et harmoniser les bonnes pratiques au niveau des Cours d'appel. De plus il serait pertinent de coordonner les relations entre les JAP et les SPIP pour ce même type de suivi dans le cadre des TIG et des SME, dont l'exécution rapide est un gage aussi un gage de prévention de la récidive. Il est regrettable qu'il n'y ait pas d'outil global permettant au procureur de suivre la mise à exécution de ces peines. Ce travail chronophage et les problèmes techniques relativisent la rapidité de l'exécution. Le service d'exécution des peines est souvent surchargé. Le condamné qui a une obligation de soin doit souvent attendre plusieurs mois d'attente pour obtenir un rendez-vous au centre médico-psychologique, pouvant atteindre 18 mois dans certains départements.

B. Une focalisation irréaliste de l'aménagement de peines

514. Certains aménagements de peine comme la liberté conditionnelle ou le PSEM ont la réputation d'être des instruments efficaces contre la récidive. Or, cette focalisation est irréaliste en raison de leur impact modéré voire contre-productif.

Les aléas politiques ont pour conséquence de se focaliser, accessoirement, sur les aménagements de peines²³⁶⁵, à côté des réformes maitresses comme les peines planchers ou la rétention de sûreté. C'est le pendent paradoxale de la répression. Quel que soit les moyens accordés, l'aménagement est l'arme qui apaise les détracteurs. Il n'existe pas, en France, de pensée institutionnelle sur l'aménagement de la peine. En Angleterre, Tony Blair a agi comme un visionnaire en introduisant de la criminologie appliquée dans la probation et le travail collaboratif. Le rapport Imbourg et la conférence de consensus, dénonçaient l'automatisme des peines planchers mais revendiquaient une libération conditionnelle automatique comme étant la panacée des aménagements. Pourtant la pratique montre une diminution de la liberté conditionnelle en raison du PSE. En effet, aucuns travaux n'ont pu constater les effets bénéfiques sur la récidive de la libération conditionnelle²³⁶⁶. Ils se basent sur des libérations conditionnelles discrétionnaires, appréciées au cas par cas, avec une comparaison de cohorte sous libération conditionnelle et une autre sans. Si elles ont de meilleur résultat cela ne montre pas que ça marche. Préalablement, les magistrats ont déjà opéré une sélection quant à l'application d'une libération conditionnelle. D'autres analyses s'intéressent au capital social, c'est-à-dire à ceux qui investissent le plus dans leur projet. L'autodétermination est essentielle à la prévention de la récidive. Une interprétation erronée de la recherche ne permet pas de démontrer que cet aménagement soit efficace.

²³⁶⁴ Art. 74-2 du CP modifié par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

²³⁶⁵ M.Herzog-Evans, Colloque, *Le droit de l'exécution des peines: espoirs ou désillusions?* Fichier audio <http://herzog-evans.com>, 23 mai 2013, Nice.

²³⁶⁶ Etude de Tournier et Kelsey, in M.Herzog-Evans, « Nouveaux enjeux... » *chron.préc.* p 180

Le bracelet électronique ou PSEM fait concurrence à la libération conditionnelle. Il est impopulaire dans l'opinion publique et contre-productif dans la recherche d'électorat. Il est automatique pour les peines de trois ans. Les faits divers mettant en lumière l'échec du bracelet électronique sert de récupération politique. L'autodétermination et les efforts de désistance sont indépendants de ces instruments. Ils sont inefficaces sans accompagnement et méthodes de suivis. Ces aménagements qui s'appliquaient de manière artisanale se sont industrialisés conduisant à leur échec²³⁶⁷. En effet, le PSEM est devenu une mesure à taille unique. Les enquêtes de fiabilité et les visites à domicile sont supprimées sans tenir compte de risques surtout pour ceux qui présentent des addictions. L'interdiction de fréquenter les débits de boissons²³⁶⁸ avec un PSEM ne l'empêchera pas de boire chez lui et d'alimenter la violence intrafamiliale. Le PSE n'est donc pas efficace pour lutter contre la violence et l'impulsivité. Le condamné est abandonné à ses problèmes sans suivi, d'où l'intérêt d'une culture professionnelle du JAP tournée vers la vérification de la mise en œuvre des aménagements.

L'efficacité du PSEM est limitée²³⁶⁹ en raison de l'absence de connaissance du travail effectué par chacun. Les condamnés sont convoqués. La rédaction de la décision est motivée. Pourtant, les spécificités ne sont pas étudiées. Les horaires de sorties peuvent varier selon les marées. Un soit transmis ne suffit pas. La plupart des magistrats agissent ainsi car ils n'ont pas le temps. La logique de l'application des peines nécessite une motivation dans la gestion des flux et les ratios. Quelque fois il faut livrer bataille avec son propre service et le pouvoir du greffe qui refuse de signer des jugements prorogée donnés trop tard. La méthode de gestion du LEAN (application des méthodes appliquées aux usines Ford) utilise des trames identiques mais que d'autres veulent personnaliser sans respecter les positions communes de service. Le certificat médical est indispensable au JAP pour motiver et préciser les modalités de l'ordonnance d'affectation pour un TIG. Selon la position de service, il ne doit plus être demandé. Le JAP précise que la décision a été prise sans certificat n'ait été transmis par le SPIP. De plus les enquêtes de fiabilité technique du PSEM sont relativisées. Dans les maisons du nord de la France, en milieu rural, les murs sont si épais que le signal du GPS ne passe pas. Il faut donc faire des autorisations de sorties. Les études de fiabilité du bracelet prennent fin en 2009. Alors que art 712-16 du CPP donne au JAP tout pouvoir d'instruction. La massification du bracelet provient de l'aménagement des peines inférieures à deux ans sauf mandat de dépôt et état de récidive²³⁷⁰. Ce mouvement ne donne plus les moyens aux agents du SPIP de se déplacer au domicile pour paramétrer le dispositif (distance jusqu'à la boîte aux lettres, promenade du chien). Et puis le trafiquant de drogue peut continuer son commerce s'il reste dans son domicile. En général, le PSEM n'est supporté que six mois en raison des obligations qui s'y rattachent (consultation du psychiatre ou psychologue) et la promiscuité familiale qui conduit quelque fois à la modification urgente du domicile par le JAP dans un autre ressort en cas de rupture conjugale. La conséquence est le traitement à la chaîne des affaires avec une réponse standardisées : une peine de moins de six mois se transforme en sursis avec un TIG.

L'information ne circule pas. Pour le bon fonctionnement de l'aménagement des peines, il est indispensable que le JAP ait une culture professionnelle du suivi. Il est le juge des

²³⁶⁷ Art. 723-15 du CPP.

²³⁶⁸ Art. 132-45 du CP.

²³⁶⁹ G. KOSKAS, Juge de l'application des peines à Bobigny, issu du Colloque de Reims, Efficacité de l'exécution des peines, 11 décembre 2012

²³⁷⁰ Art 723-15 du CPP

droits de l'homme et du détail. Il vérifie que les enquêtes du SPIP soient effectuées. Le JAP a besoin de justificatifs conformes (logement, emploi) dans son dossier pour mener équitablement les débats contradictoires lors de l'audience d'aménagement des peines. Des certificats de complaisance ou des faux alimentent régulièrement un trafic de fausses promesses d'embauche ou d'entreprises fictives qu'il faut démasquer d'où l'intérêt d'interagir avec l'avocat pour limiter ce risque. Les JAP sont donc les juges du détail et de la précision ce qui ralentit le travail des SPIP et créer des tensions entre les autorités judiciaires et pénitentiaires.

Conclusion du Chapitre I

515. Les instruments de lutte contre la récidive sont suffisamment nombreux pour répondre aux problématiques particulières des condamnés et prévenir la récidive. En revanche, leur mise en œuvre démontre les lacunes dans du traitement pénal de la récidive. L'incorrigible est jugé en comparution immédiate et le dangereux est expertisé pour justifier une sentence plus sévère. A ce régime dérogatoire sur le fond et la forme s'ajoute une mise en œuvre chaotique. La peine ne peut être comprise et appliquée si les instruments de mise en œuvre ne sont pas fonctionnels. Le message pédagogique et dissuasif est inexistant dès lors que la peine n'est pas purgée. Si elle est mal exécutée, parce que trop sévère, ou injustement acceptée après une comparution immédiate, ou encore subie en prison, la réponse pénale est inefficace et ne peut empêcher la récidive.

La France bénéficie de suffisamment de moyens pour appliquer ces instruments. S'interroger sur la façon dont les services travaillent et communiquent, permet de comprendre les failles de la mise en œuvre de l'exécution des peines. En effet, l'élimination de la collaboration entre les acteurs de la probation a fait l'objet d'un choix institutionnel. Dans un contexte de simplification des procédures d'aménagement des peines²³⁷¹ et depuis la circulaire du 19 mars 2008²³⁷², une véritable politique de la probation se met en place au sein de l'administration pénitentiaire. La répartition des compétences entre le JAP et le SPIP est redéfinie au détriment des premiers²³⁷³. Il s'amorce une distorsion de la pratique professionnelle du JAP en intégrant de la criminologie et un éloignement culturel pour un changement identitaire de cette fonction. La compétence du JAP en matière de prononcé d'aménagements de peines est transférée vers les SPIP²³⁷⁴, soit une déclaration de guerre. Il perd son autorité en ne pouvant exiger, que ponctuellement, au près des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (CEPIP) ou agents de probation, un rapport semestriel, autrefois automatique²³⁷⁵. Le JAP ne donne plus d'orientations individuels (fréquence des entretiens) mais seulement

²³⁷¹ Annexe 11 : Tableau synthétique des procédures d'aménagement des peines privatives de liberté et sanctions

²³⁷² NOR : JUSK084001C

²³⁷³ Rejet par le CE de la requête en annulation du décret n° 2011-1876 du 14 décembre 2011.

²³⁷⁴ CE 13 fév. 2013, n°356852, « L'administration pénitentiaire peut déterminer les compétences respectives des SPIP et des JAP », M. Herzog-Evans, *AJ pénal* 2013, p 230.

²³⁷⁵ Art D. 575 du CPP.

générales. Le personnel du SPIP agit sur mandat judiciaire du JAP pour contrôler et orienter les modalités du suivi des affaires²³⁷⁶. Cette réforme met un coup de canif dans la relation entre le JAP et le SPIP. Il oppose deux professions qui ont l'objectif commun de lutter contre la récidive. *« Il est désormais urgent de créer au sein même du ministère de la justice une direction autonome de la probation, qui permettrait de favoriser la coopération et de mettre un terme aux questions de territoire afin d'avancer véritablement dans le traitement commun des difficultés, qui sont similaires de part et d'autres, soit le suivi efficace des condamnés et la prévention de la récidive »*²³⁷⁷.

²³⁷⁶ Art. 712-1 du CPP et Art 13 de la loi pénitentiaire de 2009.

²³⁷⁷ M. Herzog-Evans « L'administration pénitentiaire ... » *chron.préc.*, p 230.

CHAPITRE II :

DES INSTRUMENTS NOUVEAUX

516. Les limites de la prison laissent le champ libre à l'innovation d'autres formes de sanctions pénales. Les Etats qui prônent la sévérité carcérale, comme les Etats-Unis²³⁷⁸, semblent prendre conscience de la honte que suscite l'inefficacité de leurs prisons contre la criminalité. Le taux d'incarcération en France qui est de 1/1000 ce qui la place dans la moyenne par rapport au pays européens. En référence, les Etats Unis ont un taux de 7/1000. Elle est donc loin d'être un pays laxiste²³⁷⁹. Depuis les années 90 les Etats unis ont réussi à faire baisser la criminalité au prix d'une politique d'incarcération très couteuse²³⁸⁰. Pourtant, il n'existe pas de lien entre la sévérité carcérale et la baisse de la récidive. En revanche, de nouvelles méthodes viennent bousculer les théories rétributive et utilitaire de la peine. Des pays avant-gardistes, tentent de trouver des solutions en dehors du champ pénal, au sein même de la société²³⁸¹. Les peines rétributive se heurtent aux droits de l'homme. Pourtant, les procédures pénales qui préjugent les plus fragiles traduit l'hypocrisie d'une société qui ne sait toujours pas comme elle veut punir et surtout si elle veut pardonner. Les fondements, l'application et la mise en œuvre d'un régime dérogatoire contre les récidivistes pour prévenir la récidive n'a fait qu'alimenter ce phénomène. Le droit pénal ne peut plus garantir le niveau de protection exigé par la société. Si l'Etat n'est pas en mesure de garantir au condamné et à la société la réinsertion de celui-ci, alors l'externalisation de la sanction hors le champ pénal est inévitable pour préserver les droits de l'homme et prévenir la récidive. Quel est l'avenir des paradigmes qui guident les instruments pénaux dans la lutte contre la récidive ? Quelles formes et caractéristiques sont-ils amenés à prendre dans la justice du XXI ème siècle ?

L'abandon de la délinquance est le résultat d'un processus de désistance, 'est à dire de sortie de délinquance²³⁸². Le renforcement positif par l'absorption de modèles de bonnes conduites, grâce à l'accompagnement actif de partenaires extérieurs permet de responsabiliser le récidiviste. La loi de 2015 intègre cette nouvelle philosophie dans le système probatoire dans le but d'identifier les risques, les besoins et la réceptivité du délinquant face changement. Elle bouleverse les paradigmes pénaux en faisant de sa

²³⁷⁸ M.Haravon, « Tolérance zéro: où est le tout carcéral en Angleterre et aux Etats-Unis ? », *D.*2013, p 2235.

²³⁷⁹ *Ibid*, p 18

²³⁸⁰ R. Galbiati, *Rapports, Délinquance...op.cit.* p 24.

²³⁸¹ B. Keller, *American on probation*, *New-York Times*, 26 janv. 2014.

²³⁸² B. Vanghan, Subjectivité, récit et abandon de la délinquance, *in Les sorties de délinquance*, dir. M. Mohammed La Découverte 2012, p 89 et s.

responsabilisant un intérêt supérieur à celui de la privation de liberté. Le paradigme de la désistance et de la responsabilisation fonde non plus une justice préventive ou rétributive mais restaurative qui répare le méfait d'un point de vue de l'auteur et de la victime. La France hésite encore entre des méthodes de réinsertion sous forme de peine ou de suivi post-sentenciel. La frontière est mince mais, dans les deux cas, cela implique d'engager des moyens humains et matériels qui font défaut à la volonté politique de prévenir la récidive. La dernière réforme pénale tente une approche probatoire de la peine afin de mettre sous le même terme sémantique l'ensemble des mesures d'aménagement de peine. La probation s'annonce comme une peine particulière qui a l'ambition de vouloir supplanter la peine privative de liberté. (**Section 1**). Pour aller plus loin dans la responsabilisation et le processus de désistance, la justice restaurative est ponctuellement, une réponse post-sentencielle qui aide à la reconstruction des auteurs et des victimes. Cette solution extra pénale a récemment été codifiée par la loi du 15 août 2014 sous l'appellation justice restaurative complétant ainsi les lacunes de la lutte contre la récidive (**Section 2**).

Section 1. Une peine de probation

- 517.** La probation n'a pas la même signification selon les pays. En France elle est depuis la loi de 2014 consacrée autant que telle sous la formulation de contrainte pénale²³⁸³. D'inspiration anglo-saxonne (**I**) elle constitue un enjeu important dans la surveillance surtout post-sentencielle depuis la dernière réforme pénale (**II**). Pourtant, elle est déjà appliquée ponctuellement dans certains TGI qui adaptent, selon leur localité, un suivi renforcé des condamnés qui présentent un risque de récidive modéré (**III**).

I. Une probation d'inspiration anglaise

- 518.** Au royaume Uni, la probation permet d'évaluer scientifiquement l'efficacité du suivi des condamnés à travers des expériences ponctuelles et locales de programmes (**A**). La probation se fonde sur la théorie de la désistance (**B**) dont la mise en œuvre s'effectue en partenariat avec des acteurs de la société civile (**C**).

A. Des programmes ponctuels

- 519.** Contrairement à la France, les pays anglo-saxons utilisent des outils scientifiques pour évaluer l'impact des instruments spécifiquement créés pour lutter contre la récidive. Il existe de nombreuses différences dans le traitement de la récidive d'un pays à l'autre. L'expérience des *Citizenship program*²³⁸⁴ consiste à, ponctuellement, appliquer une méthode à travers un processus pour tenter de rediscipliner les récidivistes et surtout les jeunes délinquants. Des études scientifiques internationales ont prouvé l'efficacité de la méthode anglaise utilisée dans la probation²³⁸⁵. Elle reste à être reconnue universellement. Ainsi, dans la perspective d'une propagation de celle-ci, l'étude du modèle anglo-saxon est pertinente depuis que la France tente d'institutionnaliser la probation. Les programmes sont évalués scientifiquement (a) pour adapter des méthodes de mise en

²³⁸³ V. *infra*. Une liberté sous contrainte

²³⁸⁴ C. McDougall, Colloque de Reims sur « l'efficacité de l'exécution des peines », 11 décembre 2012.

²³⁸⁵ Ibid.

œuvre (b) réalisées par des acteurs recrutés selon des qualités personnelles et professionnelles particulières (c).

a. Des résultats scientifiques

520. Les données scientifiques sont essentielles pour évaluer l'efficacité du suivi des condamnés. Il existe beaucoup d'études scientifiques, qualitatives, quantitatives et économiques dans le domaine de la probation. Les interventions qui marchent et celles qui ne marchent pas sont identifiables depuis des décennies. Mais parmi les délinquants, certains veulent changer et d'autres sont récalcitrants. Chaque profession, en fonction de sa formation, pense détenir la solution pour lutter contre la récidive. La recherche scientifique permet de savoir si un programme marche. Elle lève les incertitudes sur l'efficacité du programme. Sans évaluation scientifique il peut être considéré que même si le programme n'est pas efficace, pendant ce temps le délinquant pris en charge ne récidive pas. Cependant, un programme n'est pas dénué d'effet négatif à défaut de ne pas être efficace. Les programmes s'ils ne sont pas efficaces n'ont pas forcément un impact nul sur le délinquant ou sur le coût. Bien au contraire, certains dispositifs sont destructeurs et créent de la récidive. Les analyses scientifiques permettent de s'en rendre compte et d'arrêter à temps le programme pour éviter les effets dévastateurs. Ainsi la méthode scientifique permet de distinguer les instruments qui marchent de ceux qui ne marchent pas²³⁸⁶. Les *Boot camps* ne fonctionnent pas. Ces camps militaires pour les jeunes délinquants sont très durs. Ils défilent pour changer leur comportement. Les expériences dans la nature par un retour à l'homme sauvage est aussi une activité dangereuse qui n'a pas fait ces preuves.

La notion d'intensivité dans la probation varie en fonction des pays. En Angleterre, elle se traduit par ce type de programmes extrêmes. Les recherches prouvent que ces régimes uniquement basés sur la dureté et la répression ne fonctionnent pas. Sauf s'il est inclus une réhabilitation par l'éducation, alors ces instruments obtiennent de meilleurs résultats sans conséquence négative. Certaines interventions sont nuisibles comme les *Scared straight* où l'objectif est de faire peur aux jeunes hommes qui présentent des risques de récidive. Les États-Unis et l'Angleterre en ont fait des programmes télévisés. L'échec s'explique par l'intérêt et l'excitation suscité par le danger et la peur et ressentis par ces jeunes hommes. Ce programme obtient l'effet inverse et pousse à franchir les règles. De même qu'emprisonner dans des prisons de haute sécurité aux E-U des jeunes pour leur montrer les conséquences de leur mauvais comportement. Ce programme télévisé, très populaire, n'est pas dissuasif pour autant. Deux groupes sont formés. Les premiers visitent les prisons et les seconds ne les visitent pas. Après 12 mois, l'évolution montre que le premier groupe compte 81% de commission de délit. Dans le second groupe témoin 67 % ont commis des délits par la suite. Quel que soit le programme dissuasif et préventif, il faut avoir conscience qu'il peut être nuisible et avoir un effet inverse au but recherché.

Ce qui fonctionne est mis en relief grâce à la recherche. Il n'existe pas en France de chiffre fiable sur la récidive après 2002 et 2004 (études d'A. Kelsen), ou les chiffres

²³⁸⁶McDougall, C., Kanaan, M., Torgerson, D.J., & Bowles, *Evaluation of the Citizenship Evidence-Based Probation Supervision Program using a Stepped Wedge Cluster Randomized Controlled Trial. Crime & Delinquency*, 17 April, 2014, <http://cad.sagepub.com/content/early/2014/04/16/0011128714530824>

d'info. Stat. de 2010 sur les années 2007²³⁸⁷. Grâce à l'étude des méta-analyses, c'est-à-dire des statistiques, ce qui lutte efficacement contre la récidive émerge.

La méthode RNR²³⁸⁸ (*risks, needs, receptivity*) évalue le niveau de risque posé par un condamné et ses besoins criminologiques c'est-à-dire ses failles psychosociales. Des recherches longitudinales ont prouvé un lien de causalité entre les failles et le passage à l'acte. La réceptivité c'est l'adaptation de l'intervention appliquée à la personne par exemple si le programme nécessite de savoir lire et écrire et que le probationnaire est illettré. Les problèmes sont réglés avant la mise en œuvre de l'intervention.

Le programme cognitif et comportemental (*Cognitive behavioural*) a l'objectif de changer les pensées pour changer le comportement. Ils sont plus efficaces que des programmes d'assistance psycho-social ou psycho-dynamique. Le comportement déviant ne peut être modifié si un travail n'est pas fait sur l'esprit et le mode de pensée. Cette rééducation de l'esprit est réalisée grâce à des jeux drôles qui montrent et expliquent comment se comporter différemment et respecter les règles communes. Les programmes structurés quant à eux permettent au délinquant à apprendre comment mieux communiquer. La concentration se focalise sur les plus essentiels de cette logique. L'intégrité du programme réside dans l'utilisation de méthodes scientifiquement prouvées comme étant efficaces pour réduire la récidive. Le travail est ici fondé sur des preuves scientifiques, qui nécessitent d'être claires face aux objectifs recherchés. Il faut se concentrer sur les résultats positifs en s'intéressant à la qualité et non sur la quantité. A contrario, il faut limiter les initiatives qui ne marchent pas et qui engagent des frais onéreux. Tester et évaluer les programmes permet de savoir ce qui marche et ce qui ne marche pas pour investir intelligemment dans la lutte contre la récidive.

Les pratiques correctionnelles²³⁸⁹ concernent les compétences des agents de probation qui ont un impact sur le suivi. La réflexion se porte sur comment mener un entretien individuel, appliquer les sciences de l'humour, dans quelles circonstances et comment organiser le premier entretien. Ces pratiques sont aussi importantes que la méthode RNR. Parallèlement la France met en place des pseudo-programmes de criminologie appliquée qualifiés de *canada dry*²³⁹⁰ avec des outils de diagnostic à visée criminologique (DAVC) et des données actuarielles. Sans valeur prédictif, ces outils n'ont pas de pertinence scientifique. Il vaut mieux expérimenter d'autres outils qui ont prouvé leur efficacité comme une meilleure formation des agents de probation.

b. Les méthodes de mise en œuvre

- 521.** L'exercice de la probation est fondé sur la recherche qui s'intéresse particulièrement au suivi, souvent mis en arrière-plan et considéré comme athéorique. Il existe différents suivis en probation basée sur la formation professionnelle. L'accent est mis sur l'intensité

²³⁸⁷ Annexe 7 : Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération, V.Carrasco et O. Timbart, Les condamnés de 2007 en État de récidive ou de réitération, Infostat justice, Ministère de la justice, n° 108, Paris, 2010.

²³⁸⁸ D.Andrews et J. Bonta, *the psychology of criminal conduct*, Lexis-Nexis 2010 Méthodes RNR

²³⁸⁹ C. Dowden et D.Andrews, *The importance of staff practice in delivering effective correctional treatment : a meta-analytic review of core correctional practice*, *International journal of offender therapy and comparative criminology*, n°48(2), p203-214

²³⁹⁰ M. Herzog-Evans, *Moderniser la probation française, un défi à relever!*, L'Harmattan, 2013, p16.

et la fréquence et non sur la qualité comme il serait souhaitable. La surveillance intensive n'est pas plus efficace qu'un suivi traditionnel. Cependant, il faut prendre en compte la variété dans les niveaux d'intensité. Trois méthodes permettent d'appliquer ce suivi. Le *citizenship program* en Angleterre est basé sur les principes précités de désistance. Les *Strategie training in comite supervision* (STICS) au Canada, puis le *Proactive community supervision* aux Etats Unis. Pour leur mise en œuvre, la recherche a développé trois principes fondamentaux de la probation appelés *Risk, Needs and Receptivity* (RNR)²³⁹¹. La quantité du type de traitement est adaptée au niveau de risque. Plus d'intensité pour les plus hauts risques. Les programmes ont donc plus de succès avec les délinquants à haut risque. Les *Needs* ou besoins sont liés à la communauté. Il s'agit de l'agressivité, de la colère, du manque d'éducation, des addictions à l'alcool ou à la drogue qui alimentent le passage à l'acte et l'instabilité du récidiviste. Le principe du RNR²³⁹² consiste à adapter le suivi au niveau du risque de récidive (léger, moyen, élevé). Ce n'est pas par rapport à la dangerosité. Il n'y a pas d'utilisation du DAVC français. Le suivi intensif en France²³⁹³ correspond à un suivi simple en Angleterre voire en dessous d'un suivi normal en Angleterre. La réceptivité au changement est un critère essentiel. Il permet, selon son degré, de mieux communiquer le message de changement. Une méthode individuelle adapte le support du message en raison des problématiques spécifiques (illettrisme). La qualité de la communication est importante pour encourager la participation active du condamné.

522. La mise en œuvre de la théorie de la désistance implique le développement de techniques qui favorisent la motivation. Elles s'appuient sur un modèle pro-social, en utilisant notre propre comportement comme un modèle pour le délinquant. Un équilibre entre la conformité et l'assistance sociale individuelle est établi. Il faut rechercher le soutien des partenaires dans la société civile tels que des partenariats avec les agences de placement, l'aide au logement, et les associations caritatives. Les agents de probation n'ont pas le temps de changer le comportement des condamnés ce qui exige d'être formé. Le partenariat est une des caractéristiques importantes du *citizenship* en Angleterre. Pour cela, le personnel et les agents de probation sont formés au principe du RNR, pendant trois jours avec des séances de remise à jour régulières. Ils ont été séparés en deux groupes dont un seul bénéficiant de la méthode RNR. Le groupe n'ayant pas bénéficié de cette formation détenait plus de récidivistes que celui formé. Les résultats se constatent sur la récidive des délinquants sur deux ans. Sur 100 délinquants supervisés avec 33 agents formé suivant la méthode STICS et RNR, seul 25,3 % à récidivé alors que sur 94 des délinquants suivis par les 19 agents de probation sans formation, 40,9 % ont récidivé²³⁹⁴. Le personnel formé se focalise, pendant le suivi, sur les attitudes, les besoins liés à l'infraction et les rapports familiaux sur les modes de pensée du délinquant. Les entretiens sont organisés de manière structurée. Sans formation les agents se focalisent sur les obligations. Les résultats prouvent que la formation des agents de probation a un réel impact sur la baisse de la récidive.

²³⁹¹ D. Andrews et J. Bonta, *The psychology of criminal conduct*, Lexis-Nexis 2010

²³⁹² M. Herzog-Evans, *Moderniser la probation française, un défi à relever!*, L'Harmattan, 2013, p 31

²³⁹³ V. supra l'exemple de Cambrai

²³⁹⁴ C. McDougall, *Colloque de Reims ...op.cit.*

c. Qualités personnelles et professionnelles

523. Les agents de probation doivent posséder des qualités personnelles et professionnelles pour prévenir la récidive. A l'origine l'agent de probation cherche à instaurer un bon rapport avec le délinquant (conseil, amitié). La persistance de la récidive l'oblige à revoir sa façon de suivre un délinquant. La gestion du risque est devenue un élément essentiel dans les recherches pour savoir ce qui est efficace dans la probation. Les qualités personnelles de l'agent de probation sont importantes pour garantir une communication effective. Ses compétences et son intervention structurée à travers un outil d'évaluation électronique doit se doubler d'un comportement professionnel qui influence positivement et significativement les issues à long terme. Il est recherché un équilibre entre le contrôle des risques et l'engagement du condamné dans le processus de désistance. Cette balance risque/engagement n'est pas suffisamment prise en compte dans le système français.
524. Concernant la formation des agents, il existe une base de connaissances qui évoluent autour trois éléments reliés : l'attention dans la qualité de la pratique professionnelle des agents (le STICS au Canada est le premier pays à suivre cet objectif) ; la communication entre praticiens et délinquants doit être systématiquement évaluée ; les théories émergentes de la désistance, (méthodes d'encouragements) doivent s'adapter au comportement d'une vie non criminelle. L'importance de l'engagement lorsqu'est exigé une participation active du condamné provoque des effets positifs qualifiables. Ces thèmes se développent concrètement sous trois applications. Tout d'abord, la métaphore de la boîte noire de suivi dans la communauté. Elle contient les éléments qui caractérisent le praticien efficace. Dans sa boîte le praticien a le nombre de séances, la fréquence et la durée pour voir le délinquant. Le principe des risques considère que le nombre de ces séances diffère en fonction du niveau de risque. Chaque individu ne bénéficie pas du même programme. Ensuite, les thèmes des conversations dépendent des influences individuelles et criminelles, des besoins de criminogéniques (parler de sa vie, de la télévision) en rapport avec le comportement criminel. De la conversation dépend le maintien d'un équilibre entre la relation et la discipline d'où il peut ressortir l'encouragement et le défi de la désistance.

Enfin, les techniques et les principes de conduite de l'entretien individuel dans la probation²³⁹⁵ ont été élaborés afin d'obtenir un résultat optimum. Les chercheurs d'Angleterre et de l'île de Jersey ont clarifié les rôles, posé des modèles pour établir une relation thérapeutique entre les protagonistes. Dans la ville de JERSEY, *the Jersey study* fixe des pratiques correctionnelles identifiées depuis 1980 avec le mouvement du *What works* ?²³⁹⁶ Ainsi, la compétence pro-sociale et le renforcement des comportements consiste à résoudre les problèmes d'accessibilité aux services spécialisés qui travaillent en partenariat (emploi, logement, santé) Les techniques de communication lors de l'entretien sont des outils qui motivent et conduisent le délinquant à s'engager dans un processus de changement. Ces techniques employées avec cohérence dans une pratique quotidienne réduisent la récidive d'au moins 28 %. Cette méthode s'intègre dans la logique des *core correctionnal practices* (CCP)²³⁹⁷. La principale difficulté est

²³⁹⁵ P.Raynor, P.Ugwudike, M.Vanstone, « Une *checklist* permettant d'évaluer les techniques d'entretien individuel dans la probation », *AJ pénal* 2014, p 226.

²³⁹⁶ V. *Infra* n°156

²³⁹⁷ Reprise par M. Herzog Evans, *Moderniser la probation française, un défi à relever*, Paris, l'harmattan, 2013

d'intégrer ces techniques d'entretien individuel au système français comme un outil collectif d'amélioration continue. Une liste de contrôle permettrait uniquement aux agents de probation français « *d'améliorer les méthodes d'entretien de chaque agent de probation et donc de s'améliorer grâce à ses propres erreurs ou omissions* »²³⁹⁸. Il s'agit de questionner mais aussi de relever les observations des agents de probation qui dirigent l'entretien selon neuf catégories d'intérêt²³⁹⁹. La mise en œuvre de l'entretien consistant à la disposition des chaises, du bureau et des autres objets environnants afin de garantir le respect de la vie privée, la confidentialité des échanges ainsi que le bon déroulement (concentration, absence d'interruption). La qualité de la communication non verbale est observée à partir d'un langage corporel qui doit montrer de l'intérêt, de l'écoute et une application de l'agent (ne pas se pencher, croiser les bras avoir une position du corps qui met en confiance et stimule le dialogue. La communication verbale doit être de qualité et les différentes questions peuvent amener le dialogue la confiance (questions ouvertes pour faire parler le professionnel, langage dynamique). L'utilisation efficace et légitime de l'autorité ne doit pas conduire le probationnaire à adopter une attitude défensive, face à un agent autoritaire, qui blâmerait ou jugerait son interlocuteur. Il s'agit d'une attitude importante afin d'éviter la rupture du dialogue voir se créer des disputes. L'entretien dit, motivations humaines, consiste à manifester de l'empathie, de l'écoute ainsi qu'une intention de s'impliquer en prenant soin du probationnaire. Ce qui amène le développement du modèle pro-social. Ainsi, l'objectif est d'influencer le probationnaire à changer son comportement, son mode de pensée antisociale en montrant l'exemple mais aussi en pointant du doigt les aspects positifs du comportement, en le félicitant sur ses réussites. Il s'agit ici de tester les pensées sociales ou antisociales du probationnaire et d'encourager les comportements prometteurs. De ce fait, il s'agit aussi de résoudre les problèmes, de recadrer l'individu et de le replacer dans le droit chemin. Tout en restant optimiste il s'agit de lui redonner l'envie de surmonter ses problèmes et de retrouver un logement, un emploi ou une formation. L'entretien d'évaluation et de recadrage peut être réalisé dans un programme spécifique. L'agent devra se focaliser sur les besoins évidents et criminogènes afin de les éliminer. Il ne faut pas oublier d'être optimiste sur la faculté de changement du probationnaire. La restructuration cognitive permet ensuite de réapprendre un mode de pensée conduisant à la distance. Ainsi, l'agent pointe du doigt les pensées antisociales et réfractaires à l'autorité. D'une manière globale, l'agent se prononce sur la structure de l'entretien en faisant un résumé, en expliquant le déroulé et les difficultés rencontrées ainsi que les solutions prises lors de l'entretien.

B. Une probation fondée sur la désistance

525. « *L'abandon de la délinquance est un processus laborieux, en particulier pour les défiants profondément enferrés dans des réseaux délinquants et vivants dans des conditions difficiles. Dans ce cas, réussir à changer de vie requiert une fois en soi à toute épreuve et devient extrêmement difficile sinon impossible lorsque l'entourage, dans sa totalité, croit que l'on risque fort d'échouer* »²⁴⁰⁰. Le modèle de bonne vie, *Good Life model* (GLM) est une « *idée selon laquelle le délinquant a les mêmes besoins*

²³⁹⁸ P. Raynor, P. Ugwudike, M. Vanstone, « Une *checklist* permettant d'évaluer ... » *chron. préc.*, p 226.

²³⁹⁹ mise en oeuvre de l'entretien, qualité de la communication verbale, utilisation efficace et légitime de l'autorité, entretien de motivation, modèle pro-social, résolution des problèmes, restructuration cognitive, structure globale de l'entretien.

²⁴⁰⁰ S. Maruna, T. P. Lebel, « Approches sociales psychologiques des sorties de délinquance in Les sorties de délinquance, théories, méthodes, enquête, » in M. Mohammed, *Les sorties de délinquances....op.cit.*, p 54.

fondamentaux (santé physique, connaissance, excellence dans l'action et le travail, autonomie dans l'existence, paix intérieure, amitié et amour, participation à la communauté, spiritualité, bonheur, créativité) que les non délinquants et que seuls les moyens qu'il utilise pour les réaliser sont inadaptés »²⁴⁰¹. L'éthique professionnelle s'abstient de juger. En exigeant le respect réciproque, l'agent Astor une relation de confiance pour obtenir le changement chez le délinquant. Les éléments statiques et dynamiques de risque sont complétés par des éléments positifs et protecteurs. Le bonheur, la paix intérieure et la santé mentale. L'identification des besoins criminogènes se fait par la méthode RNR (*risk, need, responsivity*). Comme le programme du SPJ, le GML s'intègre dans un projet plus grand du *What Works ?* (qu'est ce qui fonctionne ?) Elle est une méthode prometteuse²⁴⁰² « pour rompre la résistance du délinquant sexuel faisant l'objet d'une évaluation du risque. » Utiliser en Hollande, Canada et Australie²⁴⁰³. Le modèle de la bonne vie est une des manières les plus efficaces de rompre avec la résistance du délinquant et l'emmener vers la désistance.

526. Les sorties de délinquance font l'objet d'études qui imprègnent doucement la doctrine française²⁴⁰⁴. Les raisons de cette sortie opposent d'un côté les facteurs externes, sociaux et structurels qui influencent le délinquant a arrêté sa carrière et d'un autre côté des facteurs internes subjectifs et psychologiques inhérents à sa personnalité. En ce qui concerne les multirécidivistes cette seconde hypothèse a plus de sens à s'appliquer car, pour sortir d'une habitude criminelle, le délinquant doit forcément modifier ses croyances et son mode de pensée que la psychologie appelle changement quantique, représentant une rupture avec ses habitudes²⁴⁰⁵. Les changements de situation sociale et de comportement sont sûrement les deux facteurs qui expliquent l'abandon de la délinquance. La théorie du miroir consistant en la stigmatisation et l'étiquetage social du délinquant. Dans un effet inverse, la stigmatisation serait l'explication de l'entrée du délinquant dans un processus d'abandon. En effet, le délinquant voit dans le regard des proches qui l'entourent une croyance dans sa capacité à changer. Une stigmatisation positive à l'inverse de la stigmatisation négative est salutaire. La théorie de l'étiquetage des années 70 est inversée en faveur d'une théorie de l'étiquetage vers la réhabilitation. Ainsi, le délinquant n'accumule pas les stéréotypes, les critiques concernant son passé criminel et ses faibles chances de se réinsérer, en raison par exemple, de ses choix d'adolescents. Il n'est pas étiqueté comme une sous-catégorie de la population condamnée à rester au ban de la société et à récidiver.

Deux phases dans le processus de sortie de délinquance peuvent être dissociées. La première est considérée comme un abandon primaire de la délinquance. Elle correspond aux périodes durant laquelle le délinquant ne commet plus de méfaits. L'intérêt de

²⁴⁰¹ M.Herzog-Evans, Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique, *AJ pénal* 2012, p 77.

²⁴⁰² G. D. Barnett et R. E. Mann, Good Lives and Risk Assessment: Collaborative Approaches to Risk Assessment with Sexual Offenders, in H. Kemshall et B. Wilkinson, *Good Practice in Assessing Risk. Current Knowledge, Issues and Approaches*, Jessica Kingsley Publishers, 2011 : 139-153, in *Ibid.*, note 71

²⁴⁰³ V. de Vogel, C. de Ruijter, Y. Bouman, M. de Vries Robbes, SAPROF, *Structured Assessment of Protective Factors for Violence Risk*, Utrecht, Netherlands, Forum Educatief, 2009; R. K. Hanson, A. J. R. Harris, T. L. Scott, L. Helmus, *Assessing the Risk of Sexual Offenders on Community Supervision : the Dynamic Supervision Project*, 2007, Ottawa, Public Survey, Canada; T. Ward et M. Connolly, A human-rights based practice framework for sexual offenders, *Journal of Sexual Agression*, 2008, n° 14(2) : 87-98, in *Ibid.*, note 72 à 73

²⁴⁰⁴ S. Maruna, in M. Mohammed, *Les sorties de délinquances....op.cit.*, p 44 et s.

²⁴⁰⁵ *Ibid.*

l'abandon secondaire s'explique par « *un passage de la commission de méfaits au rôle ou à l'identité d'une personne transformée* »²⁴⁰⁶. « *Les comportements transgressifs sont abandonnées, mais les rôles existants se trouvent perturbés et une réorganisation fondée sur un ou plusieurs nouveaux rôles va se produire* » notamment par des changements caractéristiques et quantifiables. Ce changement opéré par l'abandon secondaire de la délinquance est la conséquence d'un processus de réaction en miroir à la société. Ainsi, il est possible d'identifier le moment crucial qui permettra aux délinquants de basculer vers la réinsertion ou la récidive. Si dans le moment d'accalmie de sa carrière délinquante, il bénéficie du processus de paix d'étiquetage, voire du rituel de passage²⁴⁰⁷ au statut de non délinquant, alors les risques de récidive se réduisent. En revanche, l'absence de soutien notamment familial pourrait remettre en question la sortie de délinquance. La qualité de croyances des proches en la capacité de réinsertion est un élément clef dans la lutte contre la récidive. Le processus de désétiquetage et la théorie du miroir permettent de constater que l'absence de délinquance n'est pas sa rédemption. Cette nuance remet en partie en question la théorie d'interaction entre les facteurs sociaux et psychologiques. Il s'agit plus d'une théorie de la rédemption de la sortie de la délinquance puisqu'elle consiste à observer le regard des proches et de la société qui pardonnent aux délinquants. Un changement de regard qui, certes, est au cœur du processus de la théorie du miroir, mais qui ne suffit pas à garantir la sortie de la délinquance. Le désétiquetage n'a d'effet que dans la rédemption. La théorie du miroir est un modèle d'étiquetage devenu trop social. Il s'agit pour le délinquant d'« *intérioriser la conviction du partenaire en la capacité de l'individu a changé* »²⁴⁰⁸ ainsi sont pris en compte les facteurs sociaux, emploi, réseaux sociaux et dans une sphère plus intime, le mariage et les changements psychologiques indispensables au processus d'abandon de la délinquance.

Il s'agit d'un processus et d'un non-événement. En faisant du travail à la chaîne, le processus de changement est oublié alors que l'important consiste à regarder le suivi et les opportunités de supporter le processus de changement. Les qualités du praticien sont importantes par rapport à l'intérêt de la désistance car elles peuvent faciliter ce processus. Ils doivent prendre connaissance du comportement criminel et comprendre les risques individuels du comportement criminel. Comprendre leur choix de vie et leurs influences. L'identification des stratégies réalistes de changement avec le délinquant. Il s'agit d'un passage important pour faire des interventions efficaces, la structure le cadre pour réaliser des interventions. L'arrêt de la délinquance ne suffit pas pour constater l'existence qui suggère une cessation prolongée qui compte processus individualiser qui demande le mariage des ressources chez l'individu et du social. Une démarche en faveur de la désistance nécessite la collaboration et l'engagement dans le processus d'intervention dans une construction partagée²⁴⁰⁹.

- 527.** L'idée de participation active vient du terme *responsivity*, responsabilité²⁴¹⁰. Il s'agit de travailler avec quelqu'un en se servant des méthodes qui favorisent la réponse du délinquant ainsi que celle de l'intervenant. A la fin des années 70, un suivi intensif est créé en Angleterre (*intensive supervision programmes*). Le constat et même échec qu'aux États-Unis ce qui prouve l'inutilité du dispositif. Arrivée à la troisième génération de suivi renforcé, trois niveaux d'approches sont modifiés. La cible du délinquant qui a de forts

²⁴⁰⁶ Ibid, p 55.

²⁴⁰⁷ Meisenhelder in *Ibid.*, p 56

²⁴⁰⁸ S. Maruna, T. P Lebel, « Approches... » in M. Mohammed, *Les sorties de délinquances....op.cit.* p45

²⁴⁰⁹ McNEIL 2009, p32

²⁴¹⁰ Smith and Al 2009

besoins (*needs*). La récidive n'est pas ciblée en tant que telle mais l'analyse est ciblée sur les besoins au sens RNR, avec des outils validés qui n'existaient pas au départ. Puis, l'objet de la résolution consistant dans les besoins. Une démarche résolutive de problème est adoptée. La méthode consiste en un travail en partenariat, communauté, police, et agents de probation. La société civile intervient.

Le retour d'expérience reste décevant²⁴¹¹. La récidive persiste en Angleterre sans amélioration significative sur la baisse du taux de récidive. En effet, la révocation de la probation aux E-U et en Angleterre est plus fréquente et plus fréquentes. En France la sanction intervient beaucoup plus tôt qu'en France. L'effectivité de la collaboration entre les partenaires n'est pas parfaite comme en France. Les détails des résultats montrent toutefois des éléments positifs. Durant le programme, la récidive est retardée ce qui la réduit en partie.

Les probationnaires pris en charge sont dans l'ensemble satisfaits. Les gens sont disponibles pour les écouter et leurs problèmes sont résolus. La progression sociale est lente pour les plus faibles et qui nécessite une multiplicité d'intervention. Ce serait utopique de croire que les problèmes se résolvent de manière isolée et non séquentielle et commune.

C. Une probation fondée sur le partenariat

528. La régénération morale²⁴¹² est l'idée que seul le travail prolongé et sérieux peut relever le récidiviste et changer sa mentalité²⁴¹³. En France, le SPIP est au cœur de la prévention de la récidive dans l'exécution des peines même si depuis quelques années il est constaté une délégation de leur mission vers le secteur associatif socio-judiciaires²⁴¹⁴. Créé en 1999, ils ont par mandat judiciaire la mission de mettre en œuvre les peines en milieu ouvert et fermé. Intégrer à l'administration pénitentiaire ils garantissent le suivi du condamné pour empêcher la récidive. Ils sont la pierre angulaire de la lutte contre la récidive car ils ont une connaissance approfondie de la personne qui subit la peine. Présent sur tout le territoire, ce service permet facilement d'harmoniser les méthodes d'intervention. Le secteur associatif vient en renfort des SPIP en raison de moyens financiers insuffisants²⁴¹⁵. « *Les équipes de soins rappellent que vouloir traiter la délinquance par une action de soins psychiatriques psychothérapeutiques est une illusion pour la prévention de la récidive et que dans la mesure où le crime est multifactorielle, les réponses de la société doivent être multidisciplinaires* »²⁴¹⁶ Son rôle est pourtant incontournable dans

²⁴¹¹ G. Mair *et alii Intensive Probation in England and Wales : An Evaluation*, Home Office Research Study 1994, 133, London, Home Office

R. Moore, E. Gray, C. Roberts et S. Merrington, *Managing Persistent and Serious Offenders in the Community : Intensive Community Programmes in Theory and Practice*, Willan Publishing, Cullompton, 2006

Wilson, R.J., McWhinnie, A.J., & Wilson, C. (2008), "Circles of Support & Accountability: An international partnership in reducing sexual offender recidivism", *Prison Service Journal*, vol. 138: 26-36.

²⁴¹² G. Bessière, *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, Th., Paris, 1898, p114

²⁴¹³ Ibid., p79

²⁴¹⁴ C. Cloarec, Le SPIP : seul maître d'œuvre de l'exécution des peines ? *AJ pénal* 2014, p 268

²⁴¹⁵ D. L'Hour et T. Lebehot, Le secteur associatif : une expertise reconnue, un acteur à reconnaître, *AJ pénal* 2013, p 196.

²⁴¹⁶ J-L. Senon, C. Manzanera, « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *AJ pénal* 2007, p 367.

l'exécution des peines comme le suggère le conseil de l'Europe qui considère que les organismes privés ou tout organisme désigné par la loi peut remplir des fonctions et des responsabilités d'exécution des peines en milieu ouvert²⁴¹⁷. Le milieu associatif est notamment compétent pour accueillir des condamnés au SME. D'ailleurs, sa réactivité garantit son succès²⁴¹⁸ ainsi que le placement à l'extérieur non hébergé²⁴¹⁹. Le travail en partenariat est caractéristique de la probation anglaise (a) dont les bonnes pratiques devraient inspirer la France (b).

a. L'absence d'un partenariat français

529. Le partenariat consiste à remettre le travail au centre de la probation²⁴²⁰. En France ils n'existent « *pas de pratiques partenariales authentiques, les acteurs les ressources sont dispersées et les actions séquencées et confuse. Ceci peut entraîner de stériles luttes de territoires sur le terrain. Tout ceci nous expose à des dérapages graves et ne donne pas à nos concitoyens, au probationnaire et aux victimes les services qu'ils sont en droit d'attendre* »²⁴²¹. Le travail social est en régression. Augustus en 1850 initia le travail social d'origine religieuse et philanthrope. Ce système a conquis les états anglophones. La probation ne fonctionne pas sans démarche active de résolution des problèmes pour un arrêt de la délinquance²⁴²². Le travail social est un pilier de la probation intégré aux besoins RNR. En France le soutien concret aux probationnaires est très faible. Le concept de désistance est perçu de manière différente chez les agents de probation. Les facteurs de la carrière délinquante sont occultés, ainsi que le rôle de la famille dans le parcours de désistance. L'entourage familial souvent à l'origine des problèmes est aussi un élément de résolution²⁴²³. Souvent, les désistants témoignent qu'ils sont sortis, seuls, de la délinquance sans l'aide des probationnaires. Il existe des consignes nationales et des outils de travail social²⁴²⁴. Le problème réside dans l'accessibilité et la formation des recrutés.

La probation dite *multi-agency*²⁴²⁵ (le travail en partenariat) est initiée en 1997 par Tony Blair. Plusieurs applications ont été mises en œuvre sur de longues périodes en raison d'un manque de financement mais qui aujourd'hui apporte une grande satisfaction. Elle repose sur la science et le travail. Il s'agit d'un travail de collaboration entre partenaires. Une forme de partenariat intégré qui « *consiste à rassembler les différents services autour de l'objectif commun, ce qui permet de créer une culture partiellement commune, de faire mieux circuler l'information et d'augmenter la crédibilité et l'efficacité de l'action autour du probationnaire* »²⁴²⁶.

²⁴¹⁷ S.Lassalle, La réforme pénale peut-elle se passer d'une complémentarité entre les secteurs publics et le secteur associatif socio-judiciaire ?, *AJ pénal* 2014, p 272.

²⁴¹⁸ S.Sueur, Dossier les associations dans le suivi des condamnés, SME associatif : un essai à transformer, *AJ pénal* 2013, p 189.

²⁴¹⁹ N.Boivent, S.Lassalle, « Le placement à l'extérieur hébergé par l'administration pénitentiaire, un aménagement de peine efficace pourtant sous dimensionné », *AJ pénal* 2013, p 192

²⁴²⁰ M. Herzog Evans, *All hands on deck...op.cit.* 2013, p139.

²⁴²¹ *Ibid.*, p 139.

²⁴²² S.Farrall and A.Calverley, *Understanding desistance from crime*. Theoretical directions in resettlement and rehabilitation, Open University Press, London, 2006

²⁴²³ M. Herzog Evans, 2012, recherche qualitative sur la perception par les agents de probation du concept de désistance par les agents de probation et comment interviennent-ils dans ce processus?

²⁴²⁴ Circulaire de la DAP n°113/PMJ 1 du 19 mars 2008.

²⁴²⁵ La terminologie anglaise inclut aussi les termes de *partnership* ou *work* qui se traduisent en français par le travail en partenariat ou en collaboration.

²⁴²⁶ M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p140.

En France, le travail en collaboration se caractérise principalement par la délégation, c'est-à-dire la sous-traitance du domaine pénitentiaire au secteur privé ou associatif²⁴²⁷. Elle est le terrain depuis quelques années de « *guerres institutionnelles stériles et irresponsables que nous avons assistés entre services de probation et JAP* »²⁴²⁸. Il s'agit donc d'un simple séquençage des tâches dont le but est le plus souvent de désengager l'État. La constitution de réseaux de partenaires administratifs est un autre exemple de l'approche séquentielle du travail en matière de probation en France. Il s'agit de mettre en relation des entités telles que pôle emploi ou autres associations afin de résoudre les problèmes des condamnés. Une dispersion des interventions, une absence de direction du délégant, une absence de visibilité sur les actions et les compétences caractérise le partenariat en France. Le risque de découragement et désengagement dans la réinsertion du condamné qui doit multiplier ses approches envers les partenaires est perceptible. Ceci démontre s'oppose aux relations de qualité entretenues avec un référent ou coordonnateur²⁴²⁹. Le travail est séquencées ou parallèle, chaque service réalise une partie de la mission dont ils ont la charge et qui s'imbriquent dans l'objectif général de réinsertion du condamné. Ce dernier devra lui-même démarché chaque entité ce qui menace la bonne conduite du travail de réinsertion. La France est pauvre en expérience mettant en collaboration diverse forme de participation. Ainsi il existe des participations entre communautés, quartier ville poursuivre des délinquants mêmes sexuels²⁴³⁰. La multiplicité de partenaires est un gage d'efficacité que la France n'a pas intégrée. Le partenariat intégré consiste à centraliser concrètement et géographiquement un point d'intervention. Telle que utilisée dans les juridictions résolutives de problème aux États-Unis ce qui donne satisfaction dans la lutte contre la récidive²⁴³¹.

Le travail en collaboration est un principe fondamental qui favorise l'efficacité du travail et le bon fonctionnement de la justice. Des faits divers médiatisés²⁴³² mettent en exergue le problème de communication entre les services et les erreurs, mauvaise qualité des informations problèmes d'évaluation de négligence des services. La sécurité publique dépend de la circulation de l'information entre services. Les services ne sont pas compétents pour traiter de l'ensemble du cas qui leur est présenté. Leurs capacités humaines sont limitées. Séquencé la mission augmente le risque de perte d'information contrevenant au bon déroulement de l'affaire. Il faut donc un coordinateur qui fera le lien entre les services et les divers acteurs spécialisés dans des problèmes spécifiques : addiction, emploi, logement, santé, tâches administratives. La pluralité des regards est une plus-value essentielle traitement d'un dossier. « *Le travail en commun sur les dossiers permet encore de tirer parti de la multiplicité de regards et de pratiques professionnelles et de bénéficier de cette diversité d'approches* »²⁴³³. La crédibilité de la

²⁴²⁷ la loi de programmation relative à l'exécution des peines n°2012-409 du 27 mars 2012 attribués au secteur associatif les rapports présentanciels, *ibid.*, p140.

²⁴²⁸ M. Herzog-Evans, Moderniser la probation française, un défi à relever!, L'Harmattan, 2013, p 107.

²⁴²⁹ P. Raynor, P.Ugwudike et M. Vanstone, Skills and strategies in probation, supervision : te jersey study, in F. McNeill; P. Raynor et C. Trotter, Offender supervision, new directions in theory , research and practice, willan publishing, 2010, p113-129, in *Ibid.*, p 139 note 5.

²⁴³⁰ J. Rumgay, *Partership in the probation service*, in W.Hong Chui et M.Nllis, *Moving probation forward.Evidence, Arguments and practice*, Harlow, Pearson Longman, 2003, p195-213, in *ibid.*, p140 note 6

²⁴³¹ M. Herzog-Evans, Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine, D. 2011 p3016.

²⁴³² Affaire de pornic : inspection judiciaire, inspection de fonctionnement du service de l'application des peines du tribunal de grande instance de Nantes, févr n° 13/2011, in M. Herzog Evans , *All hands on deck ...op.cit.*p141, note14.

²⁴³³ M. Herzog Evans, « All hands on deck... », chron. Préc., p 140.

justice est incarnée par le magistrat soit le JAP soit le procureur qui fera respecter la procédure pénale. Alors que les agents de probation auront la capacité de créer avec le probationnaire un lien humain et environnemental, solutionnant concrètement les causes de la délinquance. Les professionnels ne répondent pas aux exigences alors que leur objectif est le même : la réhabilitation du délinquant. Ils peuvent s'opposer, se bloquer mais aussi équilibrer la balance pour que la réponse pénale soit adaptée à la situation du délinquant.

- 530.** Le manque de confiance et d'habitude du travail collaboratif engendre des problèmes de communication, de compréhension et de respect entre les services (Parquet, SPIP, JAP)²⁴³⁴ Ces problèmes concernent aussi la circulation de l'information par fax et non par téléphone déshumanisant les relations²⁴³⁵ pour une justice défaillante (défaut d'information et problèmes de circulation dans l'affaire du meurtre de Chloé à Pornic). Dans les pays anglo-saxons la police travaille avec les agents de probation. L'urgence est de remettre au goût du jour le travail collaboratif et participatif pour une meilleure connaissance et complémentarité des acteurs pour une justice résolutive de problèmes sur le modèle des MAPA et des COSA.

Peu de travaux scientifiques sont menés sur les encadrements. Qu'est-ce qu'un bon encadrement, un bon leader? Quelles méthodes de management ? Les études américaines sur l'encadrement dans les services de probation montrent ce qui fonctionne avec la présence d'un chef de service charismatique et enthousiaste qui entraîne les autres. Ce n'est pas un manager mais un leader. Dans un contexte militarisé ou dans une administration pénitentiaire les leaders n'émergent pas. Les agents de probation subissent une surcharge de travail. En comparaison en Angleterre un entretien est réalisé par semaine pour un suivi normal alors qu'en France le suivi intensif prévoit un entretien par mois. Comment évaluer le nombre de dossiers idéals ? Faut-il compter en charge de travail plutôt qu'en nombre de dossiers²⁴³⁶. Il est donc urgent de repenser à la formation et au recrutement des cadres.

b. Des bonnes pratiques ponctuelles

- 531.** Initiées par Tony Blair, les bonnes pratiques de la probation sont nombreuses. Elles sont théorisées et institutionnalisées, alors qu'en France, elles balbutient dans certaines localités.

Les *Pathfinders*²⁴³⁷ ou les éclaireurs de chemin, s'intéressent à la « réinsertion immédiate des sortants de prison : il s'agit d'un plan national dont l'objectif est la préparation de la sortie des détenus et la résolution de leurs problèmes immédiats tels

²⁴³⁴ Ibid.

²⁴³⁵ V. infra. Une focalisation irréaliste de l'aménagement de peines

²⁴³⁶ *American probation and parole association*, évaluation du nombre de dossiers idéals après évaluation rigoureuse du risque pour opérer une répartition selon des évaluations valables : 20 dossiers pour suivre les majeurs à haut risque, 50 dossiers pour suivre les majeurs à moyen risque et 200 dossiers pour suivre les majeurs à bas risque.

²⁴³⁷ résultats concluants en termes de lutte contre la récidive : I. Haslewood-Pocik, L. Merine et C. Roberts, *The Evaluation of the Employment Pathfinder : Lessons from Phase I, and a Survey for Phase II*, Home Office Online Report 2004, 22/04; A. Clancy, K. Hudson, M. Maguire, R. Peake, P. Raynor, M. Vanstone et J. Kynch, *Getting out and Staying Out: Results of the Prisoner Resettlement Pathfinders*, Bristol, The Policy Press, 2006, in M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p141 note 21 et 22.

que le logement, la subsistance (emploi, formation), les hauts en matière d'addiction. Il consiste à associer un partenaire du civil, de la probation et de la police d'une manière concrète et intégrée »²⁴³⁸.

Les MAPPA (*multi-agency public protection arrangements*)²⁴³⁹. «Ce dispositif ne suit pas à proprement parler les condamnés ; il sert de pilote à l'ensemble des partenaires qui travaillent au contrôle et au soutien des délinquants sexuels se trouvant en milieu ouvert et facilite l'échange des informations entre. C'est à la fois un dispositif de sécurité publique et un cadre holistique pour les intéressés²⁴⁴⁰». Il s'agit d'une forme de coaching des délinquants sexuels, replacés dans la société.

Les Cercles de Support et de Responsabilité²⁴⁴¹ (CSR ou COSA) sont des dispositifs qui dépassent le cadre des MAPPA. Il s'agit d'une expérience intégrant les citoyens formés sur des questions de sécurité, de justice telle que la probation ou des soins. Il se constitue un cercle qui encadre les délinquants sexuels en dehors des prisons. L'expérience risquée à défier les méfiances avant de créer de collaboration enrichissante. En France, « Depuis toujours, les placements à l'extérieur ne peuvent fonctionner que dans un cadre fédérant les services de probation, le milieu associatif voire caritatif et souvent le parquet, le JAP, les services de la ville, etc. »²⁴⁴². L'organisation pluri-partenaire n'est pas dans la culture française. Aucune étude n'a été réalisée concernant cet instrument plébiscité par les JAP.

- 532.** Pour surmonter les obstacles de la culture française, nécessite de réfléchir au recrutement des acteurs. Définir leur rôle et la mission de chacun, afin de créer des méthodes de communication efficace parce qu'ils auront été recruté selon des caractéristiques de travailleur d'équipe, alors pourra leur être inculqué une culture commune²⁴⁴³. La culture commune du service publique est clef de la réussite.

Les bonnes pratiques ciblent des réponses locales à la délinquance. Il s'agit de mettre l'accent sur le travail de participation entre les associations d'aide à la réinsertion et les collectivités locales. La délinquance est un problème social et local et les conseils généraux ont en partie la charge des prestations sociales. A plus petite échelle, il est plus facile de prendre en compte un faible nombre de condamné et de leur trouver un projet au niveau local en raison de la proximité des infrastructures. Dans un contexte de bataille idéologique il manque un réel travail de confrontation des pratiques au niveau local. Les villes souffrent d'un délaissement dans les domaines de l'enseignement public et de la police²⁴⁴⁴. Dans les années 60, la délinquance avait pour réponse celle de l'Etat régalien. Les polices municipales se sont développées en parallèle avec des prérogatives différentes selon les villes (port d'arme). En même temps, la police nationale manque de moyens humains et matériel, auquel il faut ajouter la corruption de certains services.

²⁴³⁸ M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p140.

²⁴³⁹ Home Office, *MAPPA - The First Five Years : A National Overview of the Multi-Agency Public Protection Arrangements 2001-2006*, London, Home Office; in M. Herzog Evans , *All hands on deck ...op.cit.*p141 note 23

²⁴⁴⁰ M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p142.

²⁴⁴¹ R.Cario et P. Mbanzoulou « La justice restaurative, une utopie qui marche ? » Controverse, nov 2010, p 63 et s.

²⁴⁴² M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p142.

²⁴⁴³ Ibid, p 144.

²⁴⁴⁴ A. Kachouri, Rapport, Délinquances, politiques publiques et réponses locales, Dir. G. Perri, Fondation Gabriel Perri, Avril 2012, p 5 et s.

Le premier problème est celui de la mesure de la délinquance au niveau local, dont les chiffres ne sont pas fiables et marqués par la distorsion. La statistique est « *mouvante, lacunaire et incertaine* »²⁴⁴⁵. Et puis il n'y a pas de répertoire sur la statistique des infractions. Ainsi, une seule partie de la délinquance qui est photographiée. Les chiffres sont instrumentalisés à des fins politiques, comme lors d'émeutes. Ce n'est plus le nombre de voitures incendiées qui est pris en compte mais le nombre de départ de feu, réduisant ainsi le chiffre de la délinquance²⁴⁴⁶. La manipulation des chiffres est spectaculaire et fausse la représentation du phénomène dès l'origine. Les chiffres concernant les infractions les plus graves baissent, alors que ceux de la violence augmentent²⁴⁴⁷. L'observatoire de la délinquance est « *à la remorque de la statistique de la police* »²⁴⁴⁸. Pourtant, la France est le 2^{ème} pays d'Europe qui possède la plus grande présence policière dont « *seul 5% des effectifs de la police serait sur la voie publique* »²⁴⁴⁹.

Les politiques judiciaires locales tentent néanmoins de s'organiser²⁴⁵⁰. Le traitement de la délinquance locale a été initié par le rapport Bonnemaïson. Il avait dans l'idée de créer des conseils communaux de prévention de la délinquance (CCPD) regroupant l'ensemble des acteurs sous l'autorité du maire. Ils n'ont pas pérennisé en raison d'une absence d'homogénéité dans la mobilisation des différents partenaires (police, association, etc...). Partant de l'idée d'une fonction préventive, ils sont devenus des conseils répressifs²⁴⁵¹. Une territorialisation de l'activité judiciaire de la ville se développe avec des partenaires locaux comme avec les maisons de justice depuis les années 90. Elles permettent l'application d'une troisième voie judiciaire qu'est la médiation, le rappel à la loi. Les missions des travailleurs sociaux sont sous-traitées. Le premier groupe du traitement local de la délinquance (GLTD) regroupant les tribunaux de Créteil, Bobigny et Nanterre²⁴⁵² s'organise en 1994 autour d'un centre commercial qui, frappé par la délinquance, menace de fermer. Puis un foyer de jeunes travailleurs s'intègre progressivement à la politique locale du Parquet.

Le maire et les élus locaux ont pour mission de faire remonter l'information et les particularités de leur circonscription au préfet. Cette justice de prévention de la délinquance doit s'émanciper territorialement à travers ces deux acteurs. Cette « *justice notabiliaire* »²⁴⁵³ correspond à cette la discrétion du magistrat et de l'élu local, dont chacun peut « *faire valoir auprès de l'autre les attentes du palais ou de la population, négocier l'action publique en conséquence et surtout s'autoriser que cette fréquentation mutuelle accroisse leur prestige ou leur sentiment d'efficacité* »²⁴⁵⁴. La justice s'inscrit dans une territorialité par l'homogénéisation du Parquet dans le traitement égalitaire et ordinaire de la délinquance. A Créteil, il est mis en place un correspondant qui représente le pivot d'une « *justice par correspondance* »²⁴⁵⁵. Il fait le lien pour limiter les contacts et

²⁴⁴⁵ D. Cohen, Rapport, *Délinquances...op.cit.* p 14.

²⁴⁴⁶ Ibid.

²⁴⁴⁷ Ibid.

²⁴⁴⁸ Ibid., p 13

²⁴⁴⁹ Ibid, p 20

²⁴⁵⁰ J.Donzelot, A. Wyvekens, La politique judiciaire de la ville : de la prévention au traitement, les groupes locaux de traitement de la délinquance, Mission de recherche « droit et justice », dec. 1998.

²⁴⁵¹ Ibid., p 3

²⁴⁵² Ibid ., p 11 et s

²⁴⁵³ Ibid ., p 11 et s

²⁴⁵⁴ Ibid., p 19

²⁴⁵⁵ Ibi., p 21 et s

la perte de temps des magistrats. Or, cette méthode perd en légitimité. Elle ne se fixe par dans un lieu, comme les maisons de justice mais n'arrive pas à mobiliser les partenaires²⁴⁵⁶. La démarche à Bobigny tranche par sa vivacité et son militantisme ce qui explique sa médiatisation. Cette juridiction est la plus touchée par la délinquance urbaine et juvénile. Sa politique de prévention se caractérise par « *un véritable militantisme de l'action publique* »²⁴⁵⁷. Elle s'appuie sur une politique volontariste basée sur un signalement précoce des incivilités dès l'école, une vigilance des droits parentaux, bailleurs sociaux, des comparutions rapides et un classement actif de la petite délinquance. Cette politique est aussi fondée le volontariat de substituts du procureur, motivés, qui agissent directement avec les partenaires locaux. Il s'agit d'un réel débordement de leur fonction et un effort personnel (horaire, surcharge de travail). Les méthodes de Bobigny soulèvent de nombreuses critiques et ravivent le débat entre les pro-répressifs et les pro-préventifs. Leur action ne vise que les « *sites névralgiques, choisis en fonction de l'acuité des problèmes qu'ils posent* »²⁴⁵⁸. Ces actions se limitent à une période de six mois à deux ans. Cette une justice « *en situation* »²⁴⁵⁹ se concentre non pas sur une population précise ou une zone géographiques précise mais « *un espace où les difficultés vécues par la population sont difficilement sécables les unes des autres, où l'on ne peut pas séparer ce qui fait problème ce qui fait problème au niveau urbain, au niveau de l'état du logement et à celui de la fréquentation des espaces communs* »²⁴⁶⁰. En fonction de la situation et de ces caractéristiques se forme un ensemble de partenaires locaux qui cherchent à dénouer les différents facteurs de problèmes. Ce savoir opérationnel, sous la direction du procureur de la république, met en lien des acteurs publics ou privés qui souffrent parfois d'une image dégradée.

533. La politique préventive consiste à travailler avec le Parquet pour une justice sociale. Il s'informe de la situation, et applique une forte présence policière et marquer les esprits par la dissuasion. Dans un second temps il retisse le lien social dans les groupes locaux de traitement de la délinquance, par le biais de l'école et des acteurs sociaux. Autour d'un langage commun de responsabilisation de la population, l'action sociale de prévention agit. Cependant, les partenaires sociaux n'ont pas les moyens adéquats et la légitimité pour agir. Le rôle du parquet est essentiel pour impulser la dynamique d'action afin de se retirer à l'issu. Il créer, en respectant les logiques de chaque entité, un réseau social local qui cible les situations critiques. Il aide au renforcement de chaque autorité qu'il implique dans un travail collectif. Il inculque son fonctionnement pour dissiper les craintes vise à vis de lui. Les associations pourraient craindre une perte d'indépendance. Ainsi, avec une confiance impulsée par le parquet, les partenaires pourraient plus facilement le solliciter.

Le parquet est la pierre angulaire du système d'information et d'action, tel un *leadership*, surtout en ce qui concerne le territoire, autre angle d'attaque dans la lutte contre la délinquance, après une justice sociale. « *Le parquet constitue la cheville ouvrière* »²⁴⁶¹. L'espace est étudié comme un support à l'action (quartier, hall d'immeuble, espace public, raquette, trafic de drogue). Une perte de légitimité et de fonction de l'espace dédié au public a séparé les gens entre eux. Il sert à imposer le

²⁴⁵⁶ Ibid., p 27.

²⁴⁵⁷ Ibid., p 29

²⁴⁵⁸ Ibid.,p 31.

²⁴⁵⁹ Ibid.,p 40.

²⁴⁶⁰ Ibid.,p 40.

²⁴⁶¹ Ibid.,p 89.

respect. La délinquance fragilise les fondements et les buts recherchés par la territorialité des espaces de vies dans lesquels s'imposent des règles. Les organisations criminelles s'en emparent pour en faire des territoires privés déstabilisant toute l'économie et la tranquillité d'un quartier avec une atmosphère de peur par l'effet de groupe et de chantage. En créant une discrimination et un repli sur soi, les habitants de certain quartier, ont une souffrance sociale qui les empêche de se défendre et de coopérer avec la police par peur des représailles. Il s'agit donc d'une guerre de territoire auxquelles s'attaquent les politiques locales de prévention de la délinquance dans les quartiers difficiles qui regroupent des populations pauvres et socialement exclues. Leur incapacité à s'intégrer aux règles de la République française provient de leur incapacité à parler notre langue, leur origine ethnique ou religieuse, leurs coutumes. Les politiques d'intégration de ces populations à partir des années 70 fut un échec. Les crises économiques des années 90 ont rajouté de la pauvreté jusque dans les classes moyennes.

La « faillite de l'autorité parentale »²⁴⁶² semble être une des principales raisons du passage à l'acte. Des programmes locaux visent à améliorer les liens entre les parents et les enfants. L'absence manifeste de parents est substituée par le rôle des aînés de la fratrie. Une « maison de parents » permet d'échanger sur les difficultés rencontrées (école, incivilité, condamnation, arrestation). Il s'agit d'une main tendue par le biais d'action préventive pour les mères célibataires qui élèvent seules leurs enfants. Le renforcement de leur légitimité et de la certitude de l'autorité parentale sécurise et discipline l'enfant. Le tribunal de Bobigny a appréhendé la défaillance de l'autorité parentale, comme un phénomène de société, en condamnant des familles à la « *non chalance éducative* »²⁴⁶³.

II. L'échec de la probation française

534. Depuis 1842, existe en Angleterre la libération probatoire. A. Bonneville la propose en France en 1846 et se traduit par la libération conditionnelle « *au moment où l'exclusion complète des récidivistes sera accentuée par la loi de relégation en 1885* »²⁴⁶⁴. L'idée est de les libérer pour les faire travailler dans les champs, pour les plus pauvres, et dans les fermes. Ce partenariat entre la prison et l'agriculture est un lieu d'assistance et de répression, tel un asile alternatif à la prison. Ils étaient traités comme des bêtes, « *comme si la peine ne devait jamais avoir de terme* »²⁴⁶⁵. La mentalité du pauvre a rattrapé la réalité condamnant cette mesure à l'échec au point de s'interroger sur le rapport intime entre la pauvre et le condamné récidiviste. « *Le pauvre n'est-il pas souvent un condamné en expectative ?* »²⁴⁶⁶. Existe-t-il un cercle vicieux de la mentalité du pauvre coupable qui se poursuivrait au-delà de la peine dans un système probatoire. Il serait difficile de donner aux pauvres l'habitude de travailler d'où la création de manufactures carcérales. Les peines et les mesures de sûreté particulièrement pour le récidiviste ont tendance à se généraliser à l'ensemble des criminels et des délinquants²⁴⁶⁷. Certaines mesures de surveillance post-sententielle sont des échecs. Comme si les peines les plus sévères

²⁴⁶² J. Donzelot, A. Wyvekens, La politique judiciaire de la ville : de la prévention au traitement, les groupes locaux de traitement de la délinquance, Mission de recherche « droit et justice », dec. 1998, p108.

²⁴⁶³ Ibid.,

²⁴⁶⁴ J-G. Petit, *Ces peines obscures, la prison pénale en France 1780-1875*, Fayard, 1990, p540.

²⁴⁶⁵ Témoignage, RPIP 1847, t IV, p243-245, in *ibid.*, p 541.

²⁴⁶⁶ H. Dugat, « Prison et champs d'asile en Algérie », RPIP 1846, t III, p33-47, in *Ibid*, p 541.

²⁴⁶⁷ P. Poncela, *Droit de la peine...op.cit.*, p192 et s

testaient d'abord leur efficacité sur la résistance des récidivistes cobayes. Une fois généralisée et devenue une peine de droit commun, elle s'humanise soit par la diminution du quantum soit par une mesure de sûreté. L'échec de la répression fait place à l'espoir de la prévention, telle une ritournelle sans fin. La mesure de surveillance et de probation sont des exemples de cette mouvance.

La surveillance post carcérale des récidivistes n'est ni une peine, ni un sursis ni une peine de probation. Elle ne se substitue pas à la peine, elle s'y ajoute après une décision judiciaire. La forme et la durée de la surveillance est symptomatique d'une méfiance envers les récidivistes et le système pénal qui n'a pas rempli toutes ses fonctions, justifiant la création d'un garde-fou. Le récidiviste est surveillé à défaut d'être bien puni. Dans toute surveillance n'y a-t-il pas l'aveu dissimulé de l'échec du système punitif ? La surveillance a pris la forme en 2008 d'une rétention de sûreté pour les condamnés les plus dangereux. Elle s'apparente, dans les faits, plus à une mesure rétributive qu'à une surveillance. La surveillance de sûreté, La surveillance, est prévue dans les cas les plus graves. Elle pallie les lacunes de la surveillance judiciaire et du fichage qui ne suffisent pas à prévenir la récidive. Elle est conçue comme un contrôle renforcé réservé à ceux qui terminaient leur période de surveillance judiciaire sans incident. Elle intervient suite à la violation d'un contrôle judiciaire. La méfiance envers les récidivistes n'est pas seulement caractéristique de l'ancien droit, même si les échecs des anciens instruments apportent des éclaircissements sur ceux de demain. Le code pénal de 1791 prévoyait la déportation perpétuelle pour les récidivistes de crime à crime. Puis, le code pénal de 1810, instauré la première fois un contrôle des séjours des récidivistes par une surveillance de haute police, remplacée par la relégation en 1885, en raison de son manque d'attrait et de l'instauration de la libération conditionnelle (A). Devenue facultative en 1954, cette dernière est à son tour supprimée en 1970 et remplacé par une surveillance sous forme de tutelle pénale (B). Dépassée par l'arsenal judiciaire de l'individualisation les mesures de surveillance d'aujourd'hui sont fondées sur le soin (C).

A. La surveillance de haute police

535. La surveillance est difficile à qualifier juridiquement car elle n'est pas une peine mais en a la forme ainsi qu'un caractère coercitif. Pourtant, cette mesure de sûreté a pour objectif non pas de punir mais de prévenir la récidive par un contrôle comme la surveillance de haute police (SHP)²⁴⁶⁸. Elle se rajoute à la peine dans une phase post-pénale comme un temps d'épreuve et de bannissement plutôt qu'un contrôle qui surveille des déplacements tel que le PSEM. La SHP est vide de toute assistance et d'aide à la réinsertion. Elle est une mesure de sûreté décidée après la peine. Sa procédure s'est adaptée aux contextes sociétaux et institutionnels.

La surveillance de haute police²⁴⁶⁹ consiste à surveiller l'ancien détenu à sa sortie de prison. Elle détermine les lieux dans lesquels il aura interdiction de paraître la fin de sa peine. Elle est l'ancêtre de l'interdiction de séjour. Cette mesure post-pénale était réservée aux condamnés les plus dangereux c'est-à-dire aux récidivistes. Cette peine de plein droit est un temps d'épreuve qui s'ajoute en complément à la peine purgée quel que soit sa durée, la surveillance peut aller de cinq à vingt ans maximum²⁴⁷⁰. Elle vise

²⁴⁶⁸ Art 44, 46, 47 et 48 du Code des délits et des peines de 1810, modifié par les loi du 28 avril 1832, du 10 et 26 nov. 1873 et 23 janvier 1875. J. Reinach, *Les récidivistes*, Paris, 1882, p 268 et s.

²⁴⁶⁹ P. Poncela, *Droit de la peine...op.cit.*, p 269 et s

²⁴⁷⁰ Art 58 du code de 1810

particulièrement les condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention et à la réclusion qui subiront cette peine durant toute leur vie²⁴⁷¹. C'est-à-dire les peines afflictives et infamantes prévu à l'article 7 du code des délits et des peines de 1810. En revanche, une exception est faite pour les condamnés au bannissement qui devront subir une surveillance égale à la durée de la peine qu'ils ont subie²⁴⁷². De ce fait, elle peut dépasser la durée légale admise. Le jugement de condamnation peut déroger à la mesure de surveillance, ou en réduire la durée. Une décision gracieuse peut aussi intervenir pour commuer ou réduire la peine pendant le temps de la surveillance²⁴⁷³.

A la fin de sa peine, le sortant de prison, signale son lieu de résidence au maire de la commune, sous 24 heures. Son temps de présence doit être au minimum de six mois le temps nécessaire pour que le gouvernement (ministre de l'intérieur ou le préfet) fixe les lieux proscrits. Le préfet aura dans de rares exceptions un pouvoir de modification en cas d'urgence ou de déplacement (déménagement).

Le condamné signale sa présence munit de sa feuille de route²⁴⁷⁴ précisant l'itinéraire et les secteurs qui lui sont interdits durant tout son séjour dans la commune ou la ville. S'il s'éloigne de son chemin il sera assimilé à un vagabond. Il ne peut s'en écarter qu'avec l'autorisation tamponnée sur son passeport qui mentionne sa surveillance. La surveillance de haute police est une obligation de résidence mais « à laquelle le condamné pouvait se soustraire en fournissant une caution solvable de bonne conduite »²⁴⁷⁵. La loi du 28 avril 1832 prévoit que l'exécution de la surveillance de haute police est confiée au ministère de l'intérieur qui déterminera les lieux interdits. En cas de non-respect le condamné retourne dans les colonies (Guyane ou Algérie) pour rupture de ban pendant 5 ans maximum. Par décret du 8 avril 1851, tous les condamnés à la surveillance de haute police sont interdits de résider dans la région de la Seine et en 1852 dans l'agglomération lyonnaise. Elle concernera particulièrement les condamnés à la transportation revenant de Guyane et d'Algérie. En 1885, la loi sur la relégation substitue la surveillance de haute police par l'interdiction de séjour²⁴⁷⁶. Une liste de lieux généralement interdits est établie auxquels s'ajouteront des lieux spéciaux décidés par arrêtés ministériels.

Son carnet d'anthropométrie à la main, le condamné libéré se présente aux services de police et de gendarmerie de son lieu de résidence en vue de déclarer sa présence. En 1938 l'interdiction de séjour est remplacée par la peine du doublage dans les colonies, lieu de la transportation. Le libéré doit rester dans la capitale durant un temps égal à celui passé au bagne. L'interdiction de séjour sera plus tard accompagnée de mesures d'assistances²⁴⁷⁷. Un comité, composé de magistrats, de représentants du ministère de l'intérieur ainsi que des représentants du patronage, fixera les modalités ou l'arrêt des mesures, prérogatives qui tomberont dans les mains du juge d'application des peines en 1972²⁴⁷⁸.

L'individualisation de la peine consacre la liberté conditionnelle²⁴⁷⁹ avec l'idée de resocialiser le condamné en le libérant par anticipation sous condition qu'il réalise des

²⁴⁷¹ Art 47 du code de 1810

²⁴⁷² Art 48 du code de 1810

²⁴⁷³ Art 46

²⁴⁷⁴ J-G. Petit, Ces peines obscures, la prison pénale en France 1780-1875, Fayard, 1990, p 539

²⁴⁷⁵ P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, 1995, p 98 et s.

²⁴⁷⁶ Loi du 27 mai 1885.

²⁴⁷⁷ par une loi du 18 mars 1955 et du 11 juillet 1975.

²⁴⁷⁸ La loi du 11 juillet 1975 abroge le dispositif.

²⁴⁷⁹ La loi du 14 Août 1885 crée la libération conditionnelle, modifiée par la loi du 29 décembre 1972 n° 72-1226, et loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

obligations fixées par le juge. L'attrait de la surveillance de haute police est ainsi perdu car elle s'apparente dorénavant à une interdiction de séjour.

536. La surveillance met en relief une justice à deux vitesses qui se traduit par « *le mépris publics, le délaissement, et surtout par la surveillance, sorte de boulet moral qui les accompagne dans le monde* »²⁴⁸⁰. La mise à disposition du gouvernement concerne les pauvres tandis que les riches payent une caution. Une justice à deux vitesses qui laisse sous surveillance la catégorie la plus pauvre des récidivistes, celle plus susceptible de récidiver et de faire échouer la surveillance. La mesure est si contraignante et difficile d'application qu'en 1832 elle est assouplie. Ce n'est plus l'administration qui fixe le lieu de résidence, mais le condamné lui-même jusqu'en 1851 où la répression est de retour, puis en 1874 un retour au système antérieur s'applique²⁴⁸¹. Les abus étaient récurrents. Il devait se présenter chaque semaine au service de police ou de gendarmerie pour signaler sa présence, tel un contrôle judiciaire. Des agents clandestins pouvaient le contrôler à leurs grés, constituant « *un abus légal* »²⁴⁸², « *une flétrissure ostensible* »²⁴⁸³. Une surveillance difficile à dissimuler aux yeux des employeurs. Difficile de faire confiance à un sortant de prison. Difficile de ne pas contrevenir aux obligations de résidence lorsque dans cette zone il n'y a pas de travail. Sans ressources, le récidiviste était condamné à récidiver. En contrevenant aux obligations, la surveillance de haute police est devenue la principale cause de récidive à la fin du XIX^e siècle²⁴⁸⁴. Il redevient un récidiviste par nécessité et non par choix parce qu'il ne peut pas retrouver sa liberté pleine et entière et prouver qu'il peut se reclasser. Pour les aider, des « *manufactures tenues pas les entrepreneurs des prisons* »²⁴⁸⁵ ont réservé des places pour les mis sous surveillance. Le peu qui de bénéficiaires avaient un salaire très faibles.

La prison étant à cette période de l'histoire un outil caché de supplice de la bourgeoisie sur les classes pauvres, la surveillance post carcérale est une infamie de plus. Une surveillance policière qui perpétue hors les murs cette persécution en dehors du jugement. Une infamie qui poursuit le marquage empêchant la réinsertion. Alors qu'il faudrait « *une gestion sociale de la pauvreté* »²⁴⁸⁶, les mesures d'assistances ne seront pas encore développées avant 1875. La surveillance de haute police est moins une mesure de surveillance qu'un prolongement de la peine. La question de la nature hybride de la surveillance de haute police trouve sa solution dans la loi du 27 mai 1885 qui crée la peine de la relégation des récidivistes et l'interdiction de séjour, soit deux peines distinctes.

B La Tutelle pénale des récidivistes

537. La tutelle pénale est un pont entre la sentence et la réhabilitation. Dans l'histoire de la récidive, l'analyse des lacunes de la tutelle pénale et de la procédure réhabilitative, toujours en vigueur, montrent les limites à la réinsertion du récidiviste dans la phase post-

²⁴⁸⁰ Ferrus, 1832 in J-G. Petit, *Ces peines obscures, la prison pénale en France 1780-1875*, Fayard, 1990, p 538.

²⁴⁸¹ Ibid, p 539.

²⁴⁸² Ibid p539.

²⁴⁸³ Ibid p539.

²⁴⁸⁴ Ibid p539.

²⁴⁸⁵ Ibid, p540.

²⁴⁸⁶ J-G. Petit, *Ces peines obscures...op.cit.*,p 548.

sententielle. La tutelle pénale des récidivistes, ancien article 58-1 du code pénal, est créée par la loi du 17 juillet 1970 qui supprime la relégation. Elle se caractérise par une procédure stricte dont l'objectif est la réhabilitation du récidiviste malgré son exécution en prison (a). Son caractère facultatif et incertain a fait perdre la confiance des juges dans cet instrument. Considérée comme une anomalie, elle est supprimée dans un contexte politique difficile et en l'absence d'instruments de substitution (b). Pour les mineurs, le patronage était une forme de tutelle pénale destinée à les intégrer par le travail. Les infrastructures d'accueil manquant cruellement, il fut aussi supprimé (c).

a. De la tutelle à la réhabilitation

538. La loi du 17 juillet 1970 supprime la relégation ce qui « amènera le législateur à introduire la tutelle pénale, peine complémentaire post pénale ne devant pas entraîner d'emprisonnement »²⁴⁸⁷. La tutelle pénale²⁴⁸⁸ s'inspire des principes de défense sociale nouvelle et se rapproche idéologiquement de la surveillance de police²⁴⁸⁹ tout en étant plus contraignante qu'un « contrôle judiciaire »²⁴⁹⁰ du fait qu'elle ne se contente pas de surveiller passivement le récidiviste sous la tutelle de l'administration pénitentiaire. L'idée est de substituer à la peine de prison des peines complémentaires ou accessoires (art 43-1 du CP) tel que les TIG, les jours amende, l'ajournement et la dispense de la peine (469-2 du CP), l'interdiction professionnelle ou sociale²⁴⁹¹. Elle s'exécutera soit dans un établissement pénitentiaire soit sous le régime de la libération conditionnelle de manière facultative pour une durée de dix ans à compter de l'expiration de la peine²⁴⁹². Elle a pour objectif de protéger la société contre les agissements des multirécidivistes tout en les reclassant au sein de la collectivité²⁴⁹³. La tutelle pénale se développe dans un contexte de libéralisation de la procédure pénale depuis la loi du 11 juillet 1945 qui limite le prononcé des peines d'emprisonnement courtes par la création de peine de substitution pour les délinquants en voie de reclassement, ainsi que les suspensions de peines. Elle élargit la libération conditionnelle pour favoriser la réinsertion des délinquants²⁴⁹⁴. La tutelle pénale s'inscrit dans une volonté politique de diminution de l'incarcération²⁴⁹⁵.
539. Après la suppression de la relégation, la tutelle pénale était une institution de transition, visant à lutter contre les « agissements des multirécidivistes en offrant à ceux-ci la possibilité de se reclasser au sein de la collectivité »²⁴⁹⁶. Comme son nom l'indique la tutelle est un moyen de contrôle et de surveillance elle pallie les carences des dépendances. Le condamné ayant purgé sa peine restera entre les murs de la prison, pour une durée déterminée lors d'un nouveau jugement motivé par les résultats d'un examen médicaux psychologique. La tutelle pénale se veut plus répressive que la surveillance de haute police. Elle n'est pas sans rappeler l'actuelle surveillance de sûreté et rétention de sûreté car l'enferment se poursuit au-delà de la peine échue et suite à une évaluation de la dangerosité. Prononcée par un tribunal, elle se substitue à la relégation entant que

²⁴⁸⁷ Ibid, p 47

²⁴⁸⁸ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970, art 58-1 du CP

²⁴⁸⁹ J.P. Allinne et M. Soula, *Les récidivistes...op.cit.*, p 46.

²⁴⁹⁰ Ibid., p47.

²⁴⁹¹ Art 43-2 du CP.

²⁴⁹² P. Poncela, *Droit de la peine...op.cit.*, p. 99.

²⁴⁹³ Ibid., p 99.

²⁴⁹⁴ A.Varinard, *Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine, Déviance et société*, Genève, 1983, Vol7, p155.

²⁴⁹⁵ Ibid.

²⁴⁹⁶ Art 34 de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970.

mesure de sûreté d'une durée maximale de 10 ans à compter de l'expiration de la peine. Seules les personnes ayant plus de 21 ans peuvent faire l'objet d'une tutelle pénale²⁴⁹⁷ La tutelle pénale ne peut être prononcée sur le seul fondement du passé criminel²⁴⁹⁸ et d'après une liste limitative des délits à l'occasion desquels la tutelle pénale peut être prononcée²⁴⁹⁹. Le jugement « *qui ordonne la tutelle pénale sans préciser, fût-ce par référence au casier judiciaire, les condamnations antérieures permettant de la prononcer* » doit être annulé²⁵⁰⁰ en raison de la mauvaise application des articles 485 du Code de procédure pénale et 58-I du Code pénal²⁵⁰¹. La tutelle pénale est laissée à l'appréciation du juge après une enquête et un examen médicaux psychologiques. Le but étant de « *vérifier si la mesure envisagée serait de nature à favoriser son reclassement, ne peut être confondu avec une simple expertise mentale qui concerne la responsabilité pénale du prévenu* »²⁵⁰². Elle s'exécute à l'expiration de la peine de manière facultative.²⁵⁰³ La privation de liberté impose la présence obligatoire d'un avocat pour respecter les droits de la défense²⁵⁰⁴ dès lors que le prévenu encourt la peine de la tutelle pénale²⁵⁰⁵, sauf si celui-ci ne comparait pas²⁵⁰⁶. Le juge doit procéder à une enquête de personnalité ou à un examen médico- psychologiques²⁵⁰⁷, « *le soin de procéder à l'examen médico-psychologique doit être confié à un médecin, et non à un psychologue* »²⁵⁰⁸, mais psychiatrique par un médecin et non un psychologue²⁵⁰⁹. Procédée par la juridiction d'instruction ou le cas échéant par la juridiction de jugement²⁵¹⁰. Le jugement même s'il ne doit pas viser expressément l'examen, la décision doit cependant être fondée dessus. A peine de nullité²⁵¹¹, « *la tutelle ne peut être ordonnée qu'au vu des*

²⁴⁹⁷ Loi n° 93440 du 8 déc. 1973 art 58 dernier alinéa.

²⁴⁹⁸ Cass. Crim., 09 mai 1972, pourvoi n°72-90111, Bull. crim. n°162 p. 413.

²⁴⁹⁹ « Cette peine complémentaire ne peut être ordonnée par un arrêt qui condamne un individu pour fabrication de chèques et usage de chèques falsifiés, encore que ces délits soient punis par la loi des peines de l'escroquerie » Cass. Crim., 17 octobre 1973, pourvoi n°73-91066, Bull. crim. n°360 p. 885.

²⁵⁰⁰ Cass. Crim., 14 juin 1977, pourvoi n°77-90934, Bull. crim. N. 219 P. 551.

²⁵⁰¹ Cass. Crim., 06 mai 1975, pourvoi n°74-93391, Bull. crim. N. 116 P. 320.

²⁵⁰² Article 58-1 alinéa 5 du code pénal Cass. Crim., 18 juin 1974, pourvoi n°74-91402, Bull. crim. n. 223 P. 573

²⁵⁰³ P. PONCELA, Droit de la peine...*op.cit.*, p 99.

²⁵⁰⁴ « Aux termes du dernier alinéa de l'article 417 du Code de procédure pénale modifié par la loi du 17 juillet 1970, l'assistance d'un défenseur est obligatoire quand le prévenu encourt la peine de la tutelle pénale. L'observation de cette prescription constitue une atteinte aux droits de la défense » Cass. Crim., 26 avril 1977, pourvoi n°77-90284, Bull. crim. N. 138 P. 343.

²⁵⁰⁵ « Aux termes de l'art. 417 C. pr. pén., l'assistance d'un défenseur est obligatoire quand le prévenu encourt la peine de la tutelle pénale » Crim. 9 mai 1972: Bull. crim. n° 162; JCP 1973. II. 17444, note Chambon ; « L'observation de cette prescription constitue une atteinte aux droits de la défense », Crim. 26 avr. 1977: Bull. crim. n° 138.

²⁵⁰⁶ « Si l'article 417 du Code de procédure pénale, modifié par la loi du 17 juillet 1970, dispose que l'assistance d'un défenseur est obligatoire quand le prévenu encourt la tutelle pénale, cette prescription ne vise, aux termes de l'alinéa 1er du même texte, que le cas où le prévenu comparait ». « Il résulte des articles 410 et 411 du Code de procédure pénale que le prévenu passible d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à deux ans, cité à personne, non comparant et non excusé, est jugé contradictoirement en son absence, sans que son défenseur soit entendu ; aucune dérogation à cette règle n'existe en faveur du prévenu passible de la tutelle pénale » Cass. Crim., 06 juillet 1977, pourvoi n°77-91231, Bull. crim. N. 259 P. 650.

²⁵⁰⁷ « Il est satisfait aux exigences de l'article 58-1 du Code pénal lorsque la Cour de Cassation est en mesure de s'assurer que l'enquête de personnalité, qui peut revêtir des formes diverses, a été faite ». Cass. Crim., 30 mars 1977, pourvoi n°77-90025, Bull. crim. N. 119 P. 294.

²⁵⁰⁸ Articles 81, D 23 à D 26 du CPP, Cass. Crim., 25 janvier 1978, pourvoi n°77-91996, Bull. crim. N. 33 P. 81

²⁵⁰⁹ Art. 463 du CPP, loi du 17 juillet 1970.

²⁵¹⁰ Sur le fondement de l'article 463 du CPP, Cass. Crim., 04 novembre 1972, pourvoi n°72-93017, Bull. crim. N. 326 P. 840.

²⁵¹¹ Art. 58-1 du CP, Cass. Crim., 30 mars 1977, pourvoi n°77-90025, Bull. crim. N. 119 P.

résultats de l'enquête et de l'examen médico-psychologique prévus par l'article 81 du Code de procédure pénale, auxquels la décision doit se référer »²⁵¹² ainsi qu'à la situation matérielle, familiale et sociale du prévenu²⁵¹³.

- 540.** A la fin de la tutelle pénale, après un délai de cinq ans pour les condamnés à une peine criminelle, de trois ans pour condamnés à une peine correctionnelle et d'un an pour les condamnés à une peine contraventionnelle, une demande en réhabilitation est possible²⁵¹⁴. La demande est formulée auprès d'une institution qui a pour objet de rendre à un individu la situation légale qu'il a perdue par l'effet d'une condamnation. La réhabilitation judiciaire régie par le code de procédure pénale est fondée sur le relèvement effectif de l'ancien condamné. Celui-ci doit prouver qu'il a eu une bonne conduite pendant un certain Les délais légaux sont doublés si le requérant est un récidiviste et si l'individu, après avoir obtenu la réhabilitation, a subi une nouvelle condamnation. En revanche, opérant de plein droit au bout d'un certain délai écoulé sans nouvelle condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle (trois, cinq, dix ans : art. 133-13 du CP), la réhabilitation légale se contente d'une présomption de bonne conduite du condamné. La réhabilitation fait disparaître la condamnation en ce sens qu'elle ne compte plus pour la récidive et ne fait plus obstacle au sursis. D'autre part, les condamnations réhabilitées sont désormais retirées du bulletin n° 1 du casier judiciaire²⁵¹⁵.

La réhabilitation est limitée par la prise en cpte pour la récidive : La réhabilitation légale n'exclue pas la récidive comme le montre un arrêt de 2010²⁵¹⁶. Ses effets ne sont pas ceux de l'amnistie (art 133-16 du CP). Effacement rétroactif de la peine sur les bulletins 2 et 3 du casier judiciaire²⁵¹⁷, est censé n'avoir jamais existée et ne peut être pris en compte dans l'aggravation de la peine ou de l'application d'une peine plancher comme le premier terme de la récidive. Or, la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, vient aggraver le régime des récidivistes en précisant à l'article 133-16 du CP que « *la réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, pas les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites pour l'application des règles de la récidive légale* ». La cour de cassation du 26 janvier 2009 avait déjà émis un avis dans le sens ou « *une condamnation même non avenue est susceptible de constituer le premier terme de la récidive, des lors qu'elle figure au casier judiciaire* »²⁵¹⁸. Le non avenue n'empêche plus la récidive. L'art 43 de la loi du 5 mars 2007 a durci les règles de la récidive et les conditions de la réhabilitation avec un délai de réhabilitation doublé pour les récidivistes (art 133-13 al 1^{er} du CP).

- 541.** La tutelle pénale n'a pas rempli ses promesses permettant le suivi du condamné vers sa réhabilitation. Elle est supprimée dix ans plus tard par une renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes²⁵¹⁹. L'objectif est d'assurer une réponse pénale prompte grâce à une procédure rapide. Elle prépare les prémices de la comparution

²⁵¹² Cass. Crim., 25 janvier 1978, pourvoi n°77-91996, Bull. crim. N. 33 P. 81.

²⁵¹³ Cass. Crim., 28 juin 1972, pourvoi n°72-90995, Bull. crim. N. 225 P. 589.

²⁵¹⁴ Art. 786 du CPP en vigueur jusqu'en 1994.

²⁵¹⁵ art. 769, du CPP, M-H. Renaut, Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive, De la notion de consuetudo deliquendi au concept de dangerosité, *RSC* 2000, p319.

²⁵¹⁶ Crim. 15 sept. 2010, n°10-81.053, La réhabilitation légale n'exclut pas la récidive, *AJ pénal* 2011, p 261, obs. M.Herzog-Evans.

²⁵¹⁷ L'effacement du bulletin n°1 nécessite une demande en justice, Art 798-1 du CPP.

²⁵¹⁸ C.SAAS, « Les sursitaires en danger au regard de la récidive, avis de la cour de cassation du 26 janv. 2009, n°0080013 », *AJ pénal* 2009, p 173.

²⁵¹⁹ D.1981, lég.85.

immédiate instaurée en 1983²⁵²⁰. L'esprit de ce texte est de « *restaurer la certitude de la peine* »²⁵²¹ sans pour autant réduire la liberté d'appréciation du juge, mais de placer le criminel face à ses responsabilités.

b. Une mesure incertaine

542. La tutelle pénale n'était pas favorablement accueillie par l'administration pénitentiaire exaspérée de trainer « *comme un boulet depuis près d'un siècle la gestion des multirécidivistes* »²⁵²². Une décennie plus tard, elle est un échec, supprimée par la loi dite sécurité liberté du 2 février 1981²⁵²³. Cette loi est très critiquée dans une période de forte criminalité où les sondages expriment l'irritation des français²⁵²⁴. « *Rarement un projet de loi ne fut combattu aussi furieusement* »²⁵²⁵. Sa suppression s'explique par le fait qu'elle n'était qu'une mesure de transition entre « *le système rigoureux et archaïque de la relégation et la conception moderne et la mieux adaptées à la pratique, à savoir la suppression de mesures pénale distinctes à l'égard des multi récidivistes* »²⁵²⁶. Avec le temps elle est même devenue, comme le précise Alain Peyrefitte, garde des sceaux défenseur du projet de loi sécurité liberté, une « *anomalie* »²⁵²⁷ du système carcéral²⁵²⁸. « *La tutelle pénale, héritière de l'archaïque relégation* »²⁵²⁹ maintien en prison au-delà de la peine prévue le détenu. En 1980 il reste 180 détenus sous tutelle pénale en prison. La tutelle pénale définissait le cadre juridique des délinquants d'habitude et des récidivistes d'infractions graves en étant une peine complémentaire s'ajoutant à la peine principale.

Les traitements se sont diversifiés par la variation du quantum des peines et les enquêtes de personnalité du condamné. Désormais la tutelle pénale n'a plus raison d'être. De plus, la période de sureté introduite par la loi du 22 novembre 1978 pour les infractions de violences ou d'une condamnation de 3 ans a « *ôté la majeure partie de l'intérêt à cette mesure* »²⁵³⁰. Le pouvoir du JAP est limité et transféré à la commission d'application des

²⁵²⁰ Art 395 du CPP issue de la loi n°83-466 du 10 juin 1983.

²⁵²¹ Circulaire 7 février 1981, D. 1981, Leg, p 112.

²⁵²² G. Levasseur, L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine, RSC, 1991, p9.

²⁵²³ Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes. Art 43 de la loi abroge la tutelle pénale (art 728-1 à 728-4, 729 al 4 et 784 al4 du cpp et suppression des art 58-1 et 58-3 du cp abrogation des art 58-1 à 58-3 du CPP.

²⁵²⁴ Travaux préparatoires : Entre autre l'intervention de J. Piot le 11 juin 1980, JO Debats Ass. Nat. 12 juin 1980, p 1745 ; R. Badinter, l'esprit d'une loi, Le monde, 10 mai 1980, J. Leaute, pourquoi il faut dire non, Le nouvel Observateur, 12 mai 1980, A. Peyrefitte, réponse, le nouvel Obs, 25 mai 1980 ; J-M. Varraut, commentaire sur le projet de loi renforçant la sécurité des personnes et des biens., Gaz. Pal. 1980.1. Doctr., p 261; R. Merle ; un droit pénal de nécessité ? *Ibid.*, p266.

²⁵²⁵ Nombreux amendements et discussions à l'Assemblée nationale, puis une décision favorable à la constitution par la Cons const le 20 janv. 1981, J. Pradel, la loi du 2 février 1981 dite « sécurité et liberté » et ses dispositions de procédure pénale, D.1981, chron. 101

²⁵²⁶ X. Nicot, Guide juridique Dalloz, p 529.

²⁵²⁷ A. Peyrefitte, sur la loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes JO débat sénat 6 novembre 1980, JO du 7 Nov, p 4460.

²⁵²⁸ J. Danet, Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle, RSC 2010 p.49.

²⁵²⁹ *Ibid.*, p 1751

²⁵³⁰ Piot, J.O. Séance ass nat 11 juin 1980, P 1747

peines²⁵³¹. Une restriction dans l'atténuation des peines et l'utilisation des circonstances atténuantes, surtout lorsqu'il y a récidive. Une correctionnalisation des peines s'opère par la diminution de peines, en échange d'un accroissement du champ de la répression concernant les circonstances aggravantes. A ce là s'ajoute une accélération de la procédure. Puisque la tutelle pénale n'était pas perpétuelle ni obligatoire, la faculté du juge de la prononcer s'appuyait uniquement sur une enquête de personnalité et médico-psychologique nécessitant des moyens humains et une réelle volonté de faire des efforts dans la réinsertion des récidivistes. « *La réussite d'une mesure de cette nature supposait un effort en équipement et en personnel qui n'a jamais été sérieusement engagé* »²⁵³². En contrepartie, les conditions de la libération conditionnelle et du sursis sont endurcies pour rappeler que cette suppression n'est pas un « *cadeau* »²⁵³³.

543. La philosophie de cette loi sécurité-liberté, émanant d'un gouvernement de droite, tranche avec la conception actuelle du gouvernement de gauche, qui dans la conférence de consensus en 2013, « *préconise d'adopter un système de libération conditionnelle d'office, qui permettrait de ne plus considérer cette mesure comme une faveur, mais bien comme le mode normal de libération, seul capable d'assurer une prévention efficace de la récidive. De manière symétrique, les sorties sèches doivent être proscrites* »²⁵³⁴. La loi Sécurité et liberté parachève la « *rupture radicale* »²⁵³⁵ de la politique avec les mesures de défense sociale. La suppression de la tutelle pénale laisse le droit pénal sans instrument spécifique pour prévenir la récidiviste. Au début des années 80, il est constaté que le problème des récidivistes incorrigibles est laissé sans solution²⁵³⁶. Il n'existe plus de peine spécifique contre les récidivistes. A Peyrefitte veut restaurer la confiance en la justice en rappelant le respect qu'il a pour les juges « *honnêtes, consciencieux, courageux* »²⁵³⁷. Le législateur doit les aider en leur donnant les moyens de leur travail puisqu'ils ne peuvent réformer le système par eux-mêmes. Ainsi il restaure la certitude de la peine notamment dans la détermination de celle qui consiste à « *réduire l'éventail des peines ouvert au juge* »²⁵³⁸. Si le juge est libre, *toute liberté doit avoir ses limites*. Réviser le minimum et le maximum des peines sans pour autant atteindre à la liberté d'appréciation du juge est le défi du législateur. Restaurer le sursis dans sa vraie dimension, contrôler les remises de peine et les permissions de sortie pour les individus dangereux condamnés, sont des moyens pour garantir la certitude de la peine. Ces mesures sont des récompenses. Pourtant elle supprime la tutelle pénale la peine sévère qu'est ce qui peut sembler incohérent puisqu'il se dit vouloir plus de fermeté contre les récidivistes mais supprime la tutelle pénale peine complémentaire justement prévue pour

²⁵³¹ A.Varinard, Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine, Déviance et société, Genève, 1983, Vol7, p155.

²⁵³² J.Piot, rapport de la commission des lois de l'assemblée nationale n°1785 du 10 juin 1980 sur la loi sécurité-liberté, Tome II p 72 et 73, in P. Clement, *Rapport d'information de l'assemblée nationale n° 1718 sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, 4 mars 2004, p 20.

²⁵³³ A. Peyrefitte, Séance ass nat 11 juin 1980, p, 1748.

²⁵³⁴ Conférence de consensus, Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive, Principes d'action et méthodes, Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, Paris, le 20 février 2013, P3

²⁵³⁵ A.Varinard, Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine, Déviance et société, Genève, 1983, Vol7, p155.

²⁵³⁶ G.Levasseur, L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine, *RSC*, 1991, p9.

²⁵³⁷ p 4459.

²⁵³⁸ en délimitant « avec précision la compétence respective des tribunaux correctionnels et des cours d'assises pour les actes de violence grave, alors que cette délimitation est actuellement à la diligence des procureurs et des tribunaux correctionnels dont les jurisprudences varient d'un ressort à l'autre, comme sous l'ancien régime. » Ibid

ces multirécidivistes dangereux incorrigibles. Le projet de loi semble « *démagogique et hypocrite* »²⁵³⁹ pour de nombreux députés de l'opposition de gauche, dont F. Mitterrand rejetant ce projet de loi liberticide. Il rappelle devant l'assemblée nationale le 11 juin 1980 qu'il s'agit d'une loi de circonstance et qu'il n'y a « *de liberté sans sécurité et de sécurité sans liberté* »²⁵⁴⁰. Sous prétexte d'atteindre d'autres crimes il est préconisé une législation de répression sociale. En effet, cette loi est débattue dans un contexte de mouvements sociaux et qui aurait pour objectif d'écraser les militants syndicaux. Ce n'est pas sans rappeler les contextes politiques qui ont créé les grandes lois contre la récidive de la relégation et des peines planchers²⁵⁴¹. Adoptée à la fin du septennat de Valéry Giscard D'estain, elle est tronquée par F. Mitterrand à son arrivée au pouvoir en 1981, symptôme de la mouvance politique en la matière.

c. Le patronage des mineurs

544. Le patronage des mineurs est une sorte de tutelle pénale par le travail. Il ressort des manufactures carcérales pour adultes. L'assistance publique joue un rôle important dans le secours des enfants évoluant dans un milieu corrompu. Où les parents ne sont plus capables d'élever leurs enfants. « *Les enfants que leurs parents, en raison soit d'infirmité chronique, d'indigence ou de la nature de leurs occupations, soit par suite de leur fils même, se déclarait dans l'impossibilité de surveiller et de pourvoir un état* »²⁵⁴². Souvent condamnés, les parents n'ont pas les moyens d'offrir une bonne éducation respectueuse des règles²⁵⁴³. Pour des questions de sécurité nationale il faut se substituer à l'autorité parentale en extirpant les enfants de la précarité et de la mendicité et éviter qu'ils deviennent des « *sauvageons* »²⁵⁴⁴ ou des « *racailles* »²⁵⁴⁵ multirécidivistes d'aujourd'hui. Les valeurs républicaines de laïcité, d'égalité et de fraternité ne leur sont pas inculquées. Autrefois, dans les maisons de correction²⁵⁴⁶, ils sont aujourd'hui résidents de centres éducatifs fermés (CEF). L'Assistance Publique apprécie la défaillance de l'autorité paternelle en y remédier en sous forme de tutelle ou de patronage. La tutelle alors qu'il subsiste sous le patronage. Ce dernier est un placement sous contrat consistant au redressement de l'enfant. Après une période d'observation en hospice de neuf mois il est observé et classifié. S'il est incorrigible il est mis sous patronage. Environ 10 % d'entre eux seront refusés et retourneront dans leur famille lesquels obtiendront une autre forme d'aide. Les enfants sont placés individuellement ou en groupe dans les établissements industriels, maison de commerce ou établissements agricoles. Ils apprennent la profession de boucher, charcutier, ébéniste, imprimeur, etc... Une loi de 1874 interdit leur placement dans des professions dangereuses. Ces petits désœuvrés,

²⁵³⁹ A. Hautecoeur, JO débat assemblée nationale 12 juin 1980, Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, appelée en abrégé Loi sécurité et liberté, p 1803.

²⁵⁴⁰ JO débat assemblée nationale 12 juin 1980

²⁵⁴¹ V. *infra*.

²⁵⁴² Ibid, p326

²⁵⁴³ J. Reinach, *Les récidivistes...* op.cit., p321.

²⁵⁴⁴ « J'ai utilisé le terme de « *sauvageon* » en 1998, devant l'assemblée nationale. J'incriminai alors l'assassinat d'une épicière par un mineur de 14 ans. Etymologiquement, le sauvageon est un arbre non greffé. J'incriminai donc l'insuffisance de l'éducation, celle des parents comme de l'école. Il y a une différence complète de conception avec la « *racaille* » de Sarkozy. Sauvageon est à la fois ironique et pédagogique. Ce n'est pas une injure », J-P. Chevènement, « J'ai 40 ans d'avance », Aujourd'hui en France, 5 juillet 2006 ; J-P. Chevènement, Libération, 12 janvier 1999.

²⁵⁴⁵ N. Sarkozy « Nicolas Sarkozy continue de vilipender racailles et voyous », Le Monde.fr 11.11.2005.

²⁵⁴⁶ Ibid., p 325

moralement abandonnés, trouve dans le placement individuel une vie de famille stable ou des liens d'affection pourront se créer. En revanche les enfants placés en groupe bénéficieront d'avantages pécuniaires par leur travail et des jeux sportifs, promenades, consistant à lutter contre les habitudes qu'ils auront contractées avec leurs parents tels que l'oisiveté, le vagabondage ou la dissimulation²⁵⁴⁷. Les enfants placés individuellement dans des familles travaillant seront ceux qui seront plus stables moins livrés à eux-mêmes et moins démoralisés, les plus forts. Les textes de l'époque visent principalement à se substituer à l'autorité paternelle dans un but de protection de l'enfance.

Lorsque la mère est défaillante cette indigente bénéficie dans un premier temps d'une aide financière. Il est considéré que l'enfant a droit à sa mère et qu'il faut en priorité lutter contre l'abandon. Une somme d'argent lui sera versée pour qu'elle puisse subvenir matériellement à l'éducation de son enfant. Il est donc pas fait référence à l'autorité parentale mais plutôt au droit de la famille et à l'autorité paternelle. Cette dernière est remplacée par l'autorité parentale conjointe. Le père n'a plus la même place dominante dans la cellule familiale ce qui peut être regrettable pour l'éducation d'enfants. L'augmentation des divorces et le nombre de mères isolées représente une majorité de familles précaires. Elles prouvent l'abandon du père et de l'autorité paternelle. Il serait d'intérêt public au même titre que l'éducation scolaire d'accroître les obligations du père dans l'éducation morale des enfants. Une mère n'est pas un père et pour se construire en tant que citoyen équilibrée un enfant a besoin de l'amour de sa mère et de l'autorité de son père. *« En résumé, il faut, avec ses enfants, de la fermeté, mais une fermeté toute paternelle, bienveillante, indulgente à propos, toujours patiente. Notre devoir est de moraliser ses enfants. Ils ont été pervertis, dévoyée ; ils ont un mauvais exemple dont nous ne pourrions probablement pas toujours détruire ou même contrebalancer les effets ; à nous, de réveiller chez ses enfants les bons sentiments, de leur montrer le bien, d'arriver à le leur faire apprécier, aimer, et d'en faire de braves ouvriers. Pour cela, il faut d'abord les réhabiliter à leurs propres yeux, les rappeler au sentiment de leur dignité, profiter de leurs bons instincts, combattre leurs mauvaises habitudes, et surtout sans faire aimer et s'attirer leur confiance. Pour cela, il faut les aimer soi-même, leur montrer qu'on s'intéresse à eux, en un mot, confèrent leurs biens. C'est la une tâche qui prépare certainement les déceptions, car tous ne répondront pas à nos bonnes intentions, mais qui réservent aussi bien des satisfactions et est très attachante si l'on considère le bien affaire et la mission philanthropique et sociales à remplir »*²⁵⁴⁸.

D La domination du contrôle sur le soin

545. Les instruments de surveillance qui imposent au condamné ou au mineur une période probatoire, n'ont pas eu de succès et se sont vite arrêtés par faute de confiance et de moyen. C'est sûrement en raison du développement du contrôle par le soin dans la phase sententielle et post sententielle. En France existe-t-il une domination du contrôle sur le soin²⁵⁴⁹? Cette réflexion émane d'une comparaison avec le système belge. Il s'inspire des théories de la défense sociale, créer un circuit entre la prison annexe psychiatrique et l'établissement de défense sociale. Le soin est présent à toutes les étapes du circuit sans

²⁵⁴⁷ Ibid, p 349.

²⁵⁴⁸ C. Quentin in Reinach, *Ibid.* p352.

²⁵⁴⁹ *Ce que la dangerosité fait aux pratiques. Entre soin et peine, une comparaison France-Belgique*, Mission de recherche Droit et Justice, note de synthèse, Avril 2012, p 7

être associé ni soumis au contrôle, qu'il hors les murs ou non. La prise en compte de la dangerosité dans les pratiques professionnelles est différente. Les membres des commissions de défense sociale belges décident de la libération anticipée des détenus. C'est un régime d'internement de sûreté à durée indéterminée. Il oscille entre les soins et le contrôle de la dangerosité et le risque de passage à l'acte de l'aliéné²⁵⁵⁰.

La surveillance par les professionnels de santé s'organise comme une réponse disciplinaire à des comportements jugés incompatibles avec la détention en régime commun. Les différents types d'expertises et de recrutements des psychiatres favorisent une approche évaluative des risques pour la sécurité publique. Dans le cadre d'une libération, le soin est un facteur de réduction de récidive. En France, l'établissement pénitentiaire reste ordinaire. La maladie mentale se heurte quotidiennement aux agents pénitentiaires. Elle est assimilée au trouble mental et au risque d'agression. Le travail des surveillants se restreint à l'écoute pour canaliser les angoisses et la violence. Il s'agit d'une politique de prévention basée sur la pluridisciplinarité avec un partage des connaissances sur l'exécution des peines et la maladie mentale. Ce qui caractérise les prisons françaises sont les risques d'agression de suicide et le fait criminel gêne de la prison. *« L'absence presque systématique des psychiatres en commission pluridisciplinaire unique et l'attestation laconiques fournies au juge d'application des peines en commission d'application des peines et en audience sont dès lors incomprises et suscitent une certaine hostilité vis-à-vis des services médicaux psychologiques régionales »*²⁵⁵¹. L'étude de la dangerosité est une pratique qui évoque le manichéisme des services psychiatriques dans les services médicaux psychologiques régionaux. Le secret médical est une des conditions d'exercice du soin en milieu pénitentiaire. Il exclut le personnel de l'administration pénitentiaire. Les praticiens souhaitent une grande autonomie dans leur profession alors qu'un travail en commun pourrait s'appliquer d'autant plus qu'il doit porter la double casquette de l'ordre pénitentiaire et de la lutte contre la récidive. *« Le secret médical se trouve de ce fait au cœur de conflit que l'on ne peut pas complètement épuiser avec les outils de l'interactionnisme : en effet, si le secret médical renforce une certaine division du travail, et préserve la noble tâche de soigner du sale boulot de punir, il est également un outil politique, destinée à préserver l'autonomie des professionnels spy face au dilemme que pose leur exercice en milieu pénitentiaire. Ce dilemme est ravivé par la transformation du soin en milieu carcéral avec l'ouverture des USA et la création des centres sociaux médicaux judiciaires de sûreté qui développent le principe de la pluridisciplinarité. Le partage des informations estampillées du secret médical porte en lui les germes de tensions. La psychiatrisation de l'univers carcéral bouscule les psychiatres. Un transfert de responsabilité s'opère vers l'équipe soignante qui participerait à la prévention des risques de récidive. L'échec des hospitalisations d'office remet au goût du jour l'idée que l'enceinte sécurité de la prison ne peut être un lieu de soins. Une nouvelle interface entre prison et l'hôpital légitimise la solution des UHSA, créant un renouveau des mesures de sûreté²⁵⁵² qui surveillent et contrôlent par le soin.*

²⁵⁵⁰ Ibid p 7

²⁵⁵¹ Ibid.

²⁵⁵² H. Matsopoulou, « L renouveau des mesures de sûreté », D.2007, p1607.

II. Le suivi renforcé

546. Sortir du cercle vicieux de la délinquance consiste d'abord s'extraire de la stigmatisation et comprendre la théorie du défi²⁵⁵³ qui crée la défiance envers la loi. Une prison trop dure crée un détenu ennemi de la République. Le rejet du récidiviste par la société et le fait d'une stigmatisation sur la personne ou sur le délictueux. Plus la justice est injuste et plus le risque de désobéissance est grand, justifiant l'intérêt de respecter les droits de la défense et d'expliquer le sens et la portée de la sentence. A défaut, l'absence de légitimité de la loi et de la condamnation met au défi l'auteur. Alors, la peine trop forte ou inappropriée devient injuste et ne crée pas chez les détenus la conscience de la gravité de son acte. Il ne peut pas se remettre en question et l'amélioration est impossible, la récidive est assurée. Comment s'amender si le détenu n'est pas en position de reconnaître sa faute en raison d'une peine disproportionnée, basé sur ses origines, sa pauvreté, sa condition sociale. L'auteur, récidiviste est stigmatisé et non son acte. Replacer l'individu au cœur de la réinsertion dans un suivi personnalisé est l'expérience menée avec succès par le TGI de Cambrai (A). Elle pourrait faire changer les idées reçues sur le traitement de la récidive, comme l'ambitionnait la conférence de consensus qui instaura la contrainte pénale. En effet, si les exemples d'actions locales prouvent que la France possède malgré tous des atouts pour mettre en place un système probatoire efficace (B).

A. L'expérience de Cambrai

547. Un dispositif est mis en place par le juge Vicentini, procureur à Cambrai²⁵⁵⁴. Le projet échappé au parquet pour devenir un outil du JAP qui prévient la récidive. Il est aussi expérimenté à Beauvais. Il s'agit d'une probation intensive dans l'esprit de l'article 70 du CPP. L'exécution des peines a pour finalité de prévenir la récidive en garantissant l'insertion et la réinsertion du condamné. La réinsertion implique l'établissement d'un lien social de réadaptation. Ce dispositif propre à Cambrai s'adapte à la population du ressort juridique. Les populations pénales ne sont pas les mêmes d'une région à l'autre. Le dispositif est souple. Le libre arbitre, présumé de la responsabilité pénale, ne se gomme pas facilement. Réduire tous les facteurs implique de supprimer la responsabilité pénale pour devenir du déterminisme. Malgré l'installation du dispositif, le libre arbitre demeure. Il a pour but de gommer les inégalités et de mettre sur le même niveau d'égalité les condamnés qui n'ont pas eu toutes les aides pour s'adapter. A partir de ce point de départ, chacun prend ses décisions. Il faut accepter l'échec et écarter l'idée de l'assistanat. Il n'y a pas de privilège mais seulement une remise à niveau, pour pouvoir les punir le plus justement possible. Si le condamné récidive, on est en mesure d'avoir assez de motifs pour punir sévèrement.

Il a été constaté que des condamnés rentrent et sortent de prison sans y remédier. Dans une petite juridiction ce sont toujours les mêmes personnes qui récidivent ou réitèrent leurs actes. L'idée de départ est d'agir sur les facteurs facilitateurs de l'infraction commune à la population locale : grande précarité financière, matérielle, culturelle et psychologique et affective. Le suivi renforcé est une sorte de coaching. L'objectif principal est empêcher la récidive en essayant intervenir sur le plus d'accès possible afin d'envisager la situation la plus globale et complète possible : aides administratives, aide à

²⁵⁵³ R.Cassin, *Criminologie*, précis Dalloz, 2007, p 194.

²⁵⁵⁴ J-P. Vicentini, Procureur et I. Derveaux, juge d'application des peines, « L'efficacité de l'exécution des peines », colloque, Reims, 11 décembre 2012.

la mobilité, permis de conduire, accès aux soins, communication, réinsertion professionnelle, pratique d'activités en temps libre pour lutter contre le l'oisiveté (sport, culture, bénévolat). Ces actions aide à la revalorisation de la personne et la prise de confiance en soit par l'optimise de conduire un nouveau projet. L'autre axe prioritaire est l'accès au logement pour stabiliser le sortant de prison.

548. Dans quel cadre juridique le JAP peut-il appliquer et étendre ce dispositif inventé par le procureur ? Il a un pouvoir de créativité dans l'application des peines. Les termes de l'article 740 du CPP concernant le SME permet de désigner toute personne qualifiée pour assurer le suivi de cette mesure en fonction de sa capacité et personnalité particulière du condamné. Article 712-16 du CPP lui octroie les pouvoirs les plus étendus en matière d'instruction. Il peut désigner toute personne qualifiée pour effectuer une expertise, une enquête, individualisée. Théoriquement, JAP est la personne la plus puissante de France. Sa fonction est celle de réfléchir aux moyens les plus adaptées pour lutter contre la récidive. Ce dispositif est donc compatible la plupart des délits et toutes les mesures suivies par le juge des enfants qui fait office de JAP pour les mineurs. Le suivi renforcé a été appliqué à quelques délinquants sexuels. Le suivi renforcé est un outil supplémentaire au suivi classique du SPIP. Le magistrat et des travailleurs sociaux repèrent les personnes susceptibles d'être en suivi renforcé à tous les niveaux.

Tout d'abord, le dispositif ne visait que les condamnés majeurs. Il est financé par les élus locaux et le fond interministériel de prévention de la délinquance. Une phase expérimentale a été réalisée par le biais du recrutement d'une coordinatrice formée à la prévention de la récidive par le SPIP de Cambrai. Ensuite, il a été détaché une conseillère de mission locale à temps plein pour les moins de 26 ans, étendu aux mineurs. Enfin, dès l'entrée en détention il est fait référence à l'application ultérieure du suivi renforcé. Un lien entre la détention et le milieu ouvert est facilité pour éviter de perdre des personnes qui n'ont pas les capacités de reprendre une vie normale. Le taux de récidive est très important à la sortie de la détention selon les psychiatres ce qui va à l'encontre des clichés pensant que la sortie la personne ne récidivera pas car elle encore l'image de la prison. Leur vulnérabilité à la sortie peut pousser à la commission d'infractions. Il est indispensable d'accompagner les sorties sèches par le SPIP. L'objectif du suivi renforcé est d'aller plus loin en ayant un référent unique qui vient de la détention à la sortie. Les personnes conservent leur repère lorsqu'ils sont en grande précarité. La personnalisation de l'accompagnement est psychologiquement importante. Un lien secret se créer entre le référent et le condamné qui perdure lors de la réinsertion. Cette relation contribue à faire perdurer l'échange d'information au-delà de la réinsertion devenant des peines sympathiques (changement de vie, nouvelle copine, nouvel emploi).

549. L'orientation des condamnés vers le dispositif doit se fait à partir de critères le plus large possible. Ils correspondent à un certain profil. Le JAP peut les identifier soit lors des audiences correctionnelles, lors des premiers entretiens, à l'occasion d'un rappel d'obligations, ou dans le cadre d'un SME. Le juge des enfants a ce même pouvoir. Sont aussi des orienteurs le parquet, le SPIP, la PJJ, les avocats qui sont en contact avec les condamnés, ainsi que les associations qui interviennent dans le suivi de certains auteurs et les élus comme les maires qui financent. La procédure impose la confidentialité.

La sélection se focalise des multirécidivistes, hommes, mineurs ou majeurs, qui ont un problème d'emploi, de soins (psychiatriques, psychologiques, addiction), de logement (partenariat avec des associations), d'autonomie pour des affaires de la vie courante.

Préalablement ils doivent être volontaires. Ils sont libres de refuser la proposition du JAP, ce qui permet aussi d'avoir une vision générale de la nature de l'engagement du condamné à se réinsérer. Le jure tira les conséquences d'un refus. La base éducative et d'application des peines n'est pas l'assistanat, le condamné garde son libre arbitre.

Dans la mise en œuvre du dispositif, la coordinatrice rencontre le condamné. Elle échange avec le SPIP ou la PJJ, pour avoir une vision globale de la situation. S'il a moins de 26 ans une rencontre est organisée avec la conseillère (réfèrent mission locale) qui s'occupe des problématiques d'emploi. Le suivi renforcé exige un échange important entre tous les partenaires (qualité et fréquence des échanges). Le suivi se superpose au suivi classique. Le contact peut-être téléphonique. Tous les trois mois, une audience en présence du JAP et du procureur évalue l'investissement des majeurs (tous les mois pour les mineurs). Le condamné est obligatoirement présent avec la coordinatrice qui explique l'avancée de ses projets, la qualité de son investissement et si elle souhaite le maintien du suivi renforcé. Un représentant du SPIP ou de la PJJ est présent. Au terme de l'audience, est prise une décision de poursuite du suivi renforcé ou de sortie du dispositif pour un retour dans le suivi classique en cas de manque d'investissement. Cette aide supplémentaire n'est pas un outil pour les privilégiés. Chaque mois le réfèrent produit un rapport au JAP et communique avec le SPIP sur l'avancée du suivi renforcé.

Le bilan du dispositif se déroule une fois par an lors d'une rencontre avec les maires financeurs. Le secret professionnel impose l'anonymat des condamnés faisant l'objet du suivi renforcé. L'objectif même du dispositif impose un minimum de dossier suivi par la coordinatrice. Pour être efficace elle doit s'investir de manière efficace pour renforcer le suivi et apporter une plus-value au suivi classique. Le suivi renforcé ne doit pas durer trop longtemps, en moyenne de six mois, pour ne pas habituer les condamnés à l'assistance. On met un maximum de moyens à leur disposition pendant un temps court et devenir autonome. Cette remobilisation et cette rééducation change leur comportement (*communitive behaviour*).

- 550.** Le suivi renforcé relève de nombreux points forts. L'accompagnement renforcé, la souplesse et la réactivité du dispositif font progresser et évoluer en fonction des situations. Il s'adapte à l'utilisation des nouvelles technologies (SMS, Facebook) pour faciliter la communication et dynamisme la créativité (organisation d'événements sportifs et culturels)²⁵⁵⁵. La communication en temps réel avec la justice (JAP, SPIP, PJJ) humanise la réponse pénale. Le suivi renforcé, fondé sur le partenariat formalise les relations avec pôle emploi qui reçoit les condamnés avec la coordinatrice qui se déplace dans les communes. L'évaluation statistique du suivi renforcé démontre son efficacité sur la baisse de la récidive. Le taux de récidive des condamnés pendant le suivi renforcé est de 18 % pour les majeurs et 4 % pour les mineurs, sachant qu'il s'agit de condamnés sensibles qui présentent des forts risques de récidive. Les résultats sont encourageants au regard du taux national qui avoisine 35% de récidives dans les 4 ans²⁵⁵⁶. Une comparaison du taux de récidive est difficile étant donné, la divergence des critères employés dans la mesure statistique de la récidive. Le professeur M. Herzog Evans a le projet d'évaluer l'expérience menée à Cambrai, à partir d'un outil actuariel simple. L'objectif étant de définir les risques d'origine et les risques de sortie de la délinquance.

²⁵⁵⁵F. Bourgis , La Voix du Nord, « Jean-Philippe Vicentini, Procureur à vélo sur le chemin de la non récidive », le 02 mai 2010.

²⁵⁵⁶ V.*infra* n°186 ; V. annexe 3 et 4 ; Etude d'A. Kensey, in P.Bessoles, *Sciences criminelles cliniques...op.cit.*, p 89.

Par exemple étudier l'impact criminologique du régime matrimonial (marié ou en concubinage). Les hommes sortent de la délinquance lorsqu'ils sont installés en couple, alors que les femmes tombent dans la délinquance à cause d'un homme.

Le suivi renforcé de Cambrai puis de Beauvais ne serait pas un suivi intensif mais un suivi normal car c'est ainsi que tout suivi devrait être mené. Il n'y a pas de différence statistique importante entre un suivi classique et un suivi renforcé pour des délinquants à bas risque. Le suivi renforcé est inutile pour les délinquants à bas risque de récidive (Perte d'énergie et financière). Il est même possible d'aggraver le risque de récidive. Pour les délinquants sexuels à moyens et au risque, une amélioration est perceptible grâce au suivi autre que psychiatrique et psychologique.

B. Les atouts d'une probation française

551. L'intensité du suivi et l'intensité de la mise à exécution sont différents. L'accompagnement caractérise l'intensité du suivi. L'intensité de la mise à exécution correspond à la certitude que le probationnaire est sanctionné lorsqu'il n'exécute pas ses obligations. Aux États-Unis et en Angleterre le système de la probation est beaucoup plus vigilant et réactif lorsque le condamné ne respecte pas ses obligations. La violation des obligations, son constat et sa sanction sont une garantie d'efficacité. Un protocole comptabilise le nombre d'absences aux rendez-vous. Les violations d'obligations peuvent être synonymes de renvoi en prison. Cette réaction n'est pas celle de la France beaucoup plus souple. Elle ne choisit pas d'augmenter la réactivité de la sanction contrairement aux États voisins. Le retour en détention crée une surpopulation carcérale néfaste à la lutte contre la récidive. Il ne faut pas couper l'herbe sous le pied du délinquant qui commence à s'intégrer. La probation intensive au sens de l'Angleterre se rapproche des mesures de sûreté qui imposent un suivi sans adhésion. En France, la probation ressemble à un aménagement de peine consenti (bracelet électronique). Il existe une possibilité de moduler l'intensité du suivi²⁵⁵⁷.

L'expérience Californienne en 1978, s'intéresse aux multirécidivistes, en ne mettant pas l'aspect médico-psycho-sociologique au centre du dispositif. Le but est de renforcer le contrôle dans un but de répression. Ils évaluent et constatent l'absence d'effet sur la récidive, bien au contraire. Aux États-Unis il y a plus d'entrants en prison suite à la révocation qu'il y en a d'entrée en prison classique avec des peines d'emprisonnement. Il y a donc un énorme phénomène lié aux violations d'obligation de la probation qui crée plus de personnes en prison. L'intensité du contrôle de la répression est inefficace dans la lutte contre la récidive. Elle est coûteuse et engendre une population carcérale.

552. Les difficultés de la mise en place d'un travail en partenariat proviennent d'un travail séquencé. Les acteurs qui défendent leur territoire et leurs prérogatives. Le risque d'une collaboration s'apparente à une mise en concurrence²⁵⁵⁸. perte d'engagement des partenaires La différence de *culture professionnelle* et institutionnelle des partenaires conduits à la méfiance La mission du Jap est de faire respecter les obligations par la

²⁵⁵⁷ D 533-1 du CPP.

²⁵⁵⁸ M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p142.

preuve de Justification de respect des obligations²⁵⁵⁹. Ce qui pose une certaine pression de travail supplémentaire pour les agents de probation. Culturellement la France n'est pas habituée à travailler en équipe (origine éducative). En comparaison avec les méthodes des États-Unis et anglaise, la France comptabilise un retard important qui nuit la lutte contre la récidive. « *L'immédiate urgence est d'améliorer la situation entre JAP et SPIP* »²⁵⁶⁰.

Pour développer les atouts du système judiciaire français, quelques pistes peuvent être évoquées. En premier, la clarté des rôles et des missions respectives doivent être clairement définis. Cette condition est essentielle au bon niveau de collaboration. Cela évite la perte d'énergie dans la dispersion et la répétition des mêmes actes²⁵⁶¹. Les JAP prennent les décisions à la base du suivi, de la libération, ou de la modification des obligations et des sanctions. Les SPIP, quant à eux, suivent au quotidien les condamnés, réalisent des enquêtes et des rapports pour la justice²⁵⁶². Les conflits entre services naissent du manque de régularité dans le suivi. Un décret de 2011²⁵⁶³ précisait les attributions du JAP et des SPIP, afin d'apaiser les tensions entre les deux institutions. La clarification des rôles et des attentes de chacun peut naître des commissions de l'exécution des peines et d'autres réunions de travail²⁵⁶⁴. L'article 707 al. 2 du CPP impose au JAP et aux SPIP le même objectif. Pour autant est-il concret, atteignable et, au final, mesurable?²⁵⁶⁵ C'est toute la difficulté de la clarification des objectifs en France où il n'existe pas de mesure. Il existe un éloignement entre la culture des personnels des SPIP telles qu'impulsées au niveau central et celle des JAP, les premiers ayant été centrés autour de la prévention de la récidive est utilisés aux fins de réduction de la surpopulation carcérale, tandis que les JAP demeurent régis par les principes de l'article 707 du CPP.

Un mode de communication efficace à tous les niveaux doit être opérationnel. Les échanges d'informations par téléphone et par le biais des nouvelles technologies facilitent la collaboration entre les services. Il est la clé du succès des MAPPA et des COSA. Le rapprochement géographique permet un échange de qualité est un gage de succès. Inversement France un éloignement s'est opéré entre les SPIP et les tribunaux. Les rapports sont dématérialisés. La perte d'information s'explique par l'incapacité humaine des personnels à échanger en raison de la croyance erronée que l'information appartient aux services détenteurs.

Le développement d'une culture partiellement commune est indispensable. La collaboration entre les services peut se développer qu'à travers une formation et une sensibilisation commune. L'école nationale de la magistrature offre des formations

²⁵⁵⁹ Art 132-44 et 132-45 CPP.

²⁵⁶⁰ M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p144, voir à ce sujet: C. Mouhanna, La coordination des politiques judiciaires et pénitentiaires, Une analyse des relations entre monde judiciaire et administration pénitentiaire, Recherche Mission Droit et Justice, 2011 ; M. Herzog-Evans, *Les juges de l'application des peines, messieurs Jourdain de la désistance*, l'Harmattan (à paraître)

²⁵⁶¹ V. L'expérience des *Pathfinders*.

²⁵⁶² M. Herzog Evans, *Droit de l'exécution ...op.cit.*, chapitre 4.

²⁵⁶³ Décret n° 2011-1876 du 14 décembre 2011.

²⁵⁶⁴ M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p143.

²⁵⁶⁵ T. Wolff, A Practitioner's Guide To Successful Coalitions, *American Journal of Community Psychology*, 2001, n° 29, 173 s., spéc. p. 176 in M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p143, note 41.

accessibles aux services de probation. Des diplômes universitaires concernant la criminologie ou l'exécution des peines et la médiation sont ouverts aux praticiens²⁵⁶⁶.

Le travail en collaboration nécessite d'être porté par un leader qui rassemble et motive ses troupes. Il doit être charismatique, volontaire, ouverture d'esprit, compétent et communicant. Son rôle d'encadrant est un gage d'efficacité. « *Apte à penser et agir de manière stratégique et avoir la volonté ancrée de réaliser les objectifs* »²⁵⁶⁷. Il se distingue des managers.

Le recrutement et la formation de personnes aptes à travailler en commun est une question centrale étant donné l'exigence d'avoir un leadership à la tête du travail en collaboration. Il est constaté que les agents de probation ne collaborent pas ensemble dans leur propre service²⁵⁶⁸

553. Face à cette liste d'exigences, la France possède de nombreux atouts pour mettre une probation qui lutterait efficacement contre la récidive.

Dans le processus d'intervention judiciaire le procès équitable et l'intervention de l'avocat sont essentiels, ce qui consiste en la légitimité de la justice²⁵⁶⁹. Il s'agit de l'adhésion des personnes qui collaborent avec la loi ou la police quel que soit l'instrument ou la sanction (dimension moral culturel et effet de groupe qui légitimise). Le procès équitable écoute les personnes parler dans des débats contradictoires. Elles sont défendues et ont un droit d'appel. Il y a une meilleure soumission aux applications, un meilleur respect de la justice est donc le procès équitable devient un moyen de prévention de la récidive²⁵⁷⁰. Même si ils ne sont pas d'accord avec la solution du procès, le fait d'avoir été entendu et de s'être exprimé permet une meilleure acceptation du jugement de condamnation²⁵⁷¹. La légitimité s'acquiert par le comportement des institutions qui respectent les règles du procès équitable. « *Il est particulièrement intéressant, pour les juristes et notamment les pénalistes, que leur attachement aux règles dites du procès équitable trouve un écho criminologique et psychologique* »²⁵⁷². « *Le procès équitable, soit le contradictoire, l'oralité, les droits de la défense, la séparation des fonctions, la publicité, la motivation soignée des décisions de justice*²⁵⁷³ et même le décorum et la théâtralité des audiences²⁵⁷⁴ favorisent fortement la soumission à des décisions de justice, y compris et surtout lorsqu'elles sont défavorables. Ils doivent toutefois être confortés par un comportement exemplaire des praticiens, par un réel intérêt pour les justiciables et

²⁵⁶⁶ le Master II l'exécution des peines et droits de l'homme dirigé par Jean Paul Cere à Pau et le diplôme européen en criminologie de l'université de Reims.

²⁵⁶⁷ M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p143

²⁵⁶⁸ S. Dindo, sursis avec mise à l'épreuve : la peine méconnue, une analyse des pratiques de probation en France, études pour la direction de l'administration pénitentiaire, bureau PMJ1, mai 2011, in M. Herzog Evans, *All hands on deck ...op.cit.*p144 note 53.

²⁵⁶⁹ T. R. Tyler, *Legitimacy and Criminal Justice. International Perspectives*, Russell Sage Foundation, New York, 2007, in M. Herzog-Evans, Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine, D. 2011 p3016 (exemple de la ceinture de sécurité).

²⁵⁷⁰ T.R.Tyler, *With people obey the law*, New haven, CT, Yale University, press, 1990, 2nd éd, 2006.

²⁵⁷¹ M. Herzog-Evans, « Révolutionner ... » chron.préc, D. 2011 p3016.

²⁵⁷² J. Thibaut et L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, 1975, Hillsdale, N.J., Erlbaum ; T. R. Tyler, *Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation*, *Ann. Rev. Psycho.* 2006, vol. 57, p. 375

²⁵⁷³ N. Huls, M. Adams et J. Bomhoff (dir.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, T.M.C. Asser Press, 2009.

²⁵⁷⁴ A. Garapon, *Bien juger: Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010.

leurs difficultés, par une évidente compréhension des problèmes posés ainsi que par un accueil optimale, ce, dès l'entrée du tribunal »²⁵⁷⁵.

Les CPIP et les JAP sont des professionnels qui représentent un vivier humain exceptionnel, aptes à progresser, qui ne demande qu'à posséder de meilleures connaissances et communication réciproque. Il y a donc des bases pour une amélioration du système de probation car au final leurs cultures professionnelles sont proches.

554. Il est difficile d'apporter une définition européenne de la prévention. Dans les pays, la notion de prévention diverge. Une étude transversale montre une diversité des modèles de prévention et des stratégies mises en place par les pays européens pour prévenir la délinquance²⁵⁷⁶. Il est question de l'articuler dans une politique sécuritaire ce qui a toujours été contre-productif et un moyen d'exercer le pouvoir là où il a encore une marge de manœuvre pour exclure les plus faibles. L'Allemagne et l'Autriche appliquent une prévention par la dissuasion pénale générale et spéciale. Elles laissent une « *dangereuse autonomie à la police* »²⁵⁷⁷ ce qui est difficile à qualifier de prévention, ce qui explique le retard de l'Allemagne dans ce domaine. Royaume Uni, le Pays-Bas et la Belgique développent des stratégies en dehors du système pénal. La France comme l'Espagne construisent des politiques sociales. Les politiques pro-réactives au Royaume-Uni et aux Pays Bas, suite à la baisse de légitimité de la police (augmentation incivilité, comportement infra pénaux et du sentiment d'insécurité, baissent la résolution des affaires (concurrence société privée). Leur action ne se situe pas dans la réaction, mais dans un comportement de proximité. Dans les années 80 la politique s'accompagne d'une structure de prévention de la criminalité²⁵⁷⁸. Les pouvoirs de police sont étendus et laissent la place aux initiatives policières dans un contexte politique de néo libéralisme et du recule de l'Etat providence²⁵⁷⁹. En conséquence on observe une privatisation de la prévention par l'implication des organismes privés et des autorités publiques locales travaillistes suite au désintéressement du gouvernement. La brèche politique entre le national et le local constitue le nid du développement de la prévention à l'anglaise.

La prévention techno-préventive et situationnelle mise en place par certains pays (RU Belgique, Pays bas, Allemagne, Autriche) est une campagne publicitaire pour responsabiliser les citoyens sur ses comportements à risques pour prévenir le vol (ne rien laisser d'apparent dans les voitures, fermer les portes pour empêcher le cambriolage). L'installation d'un bureau de prévention organise des stands de prévention, d'information par la police pour empêcher la victimisation. Des rondes dans les quartiers, l'observation et la proximité avec les citoyens facilitent l'absence de signalisation de faits. Le système du *Neighbourhood Watch*²⁵⁸⁰ favorise la communication, la confiance pour élucider les affaires avec succès, plus rapidement. La responsabilisation du voisinage permet aussi le contrôle social de la population. Cet exemple de prévention situationnelle, a pour but de

²⁵⁷⁵ Judge K. Burke et Judge S. Leben, *Procedural Fairness: A key Ingredient in Public Satisfaction. A White Paper of the American Judges Association. The Voice of the Judiciary*, sept. 2007.

²⁵⁷⁶ P. Hebberech, F. Sack, *La prévention de la délinquance en Europe, Nouvelles stratégies*, L'Harmattan, 1997, p 9

²⁵⁷⁷ *Ibid.* p 9.

²⁵⁷⁸ *Ibid.*, p 10.

²⁵⁷⁹ JP. Wilson, GL. Kelling, *Courant de pensée de la théorie des fenêtres*, 1981.

²⁵⁸⁰ *Ibid.*, p 62

« modifier les situations pour les rendre moins favorables au comportement délictueux ou, tout simplement, aux incivilités »²⁵⁸¹.

En France, la commission Bonnemaison a réuni les représentants locaux pour définir les grands axes de la politique de prévention, dont le premier ministre est directement responsable²⁵⁸². Il s'agit surtout de politiques sociales à la différence des autres pays où les policiers sont forcément moins sollicités. La France est une figure d'exception. Elle n'applique pas de prévention situationnelle mais alternative. Ce qui explique que le suivi renforcé de Cambrai soit une solution locale suite à l'exaspération d'un manque d'action national. Elle développe une prévention sociale²⁵⁸³ avec des programmes destinés à relever le comportement délictueux, provocateur ou d'incivilité pour améliorer les conditions de vie (rénovation urbaine, emploi, formation et aides sociales), avec pour objectif le contrôle social des jeunes des banlieues²⁵⁸⁴. La politique de prévention devient à une politique de sécurité depuis les années 90. « *Les politiques de prévention, quelles que soient leurs orientations, sont des réponses des autorités publiques de différents niveaux (national, fédéral, local...) aux transformations profondes de la société et de l'Etat causées par l'internationalisation du capital et par les restructurations économiques qui en découlent* »²⁵⁸⁵. Dans un contexte de politique répressive, d'extension de l'arsenal répressif, augmentation des peines de prison, la prévention est répressive et dissuasive surtout envers les populations à risques. Une tyrannie économique et un « *individualisme négatif* »²⁵⁸⁶ symbolise l'occident de l'après-guerre froide, donnant les motivations au développement d'une marginalisation de certaines populations qui s'adonnent à l'économie souterraine pour survivre. Une population abandonnée par l'Etat providence et subissant les dégâts du néolibéralisme économique. Le processus de marginalisation mène au passage à l'acte, dont le défi autant économique, social que politique consiste à l'inverser. « Les politiques de prévention et de sécurité ont contribué à criminaliser des situations et des groupes à problèmes »²⁵⁸⁷. La montée du front national accentue « *l'orientation sécuritaire des problèmes sociaux* »²⁵⁸⁸. Le modèle français de la délinquance est à « *la recherche d'un second souffle* »²⁵⁸⁹.

555. Il faut, cependant, souligner des dispositifs de prévention locale développés par la gendarmerie²⁵⁹⁰ pour réprimer, sécuriser et prévenir. Ils reposent sur un contrôle des flux et des axes de circulation dans un secteur géographique déterminé. Une politique publique de sécurité efficace qui ne peut s'appuyer que sur l'interaction entre la communauté (*community policing*). Le plan de management part du principe que cette action doit s'appuyer sur une réflexion préalable et des points d'action. Cette intelligence territoriale s'adapte à l'insécurité du territoire. Les réponses se veulent évolutives et

²⁵⁸¹ Ibid., p 62

²⁵⁸² Ibid., p12 et 14

²⁵⁸³ J.F. Saucier, *Prévention psychosociale pour l'enfance et l'adolescence*, Les Presses de l'université de Montréal, 1990, in *Ibid*, p 62

²⁵⁸⁴ Décret n° 2007-1126, 23 juillet 2007 de prévention de la délinquance au niveau local relatif au conseil local et intercommunal de sécurité et de prévention de la délinquance et au plan de prévention de la délinquance dans le département.

²⁵⁸⁵ L. Johnston, *Policing in Late Modern Societies*, colloque sur l'évaluation de la performance policière, Montréal, 1995, in *Ibid*, p 19, note 7.

²⁵⁸⁶ R. Castel, in *Ibid.*, p 19

²⁵⁸⁷ Ibid. p20

²⁵⁸⁸ Ibid., p20

²⁵⁸⁹ D. Perez in P. Hebberecht, F. Sack, *La prévention de la délinquance en Europe*, Nouvelles stratégies, L'Harmattan, 1997, p 61.

²⁵⁹⁰ F. Labrunye, « Sécurité publique et proximité », *Revue de la gendarmerie nationale*, Avril 2010, p 7

obligatoires dépendantes de la nature des partenariats avec les acteurs locaux. La police quant à elle, crée une proximité par des unités territoriale de quartier (police d'agglomération). La Gendarmerie, développe une police des territoires par une gestion structurelle de la sécurité, en raison de leur divergence de mission. Une bonne connaissance du territoire en œuvrant en zone péri urbaine et s'organise en communauté de brigade consistant en sa force du « *maillage territorial* »²⁵⁹¹ du territoire (la prévention de proximité consiste à occuper le territoire par des patrouilles dans les heures et espace définies par les commandements afin de montrer une présence dissuasive. Permet le contact et la prévention. Les atouts des gendarmes résident d'abord par son implantation locale²⁵⁹². Il vit avec sa famille et travaille sur son lieu d'habitation. Le logement de fonction en caserne est considéré comme une nécessité absolue. Il est impératif pour la formation professionnelle des gendarme de s'inspirer des standards européens de la *community policing* qui consiste à s'adapter à l'évolution de la criminalité en se focalisant sur le terrain, la population, les partenaires et la résolution des problèmes ainsi que de rendre des comptes. La police et la gendarmerie semblent en retard vis-à-vis de cette nouvelle doctrine sur la sécurité territoriale ou encore appelée l'intelligence territoriale adaptée à la sécurité. Cette intelligence vise tout simplement à connaître la vie et les habitudes des administrés : rythmes scolaires, transport économie, événements. L'emploi des patrouilles doit être optimal « *dans l'échange avec la population, l'équilibre doit être maintenu entre la courtoisie et la fermeté* »²⁵⁹³.

La coopération avec les partenaires locaux s'organise à travers les conseils locaux ou intercommunaux de sécurité et de prévention de la délinquance issue pour partie de la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance renforçant à cette occasion le pouvoir des maires. Ils sont des interlocuteurs privilégiés dans les problématiques de sécurité publique locale. Le travail social semble être au centre de la résolution des conflits et de la prévention de la criminalité. Travailleurs sociaux et psychologues sont les bienvenus pour apporter leur aide et trouver des solutions ciblées aux délinquants. La résolution des problèmes ne peut provenir que d'une étude d'une analyse poussée des phénomènes et des comportements antisociaux et de délinquance qui commence dès l'incivilité.

Section 2. Une justice restaurative

556. La justice restaurative constitue-t-elle le nouveau paradigme de la lutte contre la récidive ou est-ce un instrument qui complète les lacunes du droit pénal ? La justice restaurative s'ajoute à celle existante en prenant en compte un résultat restaurative. Le principe de cette nouvelle forme de justice « *vise à favoriser le traitement par la société civile des troubles plutôt que par l'intervention autoritaire et disciplinaire de l'institution judiciaire, quand cela est possible et approprié* »²⁵⁹⁴. Au jugement des faits, sont rajoutés des éléments de la personnalité de la victime à travers la réparation du préjudice. « *La justice est évaluée sur le résultat obtenu, en terme de rétablissement de l'harmonie de l'harmonie sociale, contrairement aux modèles précédents qui justifient la sanction pour*

²⁵⁹¹ Ibid., p 8.

²⁵⁹² V.infra n° 139

²⁵⁹³ Ibid., p 10.

²⁵⁹⁴ P. Milburn, « La médiation pénale en France : quelle place pour les victimes ? » in Justice restaurative et victimes, *Les Cahiers de la justice*, n° 1, Dalloz 2006p114, in *ibid*, p20.

la seule transgression des normes supposées être de bonnes règles parce que érigées par consensus (y compris à l'heure de l'inflation pénale galopante ?) en infraction au bien commun »²⁵⁹⁵. La justice restaurative a trois objectifs : la réparation de la victime, la réinsertion du condamné et la paix sociale. La notion de punition est secondaire, voire, exclue par l'utilisation du mot réparation. Pour comprendre le développement de cette forme de justice, il est indispensable de comprendre les paradigmes qui la traversent (I). Sa mise en œuvre est particulière car elle implique une forme extra-pénale par l'intervention de tiers et suivant des méthodes fondées sur d'autres dogmes. Elle s'inspire des méthodes de la médiation et des autres modes alternatifs de résolution des conflits, comme la médiation pénale qui intervient avant le déclenchement des poursuites (II). Les modèles s'adaptent à la nature des infractions commises, dans une phase post-sententielle, permettant de réconcilier les victimes avec les auteurs pour prévenir la récidive à travers la compréhension de l'acte (III).

I. Les enjeux de la justice restaurative

557. Son succès et son développement fulgurant, donne à la justice restaurative et toutes ses formes une place prometteuse dans la lutte contre la récidive. Elle peut se substituer à une justice pénale dont les instruments vacillent (A). Il n'y a plus de victimisation ni de vengeance. Respectueuse des droits de l'homme, elle replace les auteurs et victime au centre du processus et se déleste des impératifs de temps et d'argent (B).

A. Le contexte de la crise de la pénalité

558. La justice restaurative²⁵⁹⁶ est appliquée par des autochtones dans le cadre de *Family Group conférence*²⁵⁹⁷. Dans les années 80, certains pays, dont la Nouvelle-Zélande, avaient besoin d'adapter la justice pénale classique aux us et coutumes des populations autochtones (Maoris). Leurs familles étant plus élargies que la famille nucléaire des sociétés occidentales.

D'autres pays de la *common law* (l'Australie, les États-Unis, le Canada et Royaume-Uni) ont adopté des dispositifs similaires au *Family Group Conférence*²⁵⁹⁸. La Belgique, pays européen romano-germanique, fait office d'exception en l'expérimentant. La justice restaurative tient son appellation du monde anglo-saxon. Les pays francophones utilisent des termes différents comme justice transformatrice au Canada ou justice réparatrice d'après une résolution adoptée par le Conseil économique et social des Nations Unies en 2005 qui précise ses principes fondamentaux. « *La justice restaurative produit une réponse aux crimes qui respectent la dignité et l'égalité des personnes, favorise la compréhension et promeut l'harmonie sociale au travers de la guérison des victimes, des*

²⁵⁹⁵ R. Cario, « Justice restaurative », *Rép. Dr. Pén.* Dalloz, mars 2010, p8.

²⁵⁹⁶ R. Cario et P. Mbanzoulou *La justice restaurative, une utopie qui marche ?* Controverse, nov 2010, p 9 et s

²⁵⁹⁷ L. Kurki, Evaluation Restorative Justice Practices, in A. Von Hirsch, J. Robert, Restorative Justice And Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms? Ed Hart Publishing, Portland, Oregon, 2003, p293 et s, in R. Cario, "La justice..." chron. préc., p35 note 10.

²⁵⁹⁸ D. Miers, the international development of restorative justice, in G. Johnstone, Handbook of restorative justice, Ed William Publishing, Cullompton, 2007, p447 et s, in R. Cario, *la justice...op cit*, p36 note 11

acteurs et des communautés »²⁵⁹⁹. Le fondement de la justice restaurative repose sur la « *honte réintégrative* »²⁶⁰⁰. Il s'agit d'une conception moderne de la peine qui s'éloigne de l'humiliation et de la stigmatisation qui exclut la personne. Il est reproché à l'auteur du méfait l'indignité de son acte socialement inacceptable. En s'éloignant de la sanction honteuse propre à la justice d'une tolérance zéro, il est invité à regretter d'avoir transgressé les lois afin d'en réparer les conséquences et de réintégrer le groupe humain²⁶⁰¹. Ses proches et la communauté entière réitèrent sa confiance et l'amour en lui. « *Ainsi il ne saurait être question de vengeance vindicative d'élimination mais, le cas échéant, de vengeances vindicatives voire fondées sur le partage de la réciprocité. Par la juste sanction de l'acte et la réintégration des protagonistes, la justice restaurative permet à chacun de redevenir actif en lui redonnant la maîtrise de sa propre vie et de son espace de vie* »²⁶⁰².

- 559.** La crise de la pénalité est la conséquence de trois facteurs concordants qui orientent le justiciable vers une autre forme de résolution des conflits. Tout d'abord, le populisme pénal a ébranlé les fondements du droit pénal. Ensuite, le droit de la victime à un procès équitable est de plus en plus revendicatif, voire, vindicatif. Enfin, la pratique traditionnelle de régulation des conflits est remise au goût du jour²⁶⁰³.

La pénalité moderne se caractérise par une inflation pénale débordante et un engorgement des tribunaux répressifs. Le système répressif est en surchauffe et atteint ses limites par son incapacité à lutter efficacement contre la délinquance, criminalité et la récidive. Les lois sécuritaires s'empilent pour satisfaire un certain électorat et une émulsion médiatique. Elles se rédigent dans la précipitation, snobant les recherches scientifiques et juridiques. La crise de la pénalité moderne se caractérise par l'adoption des lois répressives dont l'inflation est impressionnante, opaque, complexe et désuète²⁶⁰⁴. L'appropriation des conflits et les faits divers à des fins politiques, « *enlève toute pertinence au nécessaire consensus qui doit présider à l'adoption des lois répressives* »²⁶⁰⁵. L'application des textes devient difficile même pour les praticiens du droit. « *Comment expliquer de tels dysfonctionnements et insuffisances sinon par la montée récente d'un populisme pénal peu soucieux des protagonistes du crime* »²⁶⁰⁶. Les dysfonctionnements de la justice sont pointés du doigt et généralisés. Les justiciables n'ont plus confiance en la justice qu'il considère inéquitable avec les victimes et laxistes avec les coupables. Nos valeurs républicaines s'affaissent. L'assistanat est socialement condamné. L'univers carcéral est dans l'esprit collectif comparé à une période de repos forcé et de vacances. Pourtant, depuis vingt ans il est constaté une augmentation significative de la surpopulation carcérale : 61 706 détenus au 1er avril 2010 pour 56 324 places auxquels il faut rajouter les 4893 écroués non hébergés. Un phénomène de prisonisation s'opère par le doublement de la durée moyenne de la peine délictuelle, la baisse des libérations conditionnelles, le taux moyen de récidive, le recours au dispositif ultra sécuritaire comme les peines planchers et la rétention de sûreté. Ainsi, les

²⁵⁹⁹ Ibid.,9

²⁶⁰⁰ Faget, « *Reintegrative shaming*, à propos de la théorie de John Braithwaite », *Les cahiers de la justice*, n° 1, 2006, p59-70.

²⁶⁰¹ V. L. Walgrave, *Restorative Justice, Self-Interest And Responsible Citizenship*, Willan, 2008.

²⁶⁰² R. Cario, « Justice restaurative », *chron.préc.*, p5.

²⁶⁰³ R. Cario, *La justice restaurative. Principes et promesses*, L'Harmattan ; 2^{ème} éd. 2010, p 16à37

²⁶⁰⁴ V. le comité de réflexion sur la justice pénale, Leger, 2009 ; simplifions gaulois pour guérir un mal français, rapport J-L Warsmann 2009.

²⁶⁰⁵ R. Cario, « Justice restaurative », *chron.préc.*, p5.

²⁶⁰⁶ Ibid.,5

instruments étudiés ont démontré « *l'instrumentalisation de la politique criminelle à des fins de pénalisation massive de la pauvreté socioculturelle et économique de la plupart de nos concitoyens concernés par le crime* »²⁶⁰⁷.

B. Une justice humaniste

560. La justice restaurative respecte les droits de l'homme et les principes généraux du droit pénal. Pourtant elle ne s'intègre que progressivement dans le droit positif romano-germanique. Le conflit est juridique et culturel. La difficulté réside dans sa définition. En effet, « *une définition universelle de la Justice restaurative est délicate, principalement à cause du caractère sclérosant d'une telle entreprise, au regard de la complexité humaine, toujours mouvante, qui inonde les conflits intersubjectifs* »²⁶⁰⁸.

La victimisation de masse est un phénomène qui a contribué à créer une autre forme de résolution des conflits. Elle s'est développée dans le cadre de conflits politico-ethniques. Les pays ont eu imaginé d'autre résolution des conflits que celle où le coupable est uniquement pris en compte. Dans le cadre de crimes contre l'humanité, la Cour Pénale Internationale a créée des mesures ad hoc pour reconstituer les nations en proie aux guerres civiles et génocides. Les victimes étant moins judiciairisées, il était impératif pour la reconstruction de ces pays de passer outre les commissions vérité²⁶⁰⁹ qui modèrent les ambitions restauratives. Dans le cas où les instances internationales n'apportent pas de solution au conflit il est primordial dans une démocratie respectant les droits de l'homme et des principes directeurs de la procédure pénale de mettre en place une justice restaurative.

561. L'enjeu de cette la justice restaurative est d'opérer une rupture épistémologique en pénologie. En effet, son objectif est de garantir les fonctions rétributive, utilitariste, réhabilitatrice et réparatrice de la peine Elle surpasse la technicité du procès pénal, de la procédure et le manque de prise en compte des victimes Le droit impose le respect des règles de la procédure pénal mais pas de prise en compte de leur effet sur les résultats. Seul le passé du délinquant intéresse la prise de décision, prévue par la loi. C'est « *une responsabilité abstraite de l'infracteur* »²⁶¹⁰. « *Selon la philosophie reste relative, le crime est davantage une atteinte aux personnes et aux relations interpersonnelles. La justice a, par conséquent, pour but d'identifier les besoins et les obligations de chacun des protagonistes. La justice se conçoit alors comme un processus impliquant, de manière active, toutes les personnes intéressées par la régulation du conflit. Par le dialogue, on encourage la réciprocité de la parole et le partage des émotions. La responsabilisation concrète de tous conduits à la recherche de solution consensuelle, tournées vers l'avenir est destinées à réparer tous les préjudices. Le processus, tout autant que les résultats, apparaissent ici essentiels* »²⁶¹¹.

²⁶⁰⁷ Ibid.,5

²⁶⁰⁸ R.Cario et P. Mbanzoulou *La justice restaurative,...* op.cit. p 10.

²⁶⁰⁹ Émilie Matignon, in R.Cario et P. Mbanzoulou *La justice restaurative,...* op.cit., p14.

²⁶¹⁰ Ibid., p10.

²⁶¹¹ Émilie Matignon in R.Cario et P. Mbanzoulou *La justice restaurative,...* op.cit., p10.

II. Une mise en œuvre extra-pénale

562. La justice restaurative se traduit par la médiation pénale qui entre dans le cadre de l'opportunité des poursuites du Procureur. Elle s'élargit aux proches et aux personnes de confiance dans le cadre de conférences de groupe familial décidé après la poursuite d'infractions graves commises par des mineurs. La médiation pénale est une réponse pénale graduée intégrant la gravité des faits et les impératifs de gestion des flux des tribunaux. « Elle permet d'apporter une réponse judiciaire globale face à la petite et moyenne délinquance sans déclencher le processus pénal classique, plus coûteux en temps, en argent et en énergie, grâce à la proposition, par le Procureur de la République, d'une solution transactionnelle entre l'auteur des faits et sa victime. Elle offre ainsi une réponse institutionnelle rapide et pertinente tant à l'égard de la victime (désintéressement) que l'auteur de l'infraction (prévention de la réitération)»²⁶¹². Elle intègre les parties au conflit pénal comme des acteurs principaux de la justice. Cette forme de judiciarisation de la médiation pénale résout les contentieux. Le procureur vérifie si cette mesure permet la réparation du dommage de la victime, la fin du trouble lié à l'infraction puis la réinsertion ou le reclassement de l'infacteur. Cependant, pour entrer en médiation l'individu devra reconnaître sa culpabilité ce qui nuance la portée humaniste de la médiation pénale. Peut-elle garantir la présomption d'innocence ? La médiation pénale à toute sa place dans la lutte contre la récidive et dans une justice restaurative consacré à l'article 10-1 du CPP par la loi du 15 août 2014. Pour résoudre les conflits, la justice restaurative met l'accent sur la communication et le langage (A). Cependant son efficacité se limite à la résolution de certaine nature de conflit et d'infractions (B).

A. Quand dire c'est punir

563. La force du langage, ou la théorie des actes de langage²⁶¹³, ont un impact considérable sur la portée de la punition. Le poids des mots est perçu par les victimes comme une arme de destruction (harcèlement moral, calomnie, diffamation). Il est aussi l'aveu de l'accusé ou du prévenu et le témoignage à charge ou à décharge. Les mots employés dans le langage est aussi un outil de reconstruction qui peut être, non pas substitué à la peine, mais l'accompagner ou être une autre forme de réponse pénale. Il a été expliqué que le régime dérogatoire des récidivistes a été fondé sur la stigmatisation de l'incorrigible et dangereux récidiviste. Ces préjugés sont devenus réalité tant sur le fond des instruments pénaux que sur la forme d'une procédure bis. Le carcan des récidivistes ne viendrait que du poids des mots. Les actes et les mots se confondent dans la théorie des actes de langage puisque « dire c'est faire »²⁶¹⁴. Il a été démontré l'importance du BEX dans l'explication de la peine, surtout pour des populations pauvres qui n'ont pas toujours l'écoute suffisante, ou qui entre pour la première fois dans les rouages de la justice. Ici l'idée n'est plus de décrire les faits, la chose ou la peine avec une parole qui se conforme à la réalité (constatatif) mais d'aller plus loin dans l'action (perform) avec un langage performatif utilisé plutôt aux professionnels, comme dans les groupes de paroles. La réalité se modifiée et s'adapte à la parole.

²⁶¹² P. Mbanzoulou, La médiation pénale en France à l'aune de la loi du 9 juillet 2010, in R.Cario et P. Mbanzoulou *La justice restaurative*, ...op. cit., p15 et s.

²⁶¹³ M. Van De Kerchove, *Quand dire c'est punir*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p 23.

²⁶¹⁴ J-L. Austin, *Quand dire c'est faire*, ad. Du seuil, 1970, p39 in *ibid.*, p 11 note 9.

564. Cette mouvance de la parole conduit naturellement à développer les atouts de la médiation. Au sens puriste du terme, la médiation « *s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue d'une résolution amiable de leur différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige* »²⁶¹⁵. Elle est devenue une priorité des politiques européenne dans la résolution qui incite les Etats à mettre en place dans tous les domaines du droit²⁶¹⁶ des modes alternatifs de résolution des différends (MARD)²⁶¹⁷.

La loi du 18 décembre 1998 facilite l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits par l'octroi de l'aide juridictionnelle à la transaction avant instance. Circulaire du 16 mars 2004 relatif à la politique pénale en matière de réponse alternative aux poursuites et de recours au défi du procureur prévoit « *d'accorder une attention particulière aux droits de la défense dont les mesures éligibles à l'aide juridictionnelle d'autant plus doivent être ordonnées selon des conditions procédurales et comporte, par ailleurs, une portée juridique avec les, à tout le moins en termes de responsabilité civile* »

565. La médiation est présente dans toute l'histoire de l'humanité. La mission de pacification des conflits et de régulation sociale se trouve aussi bien dans la religion que dans les contrées les plus lointaines. Sous l'Ancien Régime, cette mission était habituellement placée entre les mains des notables²⁶¹⁸. Il existe des sociétés africaines comme le Bénin où leur culture les rend incapable de prolonger le désaccord²⁶¹⁹. La réconciliation et la médiation sont des notions sacrées²⁶²⁰. Les parties au conflit trouvent une tierce personne respectable comme le vieux sage du village pour entamer une médiation. Ainsi, l'ensemble de la société retrouve confiance en son système. L'incapacité à se parler est le propre de la pauvreté humaine des pays occidentaux. Le tribunal a une connotation négative qui divise les hommes. Dans les premiers temps, la justice privée puis publique, prirent la place de la vengeance (loi du talion) pour finir par s'orienter, aujourd'hui, sur le chemin pacifique du règlement amiable du conflit²⁶²¹.

Il existe différentes formes et parcours de formation pour le médiateur. En matière familiale il doit être titulaire d'un diplôme d'Etat²⁶²². Nombreux médiateurs institutionnels, subordonnés à leur hiérarchie, applique dans leur méthode la culture professionnelle de l'entité qui l'emploie pour aider à la résolution de litige avec des clients, usagers ou patients. La fédération nationale d'aide aux victimes et de médiation (INAVEM)²⁶²³ édicte un code de déontologie ainsi qu'un guide des bonnes pratiques de médiation à fin d'aider les associations à respecter les droits fondamentaux des médiés, tel que le droit à l'information, le droit d'être assisté par un avocat, et la libre adhésion à la médiation. Le guide de bonnes pratiques explique la mise en œuvre de la médiation par l'association (envoi de courrier, étude des dossiers, déroulement des entretiens, règles de

²⁶¹⁵ Art 21 de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

²⁶¹⁶ C. Butruille-Cardew, « Le droit de la famille collaboratif (*Collaborative Law*) » *AJ Famille* 2007 p. 29

²⁶¹⁷ N. Fricero (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, Guides Dalloz, 2015,

²⁶¹⁸ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, Que sais-je ? 2009, p 3

²⁶¹⁹ B. Blohorn-Brenneur, *Justice et médiation, un juge du travail témoigne*, Le cherche midi, 2006, p144.

²⁶²⁰ *Ibid.*, p143.

²⁶²¹ R. Bernardini, *Droit criminel éléments préliminaires*, Larcier, 2012, p 70 et 71.

²⁶²² Nécessité d'un diplôme d'Etat pour exercer la médiation familiale professionnalisée depuis le décret n°2010-1308 du 2 novembre 2010 portant création du comité national de soutien à la parentalité.

²⁶²³ Code de déontologie de la médiation pénale de l'INAVEM, www.inavem.org.

la rencontre, place de l'avocat, la signature du procès-verbal d'accord transmission au Parquet pour homologation).

- 566.** Des conditions substantielles et formelles s'imposent aux mesures de justice restauratrice car c'est un processus dynamique. Il est fondé sur le volontariat et l'adhésion des participants dès lors ils « *s'estiment concernées par le conflit de nature criminelle, afin de négocier, ensemble, par une participation active, en la présence et sous le contrôle d'un « tiers justice» et avec l'accompagnement éventuel d'un « tiers psychologique et/ou social», les solutions les meilleures pour chacun, de nature à conduire, par la responsabilisation des acteurs, à la réparation de tous afin de restaurer, plus globalement, l'Harmonie sociale*²⁶²⁴ ». En effet, de la force de leur implication dépendent la qualité de l'accord final qui n'est pas sans rappeler la dynamique du modèle Fiutak en médiation. Le médiateur, garant du processus, guide les parties à travers les quatre dynamiques²⁶²⁵. Le médiateur est un tiers neutre et impartial qui s'inscrit dans une relation triangulaire avec les parties. Sa position contribue à créer un climat de confiance qui apaise les parties débloquer et débloquent ainsi les situations conflictuelles ultimes. Il peut intervenir à la demande des parties dans un processus de droit collaboratif²⁶²⁶, par exemple, comme cinquième élément facilitateur et modérateur. Il canalise les tensions et facilite la circulation d'informations bloquées entre les parties.
- 567.** Les différentes phases de la médiation pénale incitent à l'expression orale du différend. Le médiateur explore lors de l'entretien des différents aspects du contentieux qui anime les parties, acteurs de leur propre résolution du conflit. Le médiateur a pour mission d'identifier les causes du conflit et les enjeux. Le médiateur cristallise les éléments objectifs de dimension juridique ou subjective de dimension relationnelle. Il évalue l'intérêt d'une rencontre directe entre les parties. Son rôle est crucial dans cette phase d'entretien car c'est de là qu'il évalue si une solution pourra être apportée au conflit. Il pèse sur les épaules du médiateur dès le premier entretien le poids de la réussite de la médiation. Il envisage dès lors si les solutions seront réalistes et pourront apporter une réparation au préjudice subi par la victime. Sa mission est encadrée par la réquisition du procureur. Les parties peuvent se faire assister par un avocat. Lors de l'entretien la qualification pénale des faits peut être retenue. La présence d'un avocat ou de conseiller aident la victime ou l'auteur dans l'acceptation. Ainsi, dans le cadre de cette qualification pénale est trouvé un arrangement.

Pour arriver à ce retournement de situation et de responsabilisation de l'auteur, la neutralité du médiateur est primordiale pour installer la confiance dans les échanges. « *Le médiateur doit avoir en plus de sa bienveillance, une capacité à s'affirmer en tant que garant du cadre, sans jamais se départir de sa neutralité ni faire usage de manipulation. Se situant dans la sphère pénale, la médiation doit assurément répondre aux exigences du maintien de l'ordre public. Le médiateur doit pouvoir garantir aux parties une sécurité physique et psychologique et technicité dans la conduite des échanges (juste répartition du temps de parole, progressivité des échanges)* »²⁶²⁷. Il doit dérouler des conditions favorables au développement positif du conflit. Il doit obtenir la réparation globale et la responsabilisation de l'auteur de l'infraction. Ainsi, cet instrument s'inscrit parfaitement

²⁶²⁴ Ibid. p10.

²⁶²⁵ T. Fiutak, *Le médiateur dans l'arène, réflexion sur l'art de la médiation*, édition Erès, 2014, p34 et 38.

²⁶²⁶ A.Desoblin, « Le droit collaboratif et les tiers : la médiation dans le processus de droit familial collaboratif », *AJ famille* 2010, p265.

²⁶²⁷ Ibid p27

dans la philosophie de la réforme pénale de 2014 qui dans son article 707 du CPP souhaite obtenir cette fameuse responsabilisation. Les parties d'accord entraînent sur les solutions s'imposent au médiateur quel que soit son avis puisque sa position et notre. Il vérifie la légalité et la réalité des solutions. Il vérifie aussi que la solution ne soit pas contre l'ordre public. Il constate la réparation de la victime et la responsabilisation de l'auteur des faits qui a cessé son trouble à l'ordre public il est témoin du retour de la paix sociale.

568. En droit pénal, le décret du 29 janvier 2001 relatif aux délégués et au médiateur du procureur de la République et à la composition pénale fixe les conditions d'habilitation des délégués et des médiateurs. Le médiateur est habilité par le procureur de la République ou le procureur général²⁶²⁸, en fonction du ressort TGI ou de la Cour d'appel. Après un an probatoire il intervient sur réquisitions du procureur pour une durée de cinq ans. Dans sa réquisition du procureur précise la nature et la durée de sa mission ainsi que l'identité des parties, leurs coordonnées et la nature des faits. L'affaire est enregistrée au parquet sous un numéro. L'accord des deux parties d'organiser une médiation pour régler leur conflit présuppose l'acceptation du médiateur qui retranscrit dans un rapport écrit leur acceptation de la mesure²⁶²⁹. L'adhésion à la médiation englobe l'adhésion au médiateur. La partialité du médiateur peut toutefois être mise en cause surtout s'il agit au sein d'une association d'aides aux victimes. Sa fonction de conciliateur risque d'être favorable à la victime. Son rôle de médiateur devient celui de conciliateur, plus actif et persuasif dans la solution finale. Le succès de la médiation pénale repose sur la qualité de la formation professionnelle des médiateurs et de leur pratique consciencieux dans le respect des principes fondamentaux de la médiation²⁶³⁰.

569. Si la médiation aboutit favorablement, un procès-verbal d'accord est conclu, signé par les parties. Sur le plan juridique, il contient les modalités d'exécution de la peine, de la réparation, ou des obligations consenties comme la somme à verser à la victime. La victime peut mettre en œuvre une procédure d'injonction de payer²⁶³¹. La procédure civile permettra à la victime de se voir indemnisée. Cet accord prend la forme juridique d'une transaction au sens de l'article 2052 et s. du Code civil qui lui donne autorité de la chose jugée en premier ressort. Aucun recours n'est possible. Une nouvelle demande pour dénoncer les prétentions qui font fait l'objet de l'accord est irrecevable. Cet acte décrit les concessions réciproques des parties que le procureur contrôle. L'article 6 du CPP prévoit que l'action publique peut s'éteindre par la transaction lorsque la loi en dispose expressément. Or en matière de médiation pénale puisqu'il n'y pas de texte qui le prévoit, la transaction n'éteint pas l'action publique. La victime pourra toujours se constituer partie civile au pénal. Ainsi, la médiation pénale peut se retourner contre les parties et surtout contre l'auteur présumé. Il ne bénéficie pas d'un procès équitable, doit avouer son acte et accepter d'exécuter l'accord. La victime quant à elle est loin d'être dépossédé de ses droits. Une transaction donnera force exécutoire à l'accord et elle ne l'empêchera pas de constituer partie civile. Ainsi, le succès de la médiation et plus largement de la justice restaurative, dépend plus de la manière dont est conduit la médiation pour que chaque étape soit validée par le consensus des parties qui, ultérieurement, ne remettront pas en cause leur accord. *« S'il est de bon aloi d'accorder à la victime une place de choix dans le dispositif pénal, permettant un traitement respectueux de sa victimisation, il ne convient*

²⁶²⁸ R 15-33-35 du CPP.

²⁶²⁹ R15-33-36 du CPP.

²⁶³⁰ Institut de formation Ulysse Med-Arb à Nice

²⁶³¹ Art. 1405 à 1424 du C.civ.

pas de dévoyer les dispositifs juridiques convoqués à cet effet, car le déséquilibre ainsi créé pourrait contredire l'objectif d'apaisement social escompté²⁶³²».

B. Une efficacité relative

- 570.** La médiation pénale est une modalité de la justice restaurative qui a traduit avec succès le modèle de *Victim /offender mediation*. La réussite d'une médiation pénale repose sur deux piliers. L'accord préalable des parties ou médiés et le professionnalisme des médiateurs soucieux de respecter les principes fondamentaux de la médiation. Le champ d'application de la médiation pénale, dans une justice restaurative, s'est élargi limitant la portée de ces principes. Ce modèle de justice est mis à mal dans sa fonction principale. En effet, la justice restaurative est-elle un paradigme en devenir malgré l'ébranlement de la médiation pénale dans le droit pénal français ? La médiation pénale est-elle toujours un instrument de justice restaurative ou est-elle devenue un instrument rétributif à l'initiative de la victime rendant cette procédure inéquitable ? Longtemps expérimenté elle est entrée dans la loi le 4 janvier 1993 mais elle suscite aujourd'hui une efficacité limitée. La loi du 9 juillet 2010 a réalisé des torsions importantes au principe d'adhésion des parties dans une médiation. Le procureur à l'initiation à la demande ou avec l'accord de la victime. La victimisation, se déplace sur le champ des alternatives aux poursuites, elle peut prendre de l'essor au point de limiter les effets de la justice restaurative. Elle s'est développée, elle a pris racine dans l'incapacité du système pénal à gérer les émotions engendrées par le crime ou délit²⁶³³. La médiation pénale a été modifiée par les lois du 23 juin 1999, du 9 mars 2004 et du 9 juillet 2010²⁶³⁴ sans respecter la philosophie restaurative c'est-à-dire en s'éloignant du principe essentiel du consentement des deux parties. La médiation pénale est une procédure satisfaisante. Pour la moitié des victimes, la justice leur a été rendue parallèlement au jugement. Ses autres mesures alternatives satisfont même si elles diffèrent selon la nature et la gravité de l'infraction. En effet, les jugements condamnant les atteintes aux personnes offrent moins de satisfaction aux victimes que les atteintes aux biens. La gravité de l'acte est aussi un élément déterminant dans la satisfaction de la victime²⁶³⁵.
- 571.** Des conséquences néfastes sont observées suite à l'élargissement du champ d'application de la médiation pénale, pour exemple la loi du 9 juillet 2010, sur les violences faites aux femmes au sein du couple²⁶³⁶. Autrefois il suffisait de l'accord des parties mais depuis la loi de 2010 la médiation pénale peut être déclenchée à la demande ou avec l'accord de la victime. Une des parties est mise en avant par rapport à l'autre ce qui contredit l'originalité de la médiation pénale qui avait pour objectif de placer sur un pied d'égalité l'auteur et la victime afin que sa mise en œuvre soit plus efficace. Dans ce contexte, l'élargissement risque de transférer la médiation vers un nouveau système pénal rétributif est important. De plus, un désaccord en matière familiale a les conséquences plus graves. Cette modification bouleverse tout de l'application de la médiation pénale que ce soit sur la place de l'auteur des faits, du rôle des entretiens préalables entre les parties, leur

²⁶³² Ibid p30

²⁶³³ R. Cario, *Les victimes et la médiation pénale en France*, Jacoud, Justice réparatrice et médiation pénale. Controverses ou divergences ?, coll, sciences criminelles, L'Harmattan,2003,p193.

²⁶³⁴ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010.

²⁶³⁵ Les victimes face à la justice : le sentiment de satisfaction sur la réponse judiciaire, Infostat justice, bulletin d'information statistique n°98, déc. 2007, p1.

²⁶³⁶ Art 41-1 5 du CPP.

rencontre et le rôle du médiateur. D'après la définition de la justice restaurative, la médiation pénale s'appuie sur l'accord préalable des parties. Il s'agit d'une condition de réussite qui « permet d'authentifier la médiation et conditionne l'adhésion et l'implication des protagonistes au processus restaurative du lien social »²⁶³⁷. L'accord préalable des parties est une condition substantielle de la médiation pénale remise en cause par la loi du 9 juillet 2010. Est-ce une version française de la médiation pénale qui « *par son installation au niveau du parquet, s'inscrit davantage, à notre époque de tolérance zéro et de justice en temps réel, comme un ajout punitif plutôt que comme une évolution affirmée vers une justice véritablement restaurative* »²⁶³⁸. Le poids donné à la victime dans la justice pénale notamment aux associations supplante-t-elle la médiation pénale et le paradigme de justice restaurative ?

572. Des débats sont soulevés aux seins d'associations, notamment de défense des femmes, qui s'opposent à la résolution des violences conjugales par voie de médiation pénale. En fermant ainsi la porte des victimes aux tribunaux, elles confortent la domination masculine sur la femme. Les violences conjugales ne doivent pas être perçues comme une infraction pénale et comme « *désordre social intolérable, nécessitant une intervention rétributive forte* »²⁶³⁹. C'est pourquoi la médiation pénale est devenue subsidiaire. La victime joue un rôle essentiel dans le consentement de cette procédure. La mesure ne peut s'appliquer lorsque la victime a saisi le juge aux affaires familiales en raison de violences commises par son conjoint²⁶⁴⁰ (art 515-9 du CCiv). « *Le combat féministe a de ce point de vue réussi à faire de la médiation pénale un instrument assujéti à la volonté exclusive de la victime* »²⁶⁴¹. « *Sous prétexte de protéger la jante féminine contre la gente masculine, la loi révèle la nature profonde de la médiation pénale en France qui a longtemps caché sa dimension fonctionnelle de gestion des flux (désengorger les tribunaux, accélérer la réponse judiciaire, renforcer l'effectivité de la réponse judiciaire) par un habillage restaurative assuré principalement par les maux supprimés* »²⁶⁴².

573. La loi de 2010 présuppose que la médiation pénale serait une mesure procédurale désavantageuse pour la victime privée de procès pénal. Inversement elle suppose que l'auteur serait avantagé par la situation. Le législateur agit contre l'évolution du conflit en médiation qui nécessite le consentement sincère des parties en vue de l'efficacité de la mesure. Le législateur s'est-il soumis au courant victimaire qui envahit la justice pénale au-delà jusqu'à contaminer la sphère restaurative²⁶⁴³. La modification de l'article 41-1 5° du CPP a l'avantage de replacer sur un même pied d'égalité la victime et l'auteur des faits quant à l'entrée dans la médiation pénale. Le procureur de la république à l'opportunité de déclencher la médiation pénale. Il ne pèse plus sur l'auteur des faits le risque d'un refus qui aurait pour conséquence une sanction pénale. De son côté la victime qui refuse la médiation peut se voir opposer un classement sans suite.

²⁶³⁷ Ibid p20.

²⁶³⁸ R. Cario, *Les victimes et la médiation ...op.cit.*, p196 in *ibid* p20.

²⁶³⁹ P. Milburn, La médiation pénale en France : quelle place pour les victimes ? in « Justice restaurative et victimes », *Les Cahiers de la justice*, n°1, Dalloz 2006p121, in *ibid*, p20.

²⁶⁴⁰ Art 41-1 6° du CPP « la victime est présumée ne pas consentir à la médiation pénale lorsqu'elle a saisi le juge aux affaires familiales en application de l'article 515-9 du Code civil en raison des violences commises par son conjoint, son concubin ou le partenaire avec lequel elle est liée par un pacte civil de solidarité » et art. 515-9 du CCiv.

²⁶⁴¹ Ibid., p21.

²⁶⁴² Ibid p21.

²⁶⁴³ R. Cario, « Qui a peur des victimes ? » *AJ pénal* 2004 p434 à 437.

574. La justice restaurative est étudiée seulement depuis 2011 par l'École nationale d'administration pénitentiaire. La formation s'organise par des rencontres entre des victimes et des détenus en partenariat avec l'INAVEM et le SPIP dans des maisons centrales (Poissy). Le médiateur guide une démarche de compréhension réciproque entre les victimes et des auteurs. Ainsi les professionnels peuvent partager leur expérience, leur ressenti sur le déroulement de ces rencontres, puis constater une évolution des détenus. Le rôle de l'avocat est important. Il doit respecter les droits et les rôles des acteurs (médiateur, agent de probation, surveillant). Il est là entant que conseiller et représentant de la victime ou de l'auteur. Cependant son rôle peut être néfaste à la résolution du conflit. Intervenant en tant que défenseur, les métiers peuvent adopter une posture de défense empêchant l'avancée de la médiation. La présence de l'avocat peut déstabiliser le contexte consensuel et spontané de la médiation en induisant certainement les attitudes de défense et de polémiques. Inversement, l'intervention d'avocat lui-même formé à la médiation est un atout pour expliquer aux parties l'enjeu d'une solution. Son intervention est importante lors de la signature de la transaction. Il explique alors les conséquences juridiques de la solution apportée au conflit.

III. Les modèles de justice restaurative

575. L'avantage de la justice restaurative est de s'insérer dans le cadre d'une dépenalisation²⁶⁴⁴ de certaines infractions telles que les incivilités. Sa compétence s'applique dans les cadres d'une dépenalisation massive de certaines infractions pour lesquelles la qualification pénale et « *l'inflation pénale galopante quasi pathologique* »²⁶⁴⁵ est contre-productive²⁶⁴⁶. Il s'agit notamment des infractions de déviance ou d'incivilités. Elle s'épanouit à l'extérieur du système pénal si une dépenalisation massive « *conformément à la morphologie du phénomène criminel constitué à plus de 80 % d'activités banales appropriation, les infractions caractéristiques d'inadaptation, de déviance ou d'autres incivilités étaient restituées à leur contentieux d'origine, abusivement dépouillés par l'inflation pénale galopante, quasi pathologique, en tout cas pour contre-productive* »²⁶⁴⁷. Elle a trois objectifs. Celui de punir de l'instructeur en vue de sa socialisation, d'une préparation globale de la victime et de rétablir durablement la paix sociale. La justice restaurative peut intervenir à tous les stades de la procédure pénale²⁶⁴⁸. La question reste de savoir comment l'intégrer pour qu'elle ne soit pas être dénaturée par les paradigmes préventifs et rétributifs qui annihileraient le consensualisme inhérent à la justice restaurative. Pour s'intégrer le corpus législatif ce nouveau dispositif doit s'expérimenter dans le temps. Ce fut le cas pour le contrôle judiciaire socio-éducatif²⁶⁴⁹ et de la médiation pénale²⁶⁵⁰ avant de démocratiser leur utilisation. Les nombreuses expériences des rencontres restauratives post sententielles ont des résultats encourageants²⁶⁵¹. Ces rencontres sembleraient compatibles avec notre culture et notre philosophie juridique²⁶⁵².

²⁶⁴⁴ Voir à ce sujet : conseil d'État, rapport public 1991, la documentation française, 1942-43 « qui dit inflation dit dévalorisation : quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite » p20.

²⁶⁴⁵ Ibid., p11.

²⁶⁴⁶ J. Danet, La spéculation pénale enfle, crevons la bulle !, Hommes et libertés, 2007,139 p12 -15.

²⁶⁴⁷ Ibid.

²⁶⁴⁸ Ibid., p10.

²⁶⁴⁹ C.Cardet, Le contrôle judiciaire socio-éducatif. Chronique d'une expérience qui dure. RSC 1994, p 503.

²⁶⁵⁰ J.Faget, La médiation. Essai de politique pénale, Erès, collection Trajets, 1997, p210.

²⁶⁵¹ R.Cario et P. Mbanzoulou *La justice restaurative, ...op.cit* p 49 et s

²⁶⁵² Ibid. p13.

Elle concerne les infractions les plus graves. L'ambition de cette mesure est d'obtenir au-delà d'une sanction, une resocialisation, une réintégration et une réparation. Deux modèles doivent être étudiés pour comprendre le sens et la portée de la justice restaurative à travers la résolution de conflits dont la nature et la gravité des infractions diffèrent. Les conférences du groupe familial sont historiquement très anciennes pour s'appliquer au sein des familles et pour les jeunes adolescents (A) Les cercles de soutien et de responsabilité est une forme de justice des plus innovantes en s'adressant aux auteurs d'infractions de nature sexuelle qui sorte de prison sans aucun aménagement de peine (B).

A Les conférences du groupe familial

576. L'originalité des conférences du groupe familiale consiste à élargir le cercle familial. Ces personnes participeront à la régulation du conflit aux côtés de l'infracteur et de la victime. Elle concerne les mineurs. Les *Family Group Conferences* sont nées en Nouvelle-Zélande en 1989 pour pallier les dangers relatifs aux mineurs que ce soit la protection de l'enfance ou la lutte de la délinquance. La Belgique est un des rares pays d'Europe avec le Royaume-Uni avoir appliqué ces conférences. L'évaluation positive de l'expérience belge peut-elle avoir une influence en droit français ? Il est intéressant de prendre la Belgique comme exemple car son droit et continental comme le droit français à l'inverse du droit anglo-saxon dépendant de la *common law*. Pendant trois ans, elle a réalisé des conférences pour les délinquants mineurs. Des expériences permises par la loi du 15 mai 2006²⁶⁵³ permettent au juge au tribunal des jeunes belges l'initiative d'une concertation restauratrice en groupe. Quatre conditions doivent être réunies. Il doit exister des indices sérieux de culpabilité, une reconnaissance des faits, la victime doit être identifiée ainsi que l'ensemble des protagonistes. La reconnaissance ne vaut pas reconnaissance de culpabilité ou de responsabilité même si l'objectif est la responsabilisation du mineur. Seule l'autorité de jugement peut initier l'ouverture d'une conférence. Elle n'est pas une alternative aux poursuites proposée par le procureur. Un médiateur participe au processus. La concertation restauratrice en groupe soit la conférence pour les délinquants mineurs suit une procédure de sélection des dossiers, de préparation et de recueil des consentements, d'une rencontre plénière, d'un accord et d'une homologation par le juge (accord restaurative). La majorité des participants et organisateurs des conférences du groupe familial sont satisfaits. 87 % des attracteurs et 92 % des victimes ainsi que 89% des parents de mineurs délinquants acceptent cette forme de justice restaurative.²⁶⁵⁴ L'objectif pédagogique et restaurative satisfont les attentes des participants. Les parties verbalisent leurs sentiments et sont sensibilisés sur les enjeux des solutions. Le mineur s'inscrit dans une conduite respectueuse pour autrui est lui-même. 100 % des victimes estimaient que leurs droits avaient été respectés²⁶⁵⁵. 95 % des mineurs délinquants estiment que leurs droits ont été respectés. 32 % d'entre eux témoignent de la difficulté

²⁶⁵³ Article 37 de la loi du 8 avril 1965 modifié par la loi du 15 mai 2006 relatif à la protection de la jeunesse, du code d'instruction criminelle, le code pénal, le Code civil, la nouvelle loi communale et la loi du 20 avril 2003 réformant l'adoption »

²⁶⁵⁴ I. Vanfraechem, L. Walgrave, Les conférences le groupe familial, Les cahiers de la justice, Dalloz, ENM, 2006, n°1 p 160 in R.Cario et P. Mbanzoulou « La justice restaurative... » chron.préc. Controverse, nov 2010, p45

²⁶⁵⁵ Ibid p 166, in R.Cario

ressentie lors de l'accord soit par la confrontation de la souffrance verbalisée des victimes soit par la réalisation des actions réparatrices²⁶⁵⁶.

577. La conférence a-t-elle pour autant des effets contre la récidive ? En Belgique, La procédure d'échange permet-elle de remettre dans le droit chemin le délinquant et de pallier les carences éducatives scolaires et sociales de ce dernier. Il semblerait que sa portée soit limitée dans le temps, hors les cas où un accompagnement témoigne de la réalisation des actions restaurative. « *Le taux de récidive des mineurs ayant fait l'objet d'une conférence est de 22 % tandis que celui des mineurs n'ayant pas participé est de 58 %*²⁶⁵⁷ ». L'efficacité contre la récidive doit être relativisée étant donnée les résultats mitigés des conférences du groupe familial expérimenté aux États-Unis²⁶⁵⁸. Des études ont montré l'absence d'effet immédiat lié au processus. Il semble que l'attitude positive des acteurs soit la cause des résultats mitigés²⁶⁵⁹. En revanche, les résultats encouragent de l'expérience belge ainsi que la recommandation du conseil de l'Europe en 1999 incite malgré tout au développement des pratiques restauratives²⁶⁶⁰. L'intégration de la justice restaurative dans notre système pénal depuis la loi de 2014 avait déjà fait l'objet d'un groupe de travail par le conseil national d'aide aux victimes en 2007²⁶⁶¹. Les adaptations concerneront les aspects juridiques et pratiques de l'intervention des professionnels de justice. Il s'agit notamment de la question relative au rôle de la police dans les différends familiaux et de la difficulté d'intervention judiciaire dans la sphère privée²⁶⁶². En effet ce qui distingue avec les pays du *Common Law* est la place conférée à la police dans les conférences de groupe familial. En Belgique le policier n'intervient que pour sécuriser les échanges. Il ne représente pas le ministère public qui met en œuvre les poursuites²⁶⁶³. Le système judiciaire pénal français est-il capable de recevoir les conférences du groupe familial ? Pour les conflits qui concernent les mineurs, les articles 12-1, 15-1 du CPP et l'ordonnance du 2 février 45, constituent un terrain favorable à l'introduction d'une telle mesure. Le juge des enfants peut proposer une mesure d'aide ou de réparation à l'égard de la victime. La juridiction au préalable les observations du mineur et de ses tuteurs tels que requis dans les conférences du groupe familial, le jugement et l'accord des participants.
578. Suite aux émeutes des banlieues, une partie de classe politique à remis en cause le régime dérogatoire de la justice des mineurs et l'ordonnance de 1945²⁶⁶⁴. Une proposition de loi²⁶⁶⁵ voulait responsabiliser les mineurs dès 16 ans, en abaissant l'âge de la majorité

²⁶⁵⁶ Ibid., p165

²⁶⁵⁷ Ibid p 166

²⁶⁵⁸ à Bethlehem, Pennsylvanie

²⁶⁵⁹ L.Kurki, *Evaluation Restorative Justice Practices*, in A.Von Hirsch, J.Robert, *Restorative Justice And Criminal Justice. Competing Or Reconcilable Paradigms?* Ed Hart Publishing, Portland, Oregon, 2003, p299 et s, in R.Cario, *la justice...op cit*, p47 note43.

²⁶⁶⁰ Recommandation n°R(99)19 du 15 septembre 1999 du comité des ministres sur la médiation en matière pénale ; Conseil économique et social des Nations unies, principes fondamentaux relatifs aux recommandations à des programmes de justice réparatrice en matière pénale, E /2002/30 ; *Nations unies, Handbook On Restorative Justice Programmes*, Multigraph.,2006, p 105.

²⁶⁶¹ La justice restaurative, Rapport du groupe de travail dirigé par R. Cario, CNAV, Ministère de la justice, Multigraph. 2007.

²⁶⁶² S. Portelli, « Des difficultés de l'intervention judiciaire dans la sphère privée », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1997 n° 28 p 103.

²⁶⁶³ I. Vanfraechem, L. Walgrave, « Les conférences le groupe familial », *Les cahiers de la justice*, Dalloz, ENM,2006, n°1 p 153et s.

²⁶⁶⁴ V. *infra* L'état d'urgence.

²⁶⁶⁵ Proposition de loi n°3132, déposée par C. Estrosi le 1^{er} février 2011, visant à mieux responsabiliser les délinquants mineurs de plus de Seize ans.

pénale. surtout lorsqu'ils sont en état de récidive légale. L'excuse de minorité tomberait. Cette proposition n'a pas abouti.

Face à cette question délicate, les voisins européens de la France sont partagés sur l'âge d'entrée de l'enfant dans le droit pénal. La France applique des seuils de 13, 16 et 18 ans avec dont dépend une réponse graduée. Dans des cas exceptionnellement graves, l'excuse de minorité peut être écartée pour des mineurs de 16 ans (crimes en bande organisés). Il varie selon les Etats entre 7 ou 8 ans pour certains et à l'adolescence vers 12 ou 14 ans pour d'autres²⁶⁶⁶. La sortie du régime de protection des mineurs vers la majorité pénale varie en Europe en fonction du libre arbitre et du déterminisme présent chez l'adolescent. En Belgique et au Luxembourg l'excuse de minorité peut être écartée pour les mineurs de 16 à 18 ans. Au Portugal, la majorité pénale est fixée à 16 ans, à 15 ans en Suède et 17 ans en Grèce mais ces pays prévoient des dérogations. A l'inverse, en Allemagne et en Italie les législations sont plus souples puisqu'un jeune peut être jugé comme un mineur jusqu'à 21 ans pour des faits peu graves. Le droit des mineurs peut être appliqué jusqu'à 21 ans en Espagne et aux Pays Bas. La Suisse interdit aux mineurs de 15 à 16 ans de faire plus d'un an de prison, même si la majorité est à 18 ans²⁶⁶⁷.

579. La justice des mineurs²⁶⁶⁸ se développe en France entre 1820 et 1860. Les quartiers distincts dans les prisons, des prisons particulières comme la petite roquette et la création de colonies agricoles notamment de Mettray sous prévu pour les mineurs ou plutôt les enfants. De 1817 à 1820 les enfants étaient mélangés aux autres adultes avec une soumission au travail obligatoire. En 1832 une circulaire demande d'éviter l'incarcération des enfants de moins de 16 ans et d'en organiser le cas échéant la séparation dans un quartier spécifique de la prison. Néanmoins une « *prison ne sera jamais une maison d'éducation* »²⁶⁶⁹.

580. Ces conférences concernent les infractions les plus graves. A l'inverse de la médiation pénale en France. Elle s'inscrit dans la logique d'une justice restaurative après que la sanction, condamnation soit devenue définitive. Elle suppose l'instauration de procédure, d'un protocole minutieux orchestré par des professionnels formés. Des médiateurs ou animateur ont un rôle particulièrement important pour éviter le risque d'une victimisation secondaire par l'aggravation de l'état psychologique des participants. En effet, les rencontres peuvent intervenir entre victimes et condamné qu'elle se connaisse ou non. Il existe donc deux types de rencontres comme celle que l'on rencontre dans les cercles de soutien et de responsabilité qui concerne les agressions sexuelles. Le Canada est pionnier dans l'utilisation des justices restauratives post sentencielles. En 1989, en Colombie Britannique, le programme de justice coopérative met en place des médiations pour les crimes graves et violents mettant en relation les auteurs et les victimes ou proches de victimes directes²⁶⁷⁰. Elles se déroulent avant pendant ou après le jugement. Les rencontres détenues-victimes (RDCV) permettent à l'inverse des rencontres entre

²⁶⁶⁶ L'âge de la majorité pénale très variable en Europe, B. Lutard, Le figaro, 13 janv 2011.

²⁶⁶⁷ C. Lazerges, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », RSC 1991 p. 414.

²⁶⁶⁸ J-G. Petit, *Ces peines obscures* ...op.cit., p284.

²⁶⁶⁹ Le comte D'argout *in Ibid.*, p 284.

²⁶⁷⁰ S-E. Charrette-Duscheneau, « L'expérience des victimes et du médiateur impliqué dans un processus de médiation pour des crimes graves au Québec », mémoire, Ecole de criminologie, Montréal, multigraph.,2009,p 212.

quelques détenus et quelques victimes qui ne se connaissent pas²⁶⁷¹. Elles sont mises en place dans le centre des services de justice réparatrice (CSJR)²⁶⁷².

- 581.** Le juge pénal est dépossédé de sa capacité à choisir la nature éloquente ainsi que les modalités d'exécution de la peine. Dans ce dernier cadre il proposait aux protagonistes une mesure de justice restaurative. La condamnation est prononcée, l'exécution est en cours. L'objectif est donc différent en raison d'un contexte particulier. « *Il ne s'agit plus de trouver une solution équitable au conflit qui a opposé les protagonistes, mais de leur permettre de prendre réciproquement conscience des conséquences et, surtout des répercussions du crime. Les échanges offrent, notamment, l'opportunité de verbaliser sur les émotions qui perdurent au-delà des prises en charge institutionnelle du crime, de vérifier la sincérité du cheminement de l'autre en terre de responsabilisation, d'entrer en empathie réciproque par la redécouverte de l'humanité de chacun.* »²⁶⁷³. Dans ce contexte la justice restaurative relève plus du symbole de la sentence. Elle n'est pas une mesure de sûreté qui s'imposerait.
- 582.** Préalablement à la mise en œuvre des rencontres, le médiateur étudie la recevabilité des dossiers faits sur demande volontaire. Ce processus se caractérise par une difficulté humaine et psychologique. Il est donc essentiel de recueillir l'acceptation, la volonté et l'investissement personnel des facteurs de la justice restaurative. Il rappelle les caractéristiques qui encadrent la mesure. Des soutiens psychologiques peuvent être déclenchés, le dispositif n'est pas obligatoire et peut s'arrêter à tout moment suivant la volonté de chacun. La rencontre respecte la parole de l'autre, expose ce que le crime a provoqué chez chacun des protagonistes. Le but essentiel est de résoudre les questions non résolues en dehors de la sentence pénale. Il partage la vision qu'ils ont d'eux-mêmes dans la société, la réflexion peut se baser sur des dessins ou des textes qui varient selon les thématiques abordées lors des rencontres. Les échanges ne sont pas limités aux paroles mais peuvent prendre la forme d'écrits pour clôturer le processus de reconsidération et de reconstruction du lien social. L'humanité ressort de chacun pour mesurer la nature et l'ampleur des souffrances issues du crime. Durant la mise en œuvre du dispositif, les médiateurs ont une posture neutre et leur intervention se limite à la bonne circulation des échanges et de la parole donnée par chacun dans un respect mutuel.
- 583.** Il existe deux types de rencontres post-sententielles. la médiation en face-à-face qui nécessite la présence d'un médiateur, et la rencontre détenu-victime. Les rencontres détenues victimes soulèvent la question sensible du regroupement de deux groupes l'un contenant des auteurs et l'autre contenant des victimes. Ils ne se connaissent pas mais le moment de leur rencontre peut-être délicat. Le médiateur en plus d'être formé à la médiation doit être formé à la gestion de groupe. L'établissement pénitentiaire est le lieu de rencontre. Dans une salle sécurisée qui n'en est pas moins conviviale dans laquelle se dérouleront les discussions en toute confidentialité. Les représentants de la société civile par leur présence l'implication de celle-ci. Ils font office de témoins du bon déroulement de ce processus de justice restaurative. (Implication des parties, équité, bien social.).

²⁶⁷¹ T. de Villette, Faire justice autrement. Le défi des rencontres entre détenus et victimes, médias paul éd., 2009, p 39.

²⁶⁷² Le «*face to face* de groupes » est expérimenté en Angleterre en 1983 puis au Canada dans le centre des services de justice réparatrice, csjr.org

²⁶⁷³ Ibid., p50.

B. Les cercles de soutien et de responsabilité

584. Les rencontres restaurative en matière pénale reposent sur la théorie de l'expérimentation des RDV²⁶⁷⁴. Dans ce contexte, des cercles de soutien et de responsabilité (CSR ou COSA)²⁶⁷⁵ reprennent le même modèle. En fonction du type de criminalité dépend un modèle de rencontre avec des règles propres. Les agresseurs sexuels font l'objet d'un rejet démesuré de la société. Les CSR « sont une démarche de justice réparatrice ou la communauté fait sa part pour se protéger de futures agressions sexuelles »²⁶⁷⁶. L'objectif est de « réduire de manière significative la survenance de futures victimisations sexuelles de membres de la communauté en aidant et soutenant les personnes libérées dans leur entreprise de réintégration dans la société [...] afin de les mettre de manière adaptée en face de leurs responsabilités en échange d'une vie dans la collectivité en toute sécurité »²⁶⁷⁷. De slogan sont utilisées pour expliquer les raisons de son existence d'un côté, plus jamais de victimes et de l'autre, personne n'est jetable. Le dispositif lutte contre la récidive et appréhende les agresseurs sexuels comme des êtres humains qui possèdent une valeur intrinsèque capable de se réinsérer socialement. « L'idée derrière ce modèle est fort simple : les gens qui ont des problèmes ont tendance à aller mieux lorsqu'ils peuvent être aidés par d'autres à résoudre leurs problèmes. C'est là une vérité presque universellement acceptée qui s'applique à des domaines aussi divers que la médecine, la santé mentale, la justice pénale, l'éducation et les événements de la vie courante »²⁶⁷⁸. Une étude a confirmé le succès des CSR en comparant 60 hommes qui ont bénéficié du dispositif et 60 autres qui n'ont pas été inclus. La récidive est réduite de 50 %. En bénéficiant du CSR la récidive sexuelle passe de 16 à 8 %, de 35 à 18 % pour la récidive avec violence et de 43 à 31 % pour la récidive en générale²⁶⁷⁹.
585. Les CSR se sont constituées pour la première fois en Ontario au Canada en 1994. suite au soutien donné à un pédophile récidiviste qui sortait de prison et qui attirait toutes les inquiétudes. Les membres d'une paroisse protestante ont organisé un cercle de soutien qui s'est appuyé sur la responsabilisation de Charlie Taylor. « Ce programme de réinsertion sociale est basé sur une vérité : un homme isolé est plus à risque de récidive qu'un homme accompagné »²⁶⁸⁰. Entouré de personnes de confiance il peut sans complexe avouer ses pulsions. Il est écouté entourer sans être jugé. Ce modèle de soutien dont l'objectif est la réintégration du délinquant sexuel un tel succès qu'il s'est multiplié au Canada puis copier aux États-Unis en Angleterre et en Italie. A sa sortie de prison, le comité national de libération conditionnelle du Canada était convaincu qu'il allait récidiver. A ce moment-là est créé les règles particulières, une détention, lorsque le comité estime que le condamné ne peut bénéficier d'une libération alors que les deux tiers de sa peine ont été effectués. Il est donc en détention jusqu'au terme de celle-ci. « Les études ayant évalué des formes multi-partenariales de protocole de libération ont toutes clairement montré qu'un plan de libération préparé avec précaution, combiné à une

²⁶⁷⁴ R.Cario, « Les rencontres restauratives en matière pénale : de la théorie à l'expérimentation des RDV », *AJ pénal* 2011, p294.

²⁶⁷⁵ R.Cario et P. Mbanzoulou « La justice restaurative... » *chron.préc.*, p 63s.

²⁶⁷⁶ *Ibid.* p63.

²⁶⁷⁷ R.J. Wilson, A. Mcwhinnie, M. Herzog-Evans, « Les Cercles de support et de responsabilité : Un partenariat international en management du risque en milieu ouvert », *AJ Pénal* 2012 p. 636

²⁶⁷⁸ *Ibid.*, 636.

²⁶⁷⁹ R.J.Wilson, J.E.Picheca, M.Prinzo, étude pour le SCC, mai 2005, *in* R.Cario et P. Mbanzoulou « La justice restaurative... » *chron.préc.* p 67s.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*, p64.

surveillance, une probation et un soutien humain réduit effectivement la récidive »²⁶⁸¹. La réinsertion de ce délinquant sexuel semble être un combat perdu d'avance. C'est pourquoi, le psychologue de C. Taylor, a eu des difficultés à rassembler autour de lui un comité de soutien pour préparer sa sortie. Il s'est rapproché de la communauté religieuse des Menonites, qui avaient déjà en 1998, sous l'impulsion du pasteur, organisé un programme pour accompagner C.Taylor à la suite d'une précédente condamnation²⁶⁸². Les membres principaux sont les bénéficiaires, des agresseurs sexuels enfin de peine. Le principe fondamental du volontariat s'applique aussi dans ce dispositif. Les concernant les agresseurs sexuels, il est un passage quasiment obligatoire s'il souhaite se réinsérer. L'objectif du programme est principalement la lutte contre la récidive. Un formulaire de consentement est signé avant que les informations puissent circuler dans le cercle de soutien. La décision d'intégrer au programme un détenu est le résultat d'une décision conjointe entre le responsable des CSR et celui du service correctionnel du Canada (SCC). Ils décident ensemble de la création ou non d'un CSR pour ce détenu. Les membres sont choisis pour composer le cercle de soutien. L'application des bénévoles est importantes et doivent exprimer un vrai plaisir d'accompagner le membre principal. Un contrat d'un an, telle une alliance entre les participants.

- 586.** La première prise de contact se déroule entre les murs de la prison. Dans cette première phase de présentation et de rencontres, le membre principal doit déjà dévoiler les parties sombres de sa personne et les actes qui ont été reprochés. À sa sortie de prison, membre principal rencontrera une fois par semaine le CSR. Chacun parle et chacun écoute. Le partage d'information, d'expérience a pour objectif de développer l'empathie ainsi qu'à prendre conscience de ses propres difficultés. Les bénévoles sont disponibles. Il raconte à leur tour leurs problèmes leurs difficultés. Cette façon rompt avec l'isolement, un des premiers facteurs de rechute. Le cercle de soutien opère comme un cercle d'amis, dont les bénévoles participent à une expérience humaine qui change la vie²⁶⁸³.

Le CSR se caractérise par un soutien social et une responsabilisation. En identifiant les besoins du membre principal (logement emploi, addictions, éducation) le soutien se matérialise et redonne de l'humanité au délinquant sexuel. La responsabilisation quant à elle sera due par un engagement à participer aux réunions avec la même assiduité que l'ensemble des bénévoles. Ainsi, il se resitue dans un cadre social et comprend qu'il appartient à une même espèce humaine. La responsabilisation est le pendant du soutien social qui redonne de l'humanité à un individu érigé au rang de monstres dans la société.

Le CSR et ses membres agissent comme un stabilisateur qui protège le membre principal de son comportement criminel. La proximité des rapports agisse directement sur l'atténuation du risque de récidive surtout chez les pédophiles²⁶⁸⁴. En effet l'attention des membres est focalisée sur le membre principal « *le cercle est attentif à l'isolement, aux fréquentations de personnes antisociales, aux attitudes favorables aux infractions sexuelles, aux lacunes sur le plan de l'intimité, à la maîtrise de soi sur le plan sexuel, aux idées négatives et à la maîtrise de l'humeur. Ces facteurs de risques varieront pour*

²⁶⁸¹ R.J. Wilson, A. Mcwhinnie, M. Herzog-Evans, « Les Cercles de support et de responsabilité ... » chron.préc. p. 636.

²⁶⁸² Le programme : D'homme à homme.De femme à femme, M2W2, Yantzi, 1998

²⁶⁸³ R.Wilson, A. Mcwhinnie, « Les cercles de support et de responsabilité ... » chron.préc p 636.

²⁶⁸⁴ D. Grubin, *Predictors of risk in serious sex offenders*, *British journal of psychiatry*, 1997,170, p17-21,in R.Cario et P. Mbanzoulou « La justice restaurative... » cron.préc. p 67s.

*chaque membre principal*²⁶⁸⁵ ». Les membres n'ont pas la capacité d'empêcher l'individu que ce soit par la thérapie ou physiquement, ils ont néanmoins un effet pour diminuer l'intensité des facteurs déclencheurs de la récidive. Ainsi, la qualité des entretiens dans les CSR ainsi que la relation sociale qui en découle stabilisent le comportement du délinquant sexuel surtout à sa sortie de prison²⁶⁸⁶. « *Les Cercles de support et de responsabilité (COSA) correspondent avant tout à une volonté de gens ordinaires de contribuer à la sécurité publique* »²⁶⁸⁷.

Conclusion du Chapitre II

587. Quels sont les instruments qui permettent au condamné de réaliser une transition réussie vers la désistance et la réhabilitation ? L'abolition de la peine de mort et de la tutelle pénale laissent le droit démuni dans la lutte contre la récidive. Il n'existe plus d'instruments spécifiques au récidiviste. La prison, quant à elle, perd de son sens alors qu'elle reste la peine ultime privilégiée par le législateur. Le juge tente de démêler l'imbroglio des aménagements de peines sont englobés dans la nouvelle peine de probation. La France prend du retard dans la lutte contre la récidive. La peine de probation impose une culture du travail collectif à des acteurs qui doivent d'abord relever le défi de la confiance et de la communication. De plus, la nouvelle rédaction de l'article 707 du CPP consacre une responsabilisation du condamné, celle-là même au cœur de la probation et des justices restauratives. Le consentement du probationnaire, des parties ou des médiés, s'oppose donc à la coercition inhérente à la sanction pénale. Ainsi, la peine de probation française serait antinomique. Les probationnaires sont choisis selon leur capacité de réadaptation. La transition indispensable entre la peine et la réinsertion nécessite de mettre en place des réponses concrètes et individualisées. Des actions locales coordonnées, sur l'initiative de quelques personnes sensibilisées, comblent les carences de l'Etat dans une mise en œuvre cohérente de solutions aux problèmes que rencontrent les sortants de prison dans leur prise d'autonomie. L'échec des instruments de surveillance, l'incohérence et l'incompréhension des sentences pénales conduisent en la perte de confiance des justiciables, victimes et auteurs. Ils sont, respectivement en recherche de considération et d'écoute justifiant le recours aux justices restauratives où le consensualisme et la responsabilisation s'imposent comme les nouveaux paradigmes de la lutte contre la récidive.

²⁶⁸⁵ Ibid., p66

²⁶⁸⁶ Estroff, Zimmer, Lachicotte, Benoit, The influence of social networks and social support on violence, 1994, in R.Cario et P. Mbanzoulou La justice restaurative, une utopie qui marche ? Controverse, nov 2010 p 66s

²⁶⁸⁷ R.J. Wilson, A. Mcwhinnie, M. Herzog-Evans, « Les Cercles de support et de responsabilité ... » chron préc. p. 637

Conclusion de la Partie II

- 588.** Le récidiviste n'est pas un justiciable comme les autres. Il est un sous-justiciable ce que démontre la mise en œuvre d'instruments rétributifs et une procédure pénale dévoyée au sur le fondement des présomptions d'incorrigibilité et de dangerosité. qui violent les principes généraux du droit sur le fondement d'une simple présomption d'une incorrigibilité et d'une dangerosité future du prévenu. L'obsession créatrice s'acharne contre le récidiviste bouc émissaire d'une majorité démocratique intolérante. Le dogme des préjugés est consacré par l'expertise psychiatrique, dont la portée est controversée, ainsi que par la procédure de comparution immédiate. Ces deux instruments entérinent l'autonomisation du régime dérogatoire des récidivistes qui porte atteinte aux droits fondamentaux. Le récidiviste est happé par la brutalité de la sanction pénale. La présomption de culpabilité est prouvée par le rapport d'expertise qui outre passe sa fonction d'avis au près du juge. Le doublement et le seuil minimal de la peine carcérale offrent un ticket pour le cycle infernal de la récidive. L'injustice frappe le récidiviste incompris. La preuve irréfutable des carences du système judiciaire aveugle et sourd réside dans l'ouverture de bureaux d'informations (BEX) qui expliquent aux nouveaux condamnés le sens et les modalités d'exécution de la peine.
- 589.** Le récidiviste est triplement condamné. Il fait l'objet d'une procédure dérogatoire, il est plus sévèrement punit et ne bénéficie pas de droit à la réinsertion. Le préjugement le préconditionne à réitérer ses méfaits pour survivre. De plus la peine principalement de prison ne reflète plus les exigences humanistes contemporaines. Il faut repenser les conditions de détention et la mission de l'administration pénitentiaire. La privation de liberté d'aller et de venir est-elle aujourd'hui le bien le plus précieux pour une personne du XXIème siècle ? Le droit au respect de l'intégrité physique et psychique est-il un bien encore plus précieux ? En effet, porter un bracelet électronique à la cheville symbolise une peine moderne, en réalité archaïque avec une efficacité relative. Le condamné sous écrou hors les murs de la prison est libre de ses déplacements sans être maître de son corps. La société virtuelle supplante, dans une certaine mesure, l'existence du corps humain. L'élimination virtuelle d'un individu sur les réseaux sociaux ne serait-elle pas aussi punitive qu'une neutralisation temporaire dans une prison qui préserve l'accès à internet et toutes les dérives que cela comporte. La prison, entant que peine principale, a atteint les limites de ce qui lui est demandé : punir et réinsérer. Les prisons ouvertes, peu nombreuses, dispensent une surveillance et des soins prometteurs chez les délinquants sexuels. L'administration pénitentiaire est incapable de relever le condamné entre les murs de la prison. Elle doit, certes, perdurer pour protéger la société des grands criminels et rester une peine ultime. En revanche, doit-elle pour autant être une peine de masse standardisée à des fins politiques de discrimination des plus faibles?

CONCLUSION GENERALE

- 590.** La sanction pénale est une réponse légitime de la société à un acte illégale, Elle est prononcée par un tribunal compétent et une procédure équitable. Dans un pays démocratique, le jugement pénal, parce qu'il est attentatoire à la liberté, se soumet, aux droits fondamentaux de la légalité criminelle, de la présomption d'innocence et des droits de la défense. Si la notion de récidive reste floue c'est dans l'intérêt lui concéder une capacité d'extansion qui réprime plus fort le plus grand nombre. Le régime pénal des récidiviste est une arme sécuritaire à la disposition d'un Etat régalien en danger. Celui qui récidive ou qui présente un risque de récidive est jugé coupable en fonction de son acte, puis, punit en fonction de sa personnalité et de son passé criminel. Or, dès le début de son arrestation, le pouvoir exorbitant du Parquet, applique un régime dérogatoire puis un procès rapide orienté, non pas en fonction de son acte mais de sa qualité passé de récidiviste. Ce préjugement impose une défense particulière et effective au regard des droits fondamentaux et de l'absence de garantie d'indépendance du Parquet qui devrait faire l'objet d'une prochaine réforme²⁶⁸⁸.
- 591.** Il est évident, qu'au regard de l'histoire de la lutte contre la récidive, un changement de paradigme s'opère en douceur. Il s'observe à partir des critères subjectifs et objectifs des instruments étudiés, non pas sous l'angle de la défense sociale mais sous le prisme des droits de la défense du récidiviste. La matière pénale est fragilisée par des instruments dont les critères sont tantôt aléatoires et tantôt automatiques créant les conditions d'une insécurité juridique grandissante dans un domaine où il est essentiel de préserver les droits de l'homme. Les difficultés financières de la justice et de l'administration pénitentiaire limitent les actions ponctuelles et individualisées. L'accumulation des procédures, des peines et des mesures de sureté rendent illisible l'arsenal pénal pour un juge surchargé et isolé. La portée de la loi de 2014 pourrait modifier l'histoire de la lutte contre la récidive en s'orientant sur un autre chemin que celui de l'obsession créatrice d'instruments qui détruisent plus qu'ils ne renforcent les chances de relèvement du condamné²⁶⁸⁹. Une bataille sémantique et épistémologique oppose les paradigmes traditionnels de la rétribution et de la prévention par l'application de peines utilitaires. Au cœur de cette bataille figure des confusions de définition et de conception de la dangerosité juridique, sociale et psychiatrique, limitant la réponse clinique²⁶⁹⁰ et apportant une vision erronée du criminel.

²⁶⁸⁸ E. Allain, Le programme ambitieux des réformes de la justice pour 2016, Dalloz actualité, dalloz.fr, 18 sept.2015.

²⁶⁸⁹ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine..op.cit.*, p11.

²⁶⁹⁰ P.Bessoles, *Sciences criminelles cliniques...op.cit.*, p 9.

- 592.** Quel est le sens et la portée des instruments de lutte contre la récidive ? Il faut relever une difficile différenciation idéologique des peines, mesures de sûreté, mesures de soin, de surveillance et de probation. La création de mesures hybrides conforte l'existence d'un premier changement de paradigme qui supprime des idéologies rétributives dépassées contribuant en la création d'anomalies dans le système pénal. *In fine* la peine préventive est aussi dénuée de portée réhabilitante pour se focaliser sur un contrôle punitif. La suppression des peines inhumaines et humiliantes (peine de mort, relégation, tutelle pénale) s'est justifiée par l'humanisation du droit. Pourtant, d'autres mesures considérées plus modernes et moins indignes n'ont pas l'image et l'efficacité souhaitées comme le bracelet électronique. Les nouveaux instruments se sont rajoutés aux anciens pour aggraver les anomalies de l'exécution des peines. Tout d'abord, la culpabilité du récidiviste est préjugée à travers un droit pénal général qui préétablit une peine sans que le juge puisse la prononcer selon la personnalité de l'auteur. Ensuite, la procédure pénale de la comparution immédiate, notamment, se spécialise dans la condamnation rapide et brutale des récidivistes. Elle contribue à la création d'un régime *bis*. Enfin, les chances de réinsertion du récidiviste sont limitées par une application complexe d'instruments anciens et nouveaux et d'une mise en œuvre défectueuse. La récidive s'autoalimente grâce à un régime et des instruments créés à cet effet et dont la société est complice à travers les choix de la représentation nationale. En effet, l'objectif de la peine étant de punir et de réinsérer, elle porte la responsabilité sur le récidiviste d'apporter les garanties de sa capacité à se réinsérer pour échapper à une peine trop lourde. L'administration pénitentiaire, qui a aussi une vocation à réinsérer, ne peut pas lui garantir une aide efficace. L'Etat n'emploie pas suffisamment de moyens humains et financiers pour l'aider à retrouver un emploi, bénéficier d'une formation, d'un logement ou de soins. Cette obligation, est réaffirmée depuis la loi de 2014 comme étant à la charge de l'administration pénitentiaire, autrement dit de l'Etat qui doit préparer à l'insertion afin de permettre au condamné d'agir en personne responsable.
- 593.** La récidive n'est pas l'indicateur du bon fonctionnement de la justice, il est celui du mauvais fonctionnement de la société. L'effondrement des piliers sociabilisants et l'effritement des droits ouvrent une brèche au développement de la criminalité et de la récidive, quel que soit les instruments préventifs ou rétributifs. La justice restaurative devrait se développer particulièrement envers les mineurs²⁶⁹¹. La délinquance juvénile n'est pas qu'un problème français, elle touche aussi tous les pays européens dont l'âge de la majorité pénale diverge. En France, la tentation est grande de rabaisser la majorité pénale à 16 ans et de revenir sur l'excuse de minorité de l'ordonnance de 1945²⁶⁹². Ainsi en modifiant le critère juridique il est possible de réprimer davantage. Les prochains temps annoncent peut-être la fin de la spécificité française du régime dérogatoire et protecteur des mineurs²⁶⁹³.

Si la répression s'aggrave dans un sens, alors en contrepartie, des efforts financiers et humains devraient être portés sur l'éducation des jeunes. L'absence de connaissance et d'éducation crée des êtres intolérants et réfractaires à l'autorité. En 1882, J.Reinach,

²⁶⁹¹ Les sorties des mineurs de la délinquance à l'issue d'un séjour en centre éducatif fermé *in* M. Mohammed, (dir), *Les sorties de délinquance...op.cit.*, p279.

²⁶⁹² P.Bonfils, A. Gouttenoire, Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard, *AJ pénal* 2009, p9

²⁶⁹³ C. Lazerges, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC* 2008, p. 200 ; V.Gautron, « Loi n°2007- 297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, la fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance », *AJ pénal* 2007, p205

s'interroge sur le devenir des enfants condamnés à devenir des récidivistes. Avant l'adoption de la relégation, il explique en quelques phrases en quoi consiste l'enjeu d'accompagner dès l'enfance les plus démunis pour prévenir la récidive. *« L'enfance est le meilleur terrain de lutte contre la récidive. Lorsque, par la faute de la société ou par la sienne, l'enfant est devenu un homme dangereux, la société doit sévir contre lui sans s'attendrir sur l'origine du mal. Une fois le mal constaté, la répression est devenue une nécessité inéluctable ; l'énerverment de la justice serait pour une démocratie comme la nôtre ce que l'indifférence religieuse est à la religion. Seulement, s'il est juste et nécessaire que l'œuvre de répression s'accomplisse toujours tout entière, une société est coupable, surtout une société démocratique, quand elle néglige un seul des moyens qui peuvent empêcher la naissance de ce mal, qu'il faudra ensuite frapper rudement et qu'il sera si difficile de guérir. C'est pourquoi l'on ne répandra jamais assez l'enseignement populaire des devoirs et des droits, qu'on élèvera jamais assez d'école pour initier à la pratique du bien, hôpitaux et asiles pour recueillir les misères imméritées. Toute grande œuvre de répression sociale exige que l'on fonde en même temps une œuvre parallèle de charité préventive. Et dans cette œuvre de charité, les soins donnés à l'enfance seront au premier rang. Car l'enfant et le commencement de l'homme, et le commencement, comme dit Aristote, est la moitié du tout »*²⁶⁹⁴.

594. L'analyse des fondements, de l'application et de la mise en œuvre des instruments montre leurs limites dans la lutte contre la récidive. Ils révèlent l'incohérence des paradigmes qui les dirigent et leur inefficacité organisationnelle. Ainsi, est dissociée la phase du jugement et la phase d'exécution de la peine qui met en œuvre la sanction jusqu'à la réhabilitation. Cette dernière phase se subdivise par une mise en œuvre de la sanction qui applique les principes rétributifs et préventifs du droit pénal et une période de réinsertion qui conduit à la désistance et à la réhabilitation, si elle est efficace. Cette dernière étape fait défaut car elle ne peut être guidée par les dogmes du droit pénal. Elle est une transition entre la peine ou l'univers carcéral et la société civile. Elle ne peut pas être coercitive. En effet, les justices restauratives et la probation n'ont d'intérêts que si elles sont fondées sur le consensus non équivoque du sortant de prison qui manifeste ainsi sa volonté de changer. La contrainte pénale n'aurait d'effet bénéfique que pour les volontaires qui acceptent de se soumettre aux obligations. L'amendement provient du fort intérieur de chacun, il ne peut être obtenu par la force. Le chemin vers, ce qui est appelé sans connotation religieuse, la désistance, est un long travail personnel de responsabilisation nécessitant une aide extérieure.

595. Le droit de l'exécution des peines est traversé par des logiques différentes. Les sphères de surveillance et de réinsertion sont brouillées. La nécessité de créer une matière autonome de l'exécution des peines avec ses propres règles s'impose au regard de la lutte contre la récidive. Un changement visible de paradigme s'opère progressivement dans la phase de réinsertion pour garantir au condamné toutes les chances d'une réinsertion réussie. Alors qu'il a purgé sa peine, l'ancien condamné a droit de retrouver sa place et d'être l'égal de ses concitoyens. L'exécution des peines vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable. Il détient donc une créance à la charge de l'Etat au compte duquel des actions locales et ponctuelles se substituent car il n'a pas défini les modalités de cette préparation. Une lutte efficace

²⁶⁹⁴ J. Reinach, *Les récidivistes*, Paris, 1882, p12.

contre la récidive s'exerce d'une part à travers une défense effective du récidiviste contre un régime dérogatoire qui le maintient dans sa condition. D'autre part, elle se traduit par des instruments extra-pénaux restauratifs qui permettent aussi de modifier la perception populaire et juridique du condamné, pour une société pacifiée complice de la réinsertion du récidiviste.

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE 1 : Article 56 à 58 du Code pénal de 1810.

ANNEXE 2 : Graphique du taux cumulé de nouvelles condamnations selon la durée d'observation.

ANNEXE 3 : Tableau du taux de récidive des libérés de 2002 selon la nature de l'infraction initiale dans les cinq ans qui suivent la libération.

ANNEXE 4 : Tableau du taux de récidive des libérés de 2002 selon des caractéristiques sociaux démographiques et pénales dans les cinq ans qui suivent la libération.

ANNEXE 5 : Graphique représentant la part des bénéficiaires d'aménagement de peine selon le type d'infraction.

ANNEXE 6 : Tableau représentant la régression logistique sur la probabilité d'avoir au moins une nouvelle condamnation dans les cinq ans après la libération.

ANNEXE 7 : Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération.

ANNEXE 8 : Pourcentage de condamnés pour récidive entre 2000 et 2010.

ANNEXE 9 : Tableau récapitulatif des principaux fichiers.

ANNEXE 10 : Infraction entraînant une inscription au FNAEG.

ANNEXE 11 : Tableau synthétique des procédures d'aménagement des peines privatives de liberté et sanctions.

ANNEXE 12 : Tableau synthétique des procédures applicables au titre des mesures de sûreté.

ANNEXE 13 : Tableau synthétique des procédures d'exécution des peines.

ANNEXE 14 : Tableau des infractions permettant le prononcé d'un suivi-socio-judiciaire.

ANNEXE 15 : Tableau des domaines d'application des mesures d'aide et d'assistance.

ANNEXE 16 : Réquisition judiciaire pour examen psychiatrique en garde à vue, enquête préliminaire.

ANNEXE 17 : Modèle de formulaire d'enquête rapide de personnalité.

ANNEXE 1

Article 56 à 58 du Code pénal de 1810²⁶⁹⁵

Chapitre IV : Des peines de la récidive pour crimes et délits.

Article 56 (abrogé au 1er mars 1994) Créé par Loi 1810-02-12 promulguée le 22 février 1810

Modifié par Ordonnance 60-529 1960-06-04 art. 1 JORF 8 juin 1960. Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994

« Quiconque, ayant été condamné à une peine afflictive et infamante, ou seulement infamante, aura commis un second crime emportant comme peine principale la peine de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans sera condamné au maximum de la peine, laquelle pourra être élevée jusqu'au double [*circonstance aggravante*].

Si le second crime emporte la peine de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans, la peine pourra être élevée jusqu'à vingt ans [*durée*].

Si le second crime emporte la peine de la détention criminelle à temps de dix à vingt ans, il pourra être prononcé le maximum de la même peine laquelle pourra être élevée jusqu'au double.

Si le second crime emporte la peine de la détention criminelle à temps de cinq à dix ans, la peine pourra être élevée jusqu'à vingt ans.

Si le second crime emporte comme peine principale la dégradation civique ou le bannissement, la peine pourra être celle de la détention criminelle à temps de cinq à dix ans.

Toutefois, l'individu condamné par un tribunal des forces armées ne sera, en cas de crime ou délit postérieur, passible des peines de la récidive qu'autant que la première condamnation aurait été prononcée pour des crimes ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires. »

Article 57 (abrogé au 1 mars 1994) Créé par Loi 1810-02-12 promulguée le 22 février 1810. Modifié par Loi 1891-03-26 art. 5 JORF 27 mars 1891. Modifié par Loi 55-304 1955-03-18 art. 2 JORF 19 mars 1955 en vigueur le 19 juin 1955.

Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994

« Quiconque, ayant été condamné pour crime à une peine supérieure à une année d'emprisonnement, aura, dans un délai de cinq années après l'expiration de cette peine ou sa prescription, commis un délit ou un crime qui devra être puni de la peine de l'emprisonnement, sera condamné au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double [*circonstance aggravante, durée*]. »

²⁶⁹⁵ Légifrance.fr

Article 58 (abrogé au 1 mars 1994) Créé par Loi 1810-02-12 promulguée le 22 février 1810

Modifié par Loi 1891-03-26 art. 5 JORF 27 mars 1891, par Loi 1915-05-22 art. 3 JORF 23 mai 1915, par Loi n°81-82 du 2 février 1981 - art. 2 JORF 3 février 1981, Loi n°83-466 du 10 juin 1983 - art. 1 JORF 11 juin 1983 en vigueur le 27 juin 1983

Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994

« Il en sera de même [*condamnation au maximum de la peine portée par la loi, cette peine pouvant être élevée jusqu'au double*] pour les condamnés à un emprisonnement de plus d'une année pour délit qui, dans le même délai, seraient reconnus coupables du même délit ou d'un crime devant être puni de l'emprisonnement. »

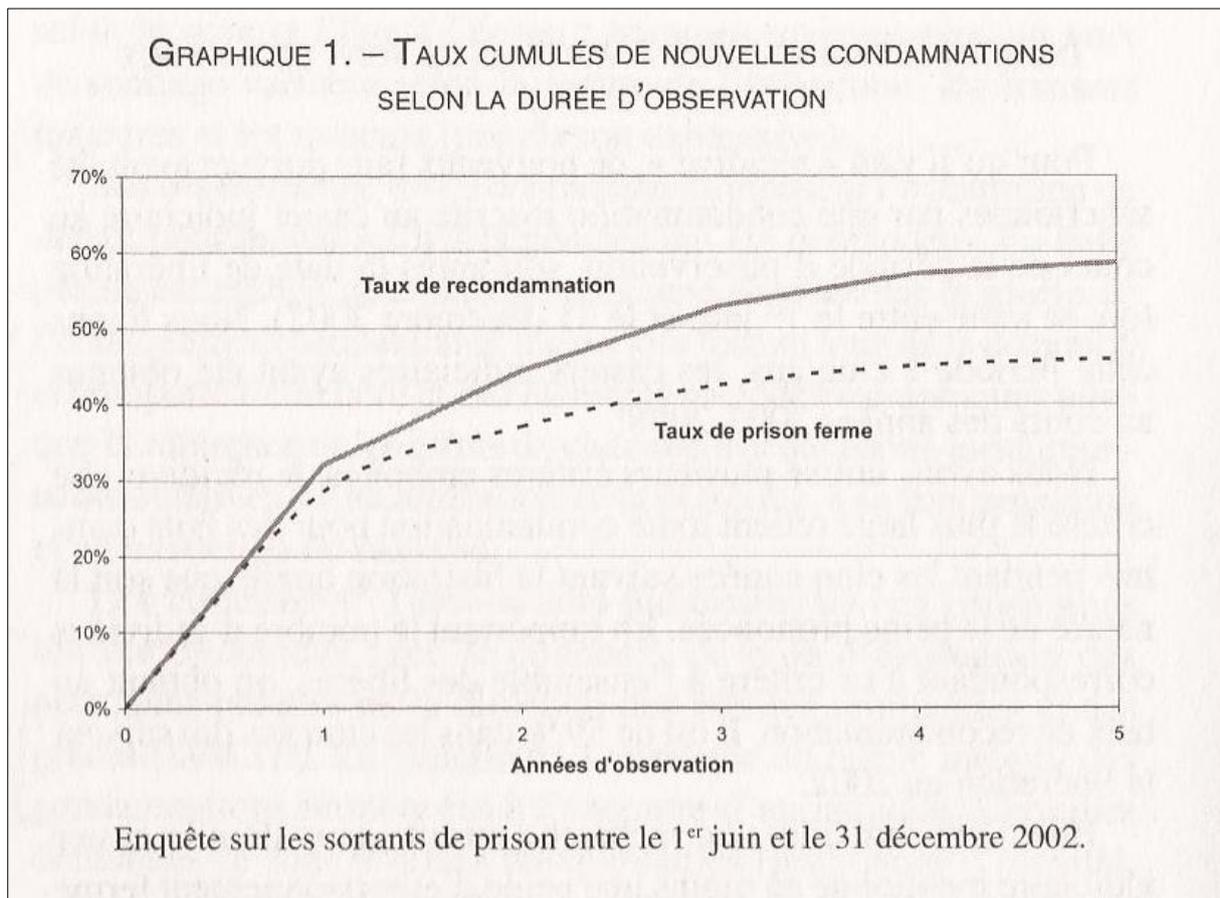
« Ceux qui, ayant été antérieurement condamnés à une peine d'emprisonnement de moindre durée, commettraient le même délit dans les mêmes conditions de temps, seront condamnés à une peine d'emprisonnement qui ne pourra être inférieure au double de celle précédemment prononcée, sans toutefois qu'elle puisse dépasser le double du maximum de la peine encourue. »

« Les délits de vol, escroquerie et abus de confiance seront considérés comme étant, au point de vue de la récidive, un même délit. »

Le recel sera considéré [*définition*], au point de vue de la récidive, comme le délit qui a procuré les choses recélées.

ANNEXE 2

Graphique du « taux cumulé de nouvelles condamnations selon la durée d'observation »²⁶⁹⁶.



²⁶⁹⁶ A. Kensey in M. Mohammed, dir., *Les sorties de délinquance, Théories, méthodes, enquêtes*, La découverte, mars 2012, p 218.

ANNEXE 3

Tableau du « taux de récidive des libérés de 2002 selon la nature de l'infraction initiale dans les cinq ans qui suivent la libération »²⁶⁹⁷.

TABLEAU 1. – TAUX DE RÉCIDIVE DES LIBÉRÉS DE 2002 SELON LA NATURE DE L'INFRACTION INITIALE DANS LES CINQ ANS QUI SUIVENT LA LIBÉRATION

Nature de l'infraction initiale (*)	Taux de recondamnation %	Taux de prison ferme %	Taux de réclusion criminelle %
Ensemble des libérés	59	46	0,5
Viol sur mineur (crime)	19	8	0,6
Attentat outrage à la pudeur sur mineur	21	13	0,7
Faux et usage de faux documents administratifs	27	21	0
Homicide volontaire (crime)	32	19	0,7
Délit à la police des étrangers	34	30	0,8
Viol sur adulte (crime)	39	24	1,9
Violences envers mineur	46	38	0
Escroquerie, filouterie, abus de confiance	47	35	0,5
Infractions à la législation sur les stupéfiants	48	36	0
Coups et blessures volontaires avec circonstances aggravantes	56	37	0,3
Conduite en état ivresse	57	41	0,6
Recels	58	45	0,6
Violences envers adulte (crime)	60	44	0,6
Vols (crime)	64	52	0,3
Défaut pièces administratives pour conduite de véhicules	65	50	0,7
Vols aggravés	67	55	0,5
Violence outrage fonction ou magistrat	72	58	0
Vol simple	74	59	0,6
Coups et blessures volontaires sans circonstances aggravantes	76	60	0,2

(*) Les rubriques ne portant pas la mention « crime » correspondent à des délits.

²⁶⁹⁷ A. Kensey in M. Mohammed, dir., *Les sorties de délinquance, Théories, méthodes, enquêtes, La découverte*, mars 2012, p 219.

ANNEXE 4

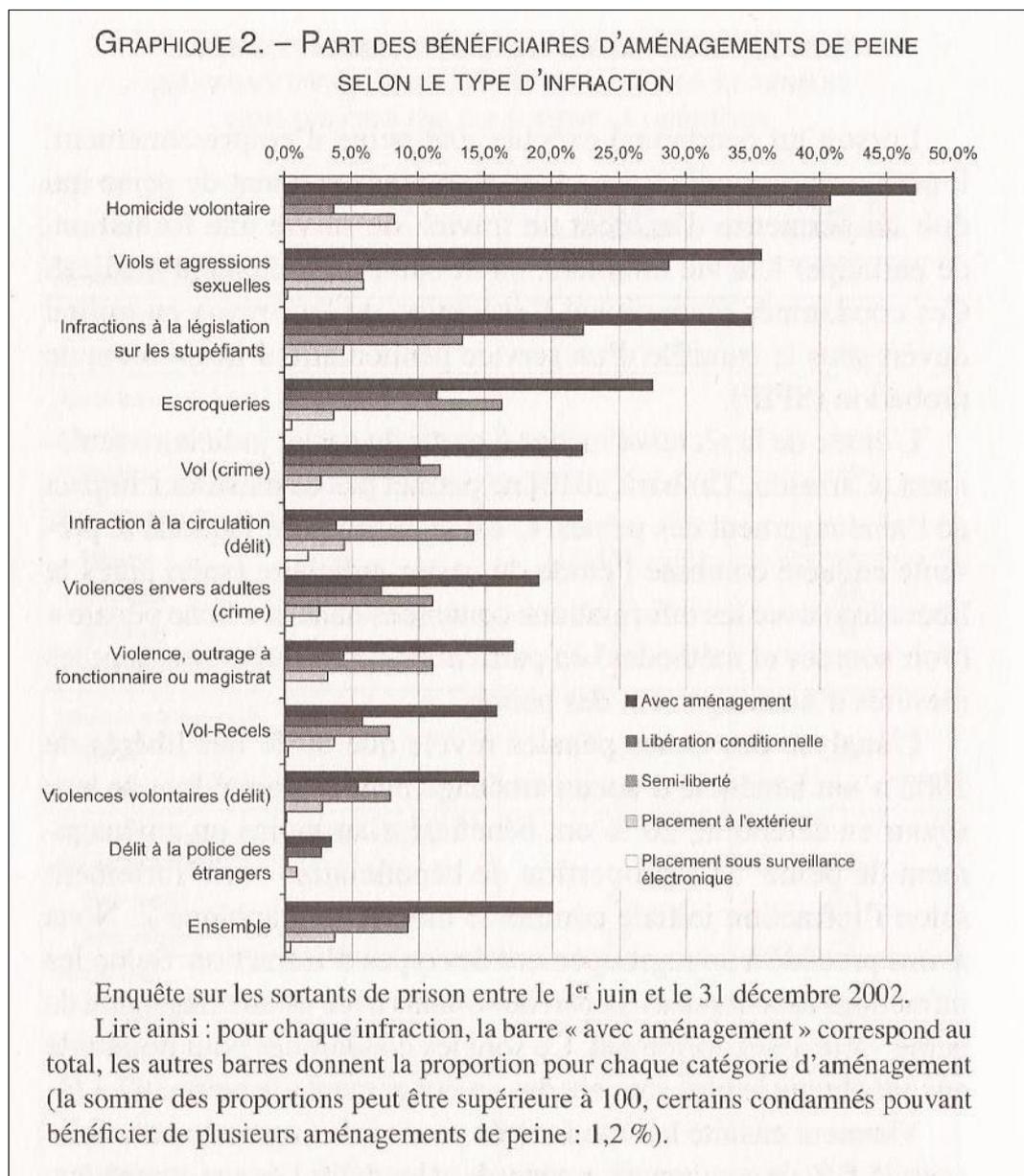
Tableau du « taux de récidive des libérés de 2002 selon des caractéristiques sociaux démographiques et pénales dans les cinq ans qui suivent la libération »²⁶⁹⁸.

TABLEAU 2. – TAUX DE RÉCIDIVE DES LIBÉRÉS DE 2002 SELON DES CARACTÉRISTIQUES SOCIODÉMOGRAPHIQUES ET PÉNALES DANS LES CINQ ANS QUI SUIVENT LA LIBÉRATION		
	Taux de recondamnation	Taux de prison ferme
Ensemble des libérés	59	46
Hommes	60	47
Femmes	34	24
<i>Âge à l'écrou'</i>		
Mineurs	75	66
Majeurs	58	45
<i>Âge à la libération</i>		
Mineurs	78	68
18-29 ans	63	49
30-49 ans	55	44
50 et plus	29	19
<i>Situation matrimoniale</i>		
Mariés	38	30
Autres situations	61	48
<i>Situation au regard de l'emploi au moment de l'incarcération</i>		
Sans emploi	61	49
Avec emploi	55	39
<i>Nationalité</i>		
Français	64	49
Étrangers	44	37
<i>Condamnations antérieures</i>		
1 condamnation antérieure	34	22
2 et plus	70	57
<i>Mode d'exécution de la peine</i>		
Condamnation sans peine privative de liberté	45	32
Peine couverte par la détention provisoire	59	40
Fin de peine sans aménagement	63	56
Bénéficiaires d'aménagement hors libération conditionnelle	55	47
Libération conditionnelle	39	30
Autre	62	55
<i>Quantum de la peine prononcée</i>		
moins de 6 mois	61	45
6 à moins de 12 mois	61	50
1 an à moins de 2 ans	62	51
2 à moins de 5 ans	52	44
5 ans et plus	33	22

²⁶⁹⁸ A. Kensey in M. Mohammed, dir., *Les sorties de délinquance, Théories, méthodes, enquêtes*, La découverte, mars 2012, p 222.

ANNEXE 5

Graphique représentant « la part des bénéficiaires d'aménagement de peine selon le type d'infraction »²⁶⁹⁹.



²⁶⁹⁹ A. Kensey in M. Mohammed, dir. , *Les sorties de délinquance, Théories, méthodes, enquêtes, La découverte*, mars 2012, p 224.

ANNEXE 6

Tableau représentant « la régression logistique (ODDS RATIO) sur la probabilité d'avoir au moins une nouvelle condamnation dans les cinq ans après la libération »²⁷⁰⁰

TABLEAU 3 : RÉGRESSION LOGISTIQUE (ODDS RATIO) SUR LA PROBABILITÉ D'AVOIR AU MOINS UNE NOUVELLE CONDAMNATION DANS LES 5 ANS APRÈS LA LIBÉRATION

	Modèle 1 : recondamnation			Modèle 2 : prison ferme		
	Odds ratio	p	Intervalle de confiance 95 %	Odds ratio	p	Intervalle de confiance 95 %
Homme	1			1		
Femme	0,41	***	0,35-0,49	0,38	***	0,32-0,46
<i>Âge à la libération</i>						
Mineur	2,88	***	2,22-3,71	2,93	***	2,34-3,68
18-29 ans	1			1		
30-49 ans	0,68	***	0,63-0,73	0,78	***	0,72-0,84
50 ans ou plus	0,29	***	0,25-0,34	0,3	***	0,26-0,36
Non mariés	1			1		
Mariés	0,63	***	0,57-0,70	0,66	***	0,59-0,73
une condamnation antérieure	1			1		
deux condamnations ou plus	3,73	***	3,49-3,99	5,48	***	5,12-5,88
sans emploi	1			1		
avec emploi	0,84	***	0,79-0,91	0,72	***	0,67-0,77
Non-Français	1			1		
Français	1,63	***	1,50-1,76	1,29	***	1,19-1,40
<i>Mode d'exécution de la peine</i>						
Fin de peine sans aménagement	1			1		
Condamnation sans peine privative de liberté + peine couverte par la détention provisoire	0,82	ns	0,63-1,06	0,96	ns	0,73-1,25
Aménagements de peine hors libération conditionnelle	0,66	***	0,59-0,74	0,70	***	0,62-0,78
Libération conditionnelle	0,60	***	0,54-0,68	0,51	***	0,45-0,58
Autre	1,48	*	1,08-2,02	1,47	*	1,08-2,00
<i>Durée de la peine prononcée</i>						
moins de 6 mois	1,22	***	1,13-1,32	0,92	*	0,85-1,00
6 à moins de 12 mois	1			1		
1 à moins de 2 ans	1,29	***	1,16-1,43	1,11	ns	1,00-1,23
2 à moins de 5 ans	1,04	ns	0,91-1,18	1,24	**	1,08-1,41
5 ans et plus	0,81	*	0,68-0,97	0,64	***	0,53-0,77
<i>Nature de l'infraction principale</i>						
Homicide volontaire (crime)	0,51	***	0,38-0,66	0,46	***	0,33-0,64
Violences envers adultes (crime)	0,77	*	0,60-0,98	0,70	**	0,55-0,89
Viols et agressions sexuelles (crime/défit)	0,35	***	0,29-0,43	0,26	***	0,21-0,32
Vol (crime)	0,78	ns	0,65-0,94	0,88	ns	0,73-1,05
Violence, outrage à fonctionnaire ou magistrat	1,08	ns	0,91-1,29	1,15	ns	0,97-1,36
Violences volontaires	1,05	ns	0,93-1,18	0,87	ns	0,78-0,98
Infractions à la législation sur les stupéfiants	0,55	***	0,49-0,61	0,54	***	0,49-0,60
Vol-receils	1			1		
Escroqueries	0,47	***	0,39-0,55	0,48	***	0,40-0,57
Infraction à la circulation	0,53	***	0,48-0,60	0,51	***	0,45-0,57
Délit à la police des étrangers	0,32	***	0,27-0,37	0,34	***	0,29-0,39

n.s. : non significatif (seuil 5 %), * p < 0,05 ** p < 0,01 ***p < 0,001
1 (en gras) = catégorie de référence.
 Lire ainsi : À sexe, âge à la libération, situation matrimoniale, situation au regard de l'emploi, mode d'exécution de la peine, nationalité, durée de la peine et infraction principale comparables, les condamnés ayant plusieurs condamnations antérieures ont un risque 3,7 fois plus fort d'être recondamnés dans les cinq ans et 5,5 fois plus élevé d'être recondamnés à une peine privative de liberté que ceux qui n'ont pas de passé judiciaire (catégorie de référence).

²⁷⁰⁰ A. Kensey in M. Mohammed, dir., *Les sorties de délinquance, Théories, méthodes, enquêtes*, La découverte, mars 2012, p 227.

ANNEXE 7

« Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération »²⁷⁰¹

INFOSTAT JUSTICE

Septembre 2010
Numéro **108**

Bulletin d'information statistique



Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération

V. Carrasco, O. Timbart *

Parmi les 544 845 personnes condamnées en 2007 pour délit, plus d'une sur trois avait déjà été condamnée durant les 5 années précédentes avant de commettre les faits sanctionnés en 2007 : 8,0 % étaient en état de récidive légale, 26,7 % en simple réitération sur cinq ans. Les taux de réitérants et de récidivistes diffèrent selon la nature du délit sanctionné. Pour la récidive les taux les plus élevés s'observent en matière de conduite en état alcoolique et de vols recels ; les plus faibles en matière de délits sexuels et d'outrages. Pour la réitération, les taux les plus élevés se rencontrent en matière d'outrage ou de destruction. Seulement un quart des réitérants est condamné pour le même type d'infractions.

Les sanctions prononcées sont nettement plus lourdes en cas de récidive ou de réitération, l'emprisonnement ferme qui représente 6,7 % des peines prononcées à l'encontre des primo condamnés, passe à 30 % pour les réitérants et à 50 % pour les seuls récidivistes.

Sur les 3 245 condamnés pour crime en 2007, 128 étaient en état de récidive légale soit un taux de récidive de 3,9 %. Ce taux varie selon le type de crime : de 9,5 % pour les vols aggravés à 2,7 % pour les viols. De façon plus large, plus d'un tiers des criminels condamnés avait des antécédents judiciaires.

Les condamnés pour délit : plus d'un condamné sur trois en état de récidive ou de réitération

En 2007, parmi les 544 845 condamnés¹ pour délit, 189 300 avaient déjà été condamnés au cours des cinq années précédentes² avant de commettre les faits à l'origine de la condamnation de 2007, soit 34,7 %. Ce taux peut se décomposer selon qu'il s'agit de récidivistes au sens légal du terme (article 132-10 du Code Pénal) qui représentent 43 873 condamnés soit 8,0 % ou de réitérants sur cinq ans, soit 145 427 condamnés et un taux de 26,7 % - encadrés 1, 2 et 3 -.

Le taux englobant réitération et récidive, est quasiment inchangé depuis le début des années 2000, il est passé de 33,5 % pour les condamnés de 2000 à 34,7 % pour ceux de 2007. On notera que les années présentant les taux les plus élevés sont des années marquées par l'amnistie de 2002, qui a eu pour conséquence de supprimer de la base de calcul des condamnations d'infractions de faible gravité. Par ailleurs, la hausse du nombre de condamnations pour délits observée depuis 2005 est due en grande partie à la correctionna-

lisation de certaines infractions routières ainsi qu'à la prise en compte de nouvelles procédures comme l'ordonnance pénale et la composition pénale - tableau 1 -.

La progression apparente du taux de récidive légale, qui passe de 4,4 % en 2000 à 8 % en 2007, s'explique en partie par une meilleure prise en compte de l'état de récidive légale dans les condamnations du fait de la loi sur les peines planchers applicables aux délinquants en état de récidive légale.

Les taux moyens de récidive et de réitération cachent de fortes disparités selon les types de délits. Ainsi les condamnés réitérants ou récidivistes

sont proportionnellement plus nombreux (plus de 42 %) en matière d'outrages, de port d'arme ou de vols recels. En revanche ils sont nettement moins nombreux (moins de 20 %) en matière de délits sexuels, de travail illégal ou d'abandon de famille - tableau 2 -.

Récidive légale et réitération ne touchent pas forcément les mêmes infractions. La part des récidivistes est particulièrement élevée pour la conduite en état alcoolique (13,2 %) suivie par les vols recels (12 %). Le taux moyen de récidive (8 %) est fortement influencé par la récidive de conduite en état alcoolique qui, avec près de 20 000 condamnations, représente 44 % des récidives. Ce conten-

Tableau 1. Réitération et récidive parmi les condamnés pour délits [2000 à 2007]

	Nombre de condamnés	Nombre de réitérants et de récidivistes			
		Ensemble	%	Récidivistes	%
2000	382 218	128 140	33,5	16 979	4,4
2001	355 820	123 763	34,8	17 459	4,9
2002	328 464	118 245	36,0	18 835	5,7
2003	372 437	131 202	35,2	21 723	5,8
2004	410 559	143 486	34,9	25 181	6,1
2005	476 654	160 619	33,7	29 430	6,2
2006	529 447	176 415	33,3	36 832	7,0
2007	544 845	189 300	34,7	43 873	8,0

Source : exploitation statistique du Casier Judiciaire - SDSE - Ministère de la Justice et des Libertés

* Statisticiennes à la Sous-direction de la Statistique et des Études

1. Y compris les personnes ayant bénéficié d'une composition pénale.

2. L'observation statistique porte sur les années 2007 (année de la condamnation de référence) à 2002.

INFOSTAT JUSTICE 108.

Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération

1

²⁷⁰¹ V.Carrasco et O. Timbart, « Les condamnés de 2007 en État de récidive ou de réitération », Infostat justice, Ministère de la justice, n° 108, Paris, 2010.

teux contribue pour 2 points au taux moyen de récidive qui passerait sans cette infraction à 6,1 %. On notera que le volume des infractions en matière de conduite en état alcoolique est directement lié à la fréquence des contrôles routiers, laquelle peut varier dans le temps.

Les taux de récidive les plus faibles se rencontrent dans les délits sexuels (3,8 %), les outrages (3,6 %), le port d'arme, les destructions-dégradations (autour de 2,4 %), et le travail illégal (0,8 %).

La part des réitérants dépasse les 40 % en matière d'outrages et de port d'armes.

Elle reste relativement élevée en matière de vols-recels (31,0 %), qui connaissent déjà un taux de récidive important, et au sein de groupes d'infractions qui comptent au contraire peu de récidivistes comme les « autres délits routiers » (34,9 %) ou les « autres atteintes aux personnes » (37,2 %). Elle est en revanche faible en matière de délits sexuels (13,0 %), de travail illégal (12,0 %) et de conduite en état alcoolique (15,4 %), catégorie d'infractions ayant le plus fort taux de récidive.

Seulement un quart réitére pour le même type d'infraction

La réitération visant parfois à rapprocher des infractions de nature très différente comme un délit routier et un délit sexuel, il est apparu intéressant d'observer s'il y a ou non similitude d'infractions entre les deux termes de la réitération. Ainsi un réitérant sur quatre a été condamné pour des infractions de la même famille d'infractions, ce qui permet de décomposer la réitération entre les réitérants à l'identique, qui représentent 6,8 % de l'ensemble des condamnés, et les réitérants sans similitude d'infraction qui en représentent 19,9 %. La similitude d'infraction est plus fréquente en matière de vols-recels (13,4 %) et pour les délits routiers hors conduite en état alcoolique (9,9 %). Elle est en revanche faible dans les autres types d'infractions ce qui confirme la variété des situations relevant de la réitération.

Pour un contentieux ou un type de contentieux donné, l'importance relative de la récidive et de la réitération varie donc beaucoup.

Tableau 2. Récidivistes et de réitérants par type de délits en 2007

	Total condamnés	Récidivistes et réitérants		Récidivistes		Réitérants				Ni récidivistes ni réitérants	
		nb	%	nb	%	nb	%	dont réitérants à l'identique		nb	%
								nb	%		
Tous types de délits	544 845	189 300	34,7	43 873	8,0	145 427	26,7	37 249	6,8	355 545	65,3
Conduite en état alcoolique.....	145 895	41 723	28,6	19 308	13,2	22 415	15,4	6 721	4,6	104 172	71,4
Autres délits routiers.....	108 949	43 741	40,1	5 672	5,2	38 069	34,9	10 770	9,9	65 208	59,9
Vols-recels.....	81 976	35 274	43,0	9 822	12,0	25 452	31,0	10 966	13,4	46 702	57,0
Violences volontaires.....	50 682	18 334	36,2	3 104	6,1	15 230	30,1	2 326	4,6	32 348	63,8
Stupéfiants.....	36 645	15 082	41,2	2 736	7,5	12 346	33,7	2 453	6,7	21 563	58,8
Outrages.....	22 105	10 870	49,2	801	3,6	10 069	45,6	1 068	4,8	11 235	50,8
Destructions, dégradations.....	16 389	5 857	35,7	412	2,5	5 445	33,2	608	3,7	10 532	64,3
Escroqueries.....	13 689	3 545	25,9	587	4,3	2 958	21,6	353	2,6	10 144	74,1
Autres atteintes à la personne.....	10 940	4 309	39,4	237	2,2	4 072	37,2	273	2,5	6 631	60,6
Délits sexuels.....	9 513	1 597	16,8	360	3,8	1 237	13,0	263	2,8	7 916	83,2
Travail illégal.....	7 614	974	12,8	61	0,8	913	12,0	151	2,0	6 640	87,2
Abandon de famille.....	5 545	954	17,2	98	1,8	856	15,4	221	4,0	4 591	82,8
Police des étrangers.....	4 801	1 202	25,0	303	6,3	899	18,7	331	6,9	3 599	75,0
Port d'arme.....	4 637	2 066	44,6	106	2,3	1 960	42,3	54	1,2	2 571	55,4
Autres délits.....	25 465	3 772	14,8	266	1,0	3 506	13,8	691	2,7	21 693	85,2

Source : exploitation statistique du Casier Judiciaire - SDSE - Ministère de la Justice et des Libertés

Chez les condamnés pour conduite en état alcoolique, les réitérants sont sensiblement aussi nombreux que les récidivistes. Chez les condamnés pour vols-recels, stupéfiants ou délits sexuels, les réitérants sont nettement plus nombreux que les récidivistes : 4 fois plus en matière de stupéfiants, 5 fois en matière de violences volontaires, 2 fois et demie en matière de vols-recels. La récidive légale est très faible par rapport à la réitération en matière d'outrages, de travail illégal, de destructions et dégradations ou d'atteintes à la personne - graphique 1 -.

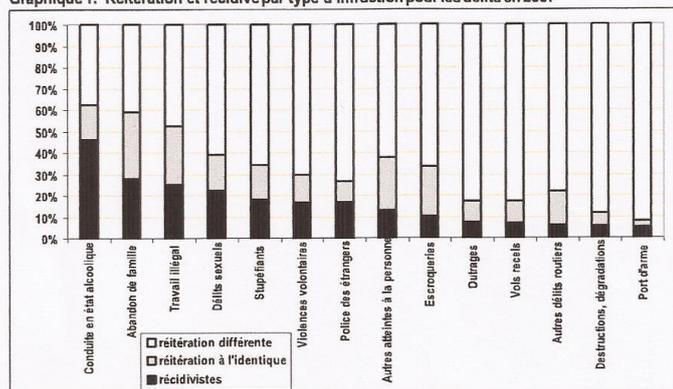
Des peines plus lourdes pour les récidivistes et les réitérants

Quand un délinquant est condamné en état de réitération ou de récidive il est sanctionné par des peines beau-

coup plus lourdes que s'il était sans antécédent. Ainsi les peines d'emprisonnement ferme sont globalement cinq fois plus fréquentes (34,5 % contre 6,7 %) et les amendes sont près de deux fois moins nombreuses (23,7 % contre 43,1 %). Cette aggravation est progressive selon la situation du condamné. En effet, la récidive légale ayant des conséquences directes sur la peine, l'emprisonnement ferme s'observe alors dans la moitié des cas, contre seulement 30 % en cas de condamnation de simples réitérants. Le fait que la réitération porte sur des délits similaires n'influe pas vraiment sur le prononcé de la peine - graphique 2 -.

Cet alourdissement des sanctions s'observe sur tous les types d'infraction comme le montre l'augmentation systématique de la part des peines

Graphique 1. Réitération et récidive par type d'infraction pour les délits en 2007



d'emprisonnement ferme quand il y a réitération ou récidive.

La situation est particulièrement nette en cas de vols-recels, de violences volontaires ou d'autres atteintes à la personne (le rapport est alors de l'ordre de 1 à 5). Sur des infractions déjà lourdement sanctionnées l'écart est plus faible comme en matière de stupéfiants, de délits sexuels, d'infractions à la police des étrangers ou d'abandons de famille - **graphique 3** -.

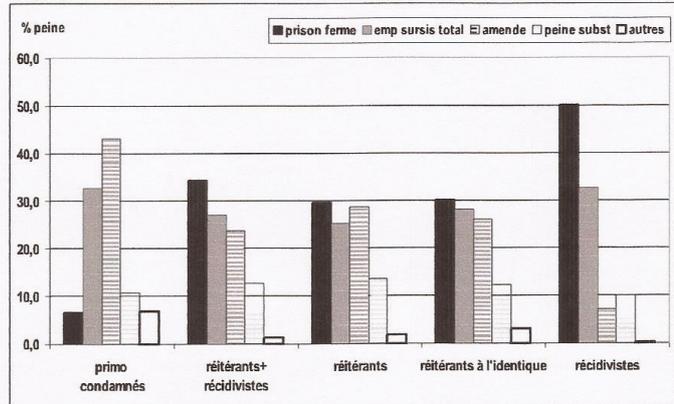
La part des réitérants et récidivistes est d'autant plus élevée que l'on observe des populations lourdement sanctionnées, et à l'inverse elle est d'autant plus faible que la peine est légère ou peu contraignante.

Ainsi en 2007, parmi les 89 145 condamnés à une peine d'emprisonnement comportant au moins une partie ferme, 73,3 % étaient réitérants ou récidivistes. Ce taux plus élevé s'explique par les caractéristiques mêmes des condamnés à ce type de peines. Avant d'avoir recours à l'incarcération, les juges épuisent souvent toute la palette des sanctions prévues par la loi. L'emprisonnement ferme s'applique donc, soit à des infractions particulièrement graves, soit à des personnes ayant un passé pénal déjà lourd - **tableau 3** -.

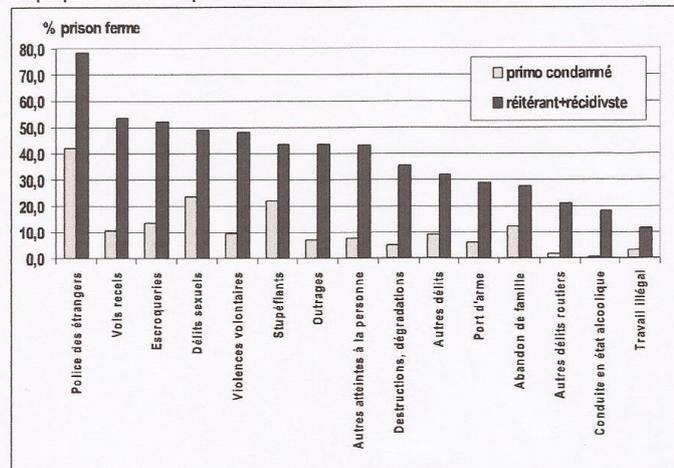
Près de la moitié de ces condamnés réitérants ou récidivistes sanctionnés par un emprisonnement ferme, avaient déjà eu ce type de peine lors de la condamnation précédente, 30 % avaient été condamnés à un emprisonnement avec sursis total, le reste se partageant entre amendes et mesures de substitution.

À l'inverse, les condamnés à des peines légères ou peu contraignantes en 2007 présentent une proportion de réitérants ou de récidivistes plus faible. Elle est de 30,6 % pour les condamnés à une peine d'emprisonnement avec sursis total et de 22,6 % pour ceux condamnés à une amende. En revanche, ils sont plus nombreux (39,1 %) chez les condamnés à une peine de substitution. Dans ce cas le taux varie beaucoup selon la mesure prononcée, il est de 75 % pour les travaux-amende, de 48 % pour les travaux d'intérêt général (TIG) mais de seulement 16,6 % en cas de suspension de permis de conduire, ces trois

Graphique 2. Nature des peines selon la situation du condamné en 2007



Graphique 3. Part de l'emprisonnement ferme selon l'infraction en 2007



mesures constituant 70 % des peines de substitution prononcées en 2007.

Les condamnés pour crimes : 3,9% en récidive légale et 36,5% avaient des antécédents

Contrairement aux délits, la récidive en matière criminelle n'implique pas la similitude des infractions commises

successivement et ne se limite pas à cinq ans. Il y a récidive si le premier terme de la récidive est un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement (art. 132-8 du Code pénal) et le deuxième un crime. La prise en compte d'un délit puni de 10 ans comme terme de la récidive n'est effectif qu'à partir de 1994. Les autres situations visant à cibler les antécédents

Tableau 3. Récidive et réitération selon le type de peine prononcée pour les délits en 2007

	Tous condamnés pour délits	Réitérants et récidivistes	Taux par type de peines
Peines prononcées	544 845	189 300	34,7
Emprisonnement ferme ou mixte	89 145	65 358	73,3
Emprisonnement avec sursis total	167 568	51 215	30,6
Amende	198 184	44 842	22,6
Peine substitution	61 685	24 109	39,1
Mesure éducative	21 617	2 717	12,6
Dispense de peine	6 646	1 059	15,9

Source : Exploitation statistique du Casier Judiciaire national - SDSE - Ministère de la Justice et des libertés

judiciaires des criminels seront considérées comme de la réitération, à l'instar de ce qui a été fait pour les délinquants.

Sur les 3 245 criminels sanctionnés en 2007, 128 étaient en récidive légale c'est-à-dire qu'ils avaient déjà été condamnés pour un crime ou un délit encourant une peine de 10 ans d'emprisonnement avant de commettre les faits visés par la condamnation de 2007³. Le taux de récidive légale s'établit à 3,9 %. Ce taux varie de 9,5 % pour les vols aggravés à 2,7 % pour les vols et à 2 % pour les violences criminelles - **tableau 4** -. Dans une récidive criminelle sur trois, le premier terme de la récidive n'est pas un crime mais un délit encourant une peine de 10 ans. Dans plus de la moitié des cas il s'agit alors d'infractions à la législation sur les stupéfiants⁴. La comparaison des deux termes de la récidive, quand elle a pu être réalisée, a montré qu'environ 70 % des criminels condamnés en récidive pour vols ou pour vols aggravés avaient déjà été condamnés pour le même type d'infractions.

Parmi les criminels de 2007 qui ne sont pas en état de récidive légale certains avaient déjà été condamnés avant les faits sanctionnés en 2007. Globalement 36,5 % des criminels de 2007 sont dans ce cas et peuvent être considérés comme des réitérants. La réitération la plus fréquente s'observe chez les criminels pour vols (56,4 %); la plus faible chez les criminels sexuels (23,4 %). Plus de six condamnés criminels de 2007 sur dix (63,5 %) n'étaient ni récidivistes ni réitérants.

Globalement, les infractions qui avaient été sanctionnées avant les faits criminels visés dans les condamnations de 2007 sont des atteintes aux biens (vol, recel, destruction) pour 41,3 %, des violences volontaires pour

Tableau 4. Récidive et réitération parmi les condamnés de 2007 selon le type de crime

	Nombre de condamnés en 2007	Nombre de condamnés en récidive légale	Taux de récidive légale (%)	Nombre de condamnés en réitération	Taux de réitération (%)	Non réitérants et non récidivistes
Tous types de crime	3 245	128	3,9	1 183	36,5	1 934
Homicides volontaires.....	554	16	2,9	246	44,4	292
Violences criminelles.....	342	7	2,0	171	50,5	164
Viols et atteintes sexuelles criminelles.....	1 650	45	2,7	387	23,4	1 218
Vols-recels et destruction....	601	57	9,5	339	56,4	205
Autres crimes.....	98	3	3,1	40	40,8	55

Source : exploitation statistique du Casier judiciaire national - SDSE - Ministère de la Justice et des libertés

Tableau 5. Criminels en réitération selon la nature de l'infraction sanctionnée antérieurement

Criminels en 2007	Nature de l'infraction sanctionnée antérieurement						
	Tous condamnés criminels en réitération	Vols, recels, destructions	Coups et violences volontaires	Sécurité routière	Atteintes sexuelles	Stupéfiants	Autres
Tous types de crimes	1 183	489	151	160	62	117	204
%	100,00	41,3	12,8	13,5	5,2	9,9	17,2
Homicides volontaires et violences criminelles.....	417	139	76	71	10	50	71
%	100,00	33,3	18,2	17,0	2,4	12,0	17,0
Viols et atteintes sexuelles criminelles.....	387	133	49	58	48	38	61
%	100,00	34,4	12,7	15,0	12,4	9,8	15,8
Vols-recels et destruction.	339	196	24	29	4	27	59
%	100,00	57,8	7,1	8,6	1,2	8,0	17,4
Autres crimes.....	40	21	2	2	0	2	13
%	100,00	52,5	5,0	5,0	0,0	5,0	32,5

Source : exploitation statistique du Casier judiciaire national - SDSE - Ministère de la Justice et des libertés

12,8 %, des atteintes sexuelles pour 5,2 % mais aussi des infractions à la législation sur les stupéfiants (9,9 %) et des infractions à la sécurité routière (13,5 %) - **tableau 5** -.

La rapprochement, par type de crime, des deux termes de la réitération montre une assez faible « spécialisation ». En effet, même si les auteurs de vols criminels sont près de 60 % à avoir précédemment été condamnés pour une atteinte aux biens, il n'en est pas de même pour les auteurs d'homicides ou de violences criminelles qui sont seulement 18,2 % à avoir déjà commis ce type d'infraction ou les auteurs de vols qui sont 12,4 % à avoir été condamnés précédemment pour une atteinte sexuelle.

Au delà de ces similitudes, la réitération consiste parfois à rapprocher des infractions de gravité et de nature très différentes. Ainsi plus d'un condamné sur trois en matière de vols ou d'homicides et violences criminelles avait précédemment été condamné pour une atteinte aux biens ; les infractions à la législation sur les stupéfiants sont relevées comme premier terme de la réitération pour environ 10 % des condamnés quel que soit le type de crime et les infractions à la sécurité routière pour 17 % des condamnés pour homicides et 15 % des condamnés pour vols. ■

3. Les délits encourant une peine de 10 ans d'emprisonnement n'ont été pris en compte comme terme de récidive qu'à partir du nouveau Code pénal en 1994.
4. Calcul réalisé sur 70 % des récidivistes [cf. encadré 2].

Directeur de la publication : Benjamin Camus
Rédactrice en chef : Odile Timbart
Maquette : Denis Toussaint
Le numéro : 2 Euros l'abonnement (11 numéros) : 20 Euros
Chèque à l'ordre de la "Régie du Ministère de la Justice et des Libertés"
ISSN 1252 - 7114 © Justice 2010
Ministère de la Justice et des Libertés
13 place Vendôme - 75042 Paris CEDEX 01
<http://www.justice.gouv.fr/>

INFOSTAT JUSTICE 108.

Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération

Encadré 1. Définitions

L'exploitation statistique du casier judiciaire permet d'appréhender la récidive et la réitération par une évaluation quantitative du phénomène. La méthodologie s'appuie sur la définition de la récidive légale telle que décrite dans le code pénal, mais propose une approche statistique de la réitération pour disposer d'une catégorie comparable à celle de la récidive en termes de passé pénal.

Définition légale de la récidive

□ En matière délictuelle : le premier terme de la récidive doit être un délit, et le deuxième terme le même délit, ou un délit assimilé par la loi, commis dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine (Art. 132-10 du CP).

□ En matière criminelle : le premier terme de la récidive doit être un crime ou un délit puni de 10 ans d'emprisonnement, et le deuxième terme doit être un crime (Art. 132-8 du CP)

Dans tous les cas, la récidive fait encourir le double des peines prévues (ou la perpétuité pour un crime puni de vingt ou trente ans de réclusion).

Définition légale de la réitération

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 (art 132-16-7 al.1)

Cette définition légale de la réitération est récente puisque qu'elle n'est introduite dans le code pénal qu'en décembre 2005 par la loi n°2005-1549.

Définition statistique de la réitération

Dans le cadre de l'étude, un condamné est considéré comme réitérant s'il n'est pas condamné comme récidiviste et si l'infraction sanctionnée en 2007 a été commise après une précédente condamnation, observée sur les cinq années précédentes.

La condamnation de référence est la dernière condamnation connue sur l'année étudiée (2007).

Bien que le texte de loi ne limite pas l'observation de la réitération à une période de temps donnée comme c'est le cas pour la récidive, il a semblé cohérent de limiter l'observation de la réitération des délinquants, aux cinq années précédant la condamnation de référence, afin d'obtenir une notion comparable à la récidive, car prenant en compte le « passé pénal » du condamné sur une même période (cf. encadré 3).

On considérera qu'il y a réitération à l'identique lorsque les deux termes de la réitération se rapportent à une même famille d'infractions.

Comme pour la récidive, et conformément à la définition légale de la réitération, la condamnation antérieure, prononcée au cours de la période 2002-2007 est retenue pour caractériser un réitérant uniquement si elle est antérieure aux faits sanctionnés par la condamnation de référence. Cette dimension chronologique entre la première condamnation et la date des faits à l'origine de la seconde condamnation est l'essence même de la réitération. Sans la prise en compte de cet enchaînement, la multiplication des condamnations pour un même individu ne traduirait que le constat de plusieurs passages à l'acte sans permettre d'évaluer l'impact de la sanction pénale.

Dans la même logique, l'observation de la réitération pour les criminels condamnés en 2007 devrait s'effectuer sur la même période que celle prise en compte pour la récidive criminelle. Dans la pratique, l'observation s'est limitée aux possibilités techniques offertes par l'exploitation statistique du casier, à savoir une observation remontant jusqu'en 1994.

Une nécessaire évolution des concepts statistiques de récidive et de réitération

C'est en 1997 que la sous direction de la statistique et des études a publié les premiers travaux sur la récidive à partir de l'exploitation du Casier judiciaire. (Infostat n°50 « La récidive des crimes et délits sexuels » déc. 1997)

À cette époque la réitération n'avait pas de définition légale et la mention de récidive légale était peu ou pas inscrite sur les fiches de condamnation en-

voquées au casier judiciaire et elle ne pouvait donc pas être exploitée pour mesurer le phénomène de la récidive comme c'est le cas aujourd'hui.

Dès cette période et tout au long des travaux qui vont suivre les notions de récidive et de réitération vont être confondues dans une même mesure mêlant les deux concepts dans une définition à double détente qui consistait, comme aujourd'hui pour la réitération, à rechercher l'antécédent d'un condamné une année donnée. On considérerait alors que si sa condamnation portait sur des faits identiques à ceux sanctionnés par la condamnation précédente il se trouvait en état de « récidive » et dans le cas contraire, si les faits étaient différents, il était en état de réitération parfois appelé aussi recon-damnation.

Dans toutes les études réalisées l'observation a porté sur les cinq années précédant la condamnation de référence et la condition sur la chronologie des faits par rapport à la condamnation a été respectée.

Les travaux menés aujourd'hui se sont enrichis du fait de l'amélioration du repérage de la récidive légale dans les bases statistiques, et la méthodologie s'est affinée, parallèlement à l'évolution législative de la notion de réitération. Cette amélioration dans l'appréhension et la mesure du phénomène introduit une rupture inévitable, mais quantifiable, avec les travaux précédents.

Pour en savoir plus :

« La récidive des crimes et délits sexuels » Infostat n° 50, déc. 1997

« Une mesure détaillée de la récidive » Rapport d'études, sept. 2002

« La récidive des mineurs condamnés » Rapport d'études, fév. 2003

« Les condamnés de 2001 en état de récidive » Infostat n° 68, août 2003

« Les condamnés de 2004 en état de récidive » Infostat n° 88, juin 2006

« Une analyse statistique du traitement judiciaire de la délinquance des mineurs » Infostat n° 96, sept. 2007

Encadré 2. Sources et méthodes

C'est l'exploitation statistique des condamnations et compositions pénales inscrites au casier judiciaire qui permet cette approche quantitative du phénomène de la réitération et de la récidive.

Le taux de récidive légale se calcule à partir de l'identification au casier judiciaire des condamnations visant la récidive légale. La récidive légale est soit directement indiquée dans la condamnation, soit déduite de la nature de l'infraction sanctionnée. On peut ainsi calculer chaque année, la part des condamnés en état de récidive légale. Il faut toutefois signaler que la mention de la récidive légale sur les fiches du casier judiciaire s'est nettement améliorée au cours des années récentes, rendant sa mesure plus effective.

S'il est aisé de déterminer le taux de récidive, il s'avère en revanche parfois difficile de retrouver ces récidivistes dans l'historique du casier judiciaire, d'une part parce que cette exploitation statistique n'intègre pas les corrections apportées a posteriori par le casier sur les condamnations saisies, en particulier sur l'identifiant du condamné, et

d'autre part, parce qu'il est difficile de rapprocher les bases actuelles de celles d'avant 1994.

Ainsi, si 95 % des récidivistes condamnés en 2007 pour un délit ont pu être identifiés dans la base statistique des cinq dernières années, seulement 70 % des récidivistes criminels l'ont été dans la base des condamnations prononcées depuis 1994. On ne connaît donc l'infraction à l'origine du premier terme de la récidive visée dans la condamnation de 2007 que pour 70 % des récidivistes criminels.

Le taux de réitération statistique ne peut pas se calculer directement et la méthode est plus complexe. En effet grâce à l'identifiant de la personne condamnée une année donnée, il est possible de rechercher si durant les années précédentes, celle-ci avait déjà été condamnée, avant les faits sanctionnés par la condamnation de référence. L'étude de la réitération permet d'identifier la nature de l'infraction à l'origine des deux condamnations successives, ainsi que les peines prononcées dans les deux cas.

Quel que soit le nombre de réitérations d'un condamné, seule la plus récente sera prise en compte pour déterminer le taux de réitération.

Pour calculer un taux de réitération deux méthodes sont toutefois possibles :

une approche prospective qui est une observation du devenir judiciaire des condamnés après une première condamnation, ce qui oblige à se référer à des cohortes de condamnés déjà anciennes ;

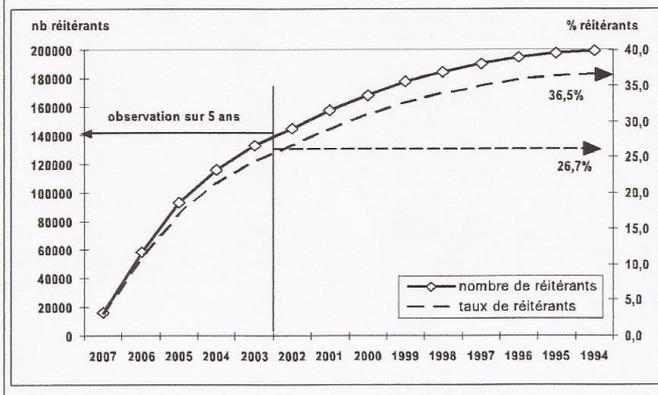
une approche rétrospective, plus en conformité avec la notion de récidive, qui est une observation du passé pénal des condamnés. Cette dernière méthode présente l'avantage de produire des résultats sur des cohortes de condamnés récentes (2007). C'est cette approche qui a été privilégiée dans l'étude ; néanmoins des travaux antérieurs plus importants avaient permis de confronter les résultats obtenus selon les deux approches et de constater leur parfaite cohérence (cf. « Une mesure détaillée de la récidive » rapport d'études, sept. 2002) □

Encadré 3. Un taux de réitérants qui plafonne sur longue période pour les délits

Le code pénal n'ayant pas fixé de délai d'observation à la mesure de la réitération il est intéressant de voir comment le taux évolue sur plus longue période. Ainsi parmi les condamnés de 2007, 26,7 % étaient en état de réitération si on observe leur passé pénal sur cinq ans. Le taux progresse ensuite de deux points par année supplémentaire jusqu'en 1999 où il atteint 32,6 %, sa progression ralentit ensuite jusqu'en 1994 pour atteindre 36,5 %.

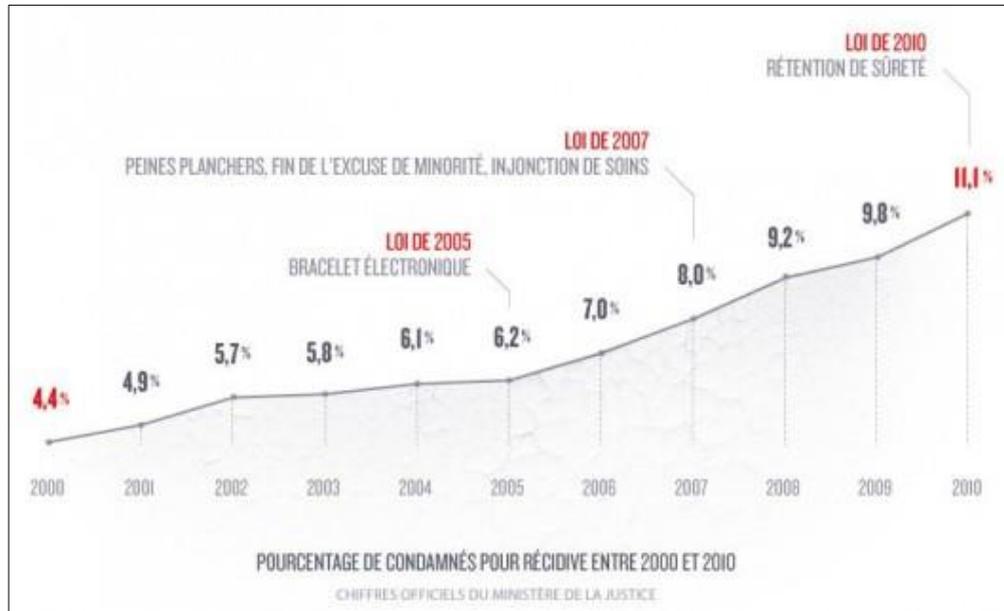
La restriction de la notion de réitération à une durée de cinq ans, faite dans un souci de comparabilité avec la récidive,

se trouve justifiée par un poids décroissant du passé pénal du condamné sur la décision de 2007 : si on compare la part des peines d'emprisonnement ferme prononcées pour les réitérants en 2007, selon l'année de la première condamnation, on constate que plus la condamnation est ancienne, moins elle a d'impact sur la décision de 2007 ; en effet, les réitérants condamnés antérieurement en 1995, ne sont pas davantage sanctionnés que les primo délinquants ; l'écart se creuse ensuite au fur et à mesure que le premier terme de la réitération se rapproche de la condamnation de 2007 avec une nette inflexion en 2002 (+6 points).



ANNEXE 8

Pourcentage de condamnés pour récidive entre 2000 et 2010²⁷⁰²



²⁷⁰² Infographie réalisée par Rue89, Les vrais chiffres de la récidive, Le monde.fr, 14 sept 2012.

ANNEXE 9

« Tableau récapitulatif des principaux fichiers »²⁷⁰³

Nom	Service gestionnaire	Création	Référence légale	Finalité	Observations
ANACRIM	Gendarmerie Police		Loi 2005-1549 du 12 décembre 2005 et loi 2003-239 du 18 mars 2003	Rechercher et mettre en évidence des relations entre des données issues des enquêtes	En attente des décrets en Conseil d'État
Application de gestion du répertoire informatisé des propriétaires et possesseurs d'armes (AGRIPPA)	DLPAJ	2007	Arrêté du 15 novembre 2007	Enregistrer et suivre les autorisations et récépissés de déclaration relatifs aux matériels de guerre ainsi qu'aux armes et munitions des 4 ^e , 5 ^e et 7 ^e catégories	
Application judiciaire dédiée à la révélation des crimes et délits en série (AJDRDCS)	Gendarmerie	En phase de conception		Faciliter la détection : – des crimes et délits de même nature et imputables à un même auteur ou groupe d'auteurs – des infractions ou comportements délinquantiels polymorphes	Ce traitement devrait être déclaré sur la base de l'article 11 de la loi d'orientation et de programmation de la performance de la sécurité intérieure adoptée le 8 février 2011
ARAMIS	Gendarmerie			Informers les autorités hiérarchiques des événements en cours et de leur évolution	ARAMIS est appelé à être remplacé par le système Base de données de sécurité publique
Base de données de sécurité publique (BDSP – ex-ATHEN@)	Gendarmerie	2011	Dossier en cours de déclaration	Le traitement BDSP est composé de 4 modules : – GISPAP (module de renseignement de sécurité publique identique au fichier PASP de la PN) – Gestion des événements d'ampleur (GEA) – Gestion des sollicitations et des interventions (GSI) – Sécurisation des interventions et demandes particulières de protection (SIDPP)	
Bureautique brigade 2000 (BB 2000)	Gendarmerie	1992	Arrêtés ministériels du 28 octobre 1992 et du 28 mai 1993 modifiés par l'arrêté du 13 mai 1998	Au niveau local, gestion du service et des registres, partage des informations sur les lieux et personnes particuliers de la circonscription	BB 2000 a été remplacé par l'application PULS@R
Cellule opérationnelle de rapprochement et d'analyse des infractions liées (CORAIL)	Police	En phase d'expérimentation à la PP	Article 26 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés Article D. 3 du Code de procédure pénale	– Mutualisation des diffusions d'informations opérationnelles auprès des enquêteurs (télégrammes <i>via</i> le réseau de commandement (RESCOM), circulaires d'information et de recherche diffusées par la police judiciaire.) – Gestion des GAV – Établissement de synthèses d'affaires	Ce traitement devrait être déclaré sur la base de l'article 11 de la loi d'orientation et de programmation de la performance de la sécurité intérieure adoptée le 8 février 2011
Centralisation du renseignement intérieur pour la sécurité du territoire et les intérêts nationaux (CRISTINA)	Police	2008	Décret non publié – Classé secret défense	Les données ne sont enregistrées et conservées qu'en fonction des finalités (très strictement délimitées) du fichier et donc, pour l'essentiel, de l'intérêt qu'elles présentent au regard de la sûreté de l'État et de la Sécurité nationale	
Enquêtes administratives liées à la sécurité publique (EASP)	Police	2009	Décret n° 2009-1250 du 16 octobre 2009	Permettre la réalisation des enquêtes administratives telles que prévues par l'article 17-1 de la loi du 21 janvier 1995	Ce fichier est désormais distinct du fichier de renseignement lié aux atteintes à la sécurité publique

²⁷⁰³ A. Bauer et C.Soullez, *Les fichiers de police et de gendarmerie*, Que sais-je ? Puf 2011, p 111 à 125

<i>Nom</i>	<i>Service gestionnaire</i>	<i>Création</i>	<i>Référence légale</i>	<i>Finalité</i>	<i>Observations</i>
Étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement (ELOI)	Ministère de l'Intérieur	2009	Arrêté du 30 juillet 2006 (invalidé par le Conseil d'État) Décret du 26 décembre 2007 (invalidation partielle du conseil d'État)	Enregistrement des données à caractère personnel relatives aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement	
Fichier alphabétique de renseignements de la Gendarmerie nationale (FAR)	Gendarmerie		Arrêté du 17 septembre 1992 portant application au FAR des dispositions de l'art 45 de la loi de 78. Déclaré à la CNIL le 13 octobre 1993	Connaître de manière approfondie la population résidente, en particulier sur sa dangerosité	Ce fichier a été détruit en 2010
fichier automatisé des empreintes digitales (FAED)	Police et Gendarmerie nationales	1987	Décret 87-249 du 8 avril 1987 (modifié en 2005)	<ul style="list-style-type: none"> - Identifier les auteurs de crimes ou délits grâce aux traces digitales ou palmaires - Détecter les usurpations d'identité et les identités multiples 	Fichier placé sous le contrôle d'un magistrat
Fichier d'information Schengen (SIS)	Police	1995	Accord de Schengen du 9 juin 1999 Décret n° 95-577 du 6 mai 1995	Recensement des personnes recherchées, sous surveillance ou indésirables ainsi que des véhicules ou objets recherchés	Alimenté par le FVV, le FPR et le STIC
Fichier de gestion du service central de préservation des prélèvements biologiques (SCPPB)	Gendarmerie		Déclaration à la CNIL en 2002 et arrêté ministériel du 13 septembre 2002	Assurer la gestion des prélèvements biologiques recueillis sur certaines scènes de crime ou de délit, ou lors de découvertes de cadavres non identifiés, voire lors de disparitions de personnes	
Fichier de la batellerie	Gendarmerie	1942	Aucune	Assurer le suivi des marinières, des compagnies fluviales et des bateaux affectés au transport fluvial de marchandises	Ce fichier a été détruit
Fichier de suivi des personnes faisant l'objet d'une rétention administrative (SUCRA)	Gendarmerie		Arrêté interministériel du 19 décembre 1994 modifié par l'arrêté du 30 juillet 2002	Assurer le suivi des personnes faisant l'objet d'une décision de rétention	Ce fichier a été abandonné en 2008 suite à la mise en place du fichier ELOI
Fichier de suivi des titres de circulation délivrés aux personnes sans domicile ni résidence fixe (SDRF)	Gendarmerie	1994	Arrêté interministériel du 22 mars 1994 modifié par l'arrêté du 28 février 2005	Assurer le suivi des titres de circulation délivrés aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe	
Fichier de travail de la police judiciaire (FTPJ)	Police	1987	Déclaration à la CNIL en 1991	Collecter des informations sur les délinquants spécialisés	Constitué de bases locales, sans interconnexions, le FTPJ n'est plus utilisé que par quelques services de PJ
Fichier des brigades spécialisées (FBS)	Police	1991		Collecter des informations sur les délinquants spécialisés et favoriser la coopération des services	
Fichier des courses et jeux	Police	2010	Arrêté du 8 novembre 2010	Assurer la surveillance de la régularité et de la sincérité des jeux, des courses et des paris	Ce traitement fait suite à la réforme des services de renseignement et au passage de la section « courses et jeux » des anciens renseignements généraux à la DCPJ

Nom	Service gestionnaire	Création	Référence légale	Finalité	Observations
Étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement (ELOI)	Ministère de l'Intérieur	2009	Arrêté du 30 juillet 2006 (invalidé par le Conseil d'État) Décret du 26 décembre 2007 (invalidation partielle du conseil d'État)	Enregistrement des données à caractère personnel relatives aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement	
Fichier alphabétique de renseignements de la Gendarmerie nationale (FAR)	Gendarmerie		Arrêté du 17 septembre 1992 portant application au FAR des dispositions de l'art 45 de la loi de 78. Déclaré à la CNIL le 13 octobre 1993	Connaître de manière approfondie la population résidente, en particulier sur sa dangerosité	Ce fichier a été détruit en 2010
fichier automatisé des empreintes digitales (FAED)	Police et Gendarmerie nationales	1987	Décret 87-249 du 8 avril 1987 (modifié en 2005)	<ul style="list-style-type: none"> - Identifier les auteurs de crimes ou délits grâce aux traces digitales ou palmaires - Détecter les usurpations d'identité et les identités multiples 	Fichier placé sous le contrôle d'un magistrat
Fichier d'information Schengen (SIS)	Police	1995	Accord de Schengen du 9 juin 1999 Décret n° 95-577 du 6 mai 1995	Recensement des personnes recherchées, sous surveillance ou indésirables ainsi que des véhicules ou objets recherchés	Alimenté par le FVV, le FPR et le STIC
Fichier de gestion du service central de préservation des prélèvements biologiques (SCPPB)	Gendarmerie		Déclaration à la CNIL en 2002 et arrêté ministériel du 13 septembre 2002	Assurer la gestion des prélèvements biologiques recueillis sur certaines scènes de crime ou de délit, ou lors de découvertes de cadavres non identifiés, voire lors de disparitions de personnes	
Fichier de la batellerie	Gendarmerie	1942	Aucune	Assurer le suivi des marinières, des compagnies fluviales et des bateaux affectés au transport fluvial de marchandises	Ce fichier a été détruit
Fichier de suivi des personnes faisant l'objet d'une rétention administrative (SUCRA)	Gendarmerie		Arrêté interministériel du 19 décembre 1994 modifié par l'arrêté du 30 juillet 2002	Assurer le suivi des personnes faisant l'objet d'une décision de rétention	Ce fichier a été abandonné en 2008 suite à la mise en place du fichier ELOI
Fichier de suivi des titres de circulation délivrés aux personnes sans domicile ni résidence fixe (SDRF)	Gendarmerie	1994	Arrêté interministériel du 22 mars 1994 modifié par l'arrêté du 28 février 2005	Assurer le suivi des titres de circulation délivrés aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe	
Fichier de travail de la police judiciaire (FTPJ)	Police	1987	Déclaration à la CNIL en 1991	Collecter des informations sur les délinquants spécialisés	Constitué de bases locales, sans interconnexions, le FTPJ n'est plus utilisé que par quelques services de PJ
Fichier des brigades spécialisées (FBS)	Police	1991		Collecter des informations sur les délinquants spécialisés et favoriser la coopération des services	
Fichier des courses et jeux	Police	2010	Arrêté du 8 novembre 2010	Assurer la surveillance de la régularité et de la sincérité des jeux, des courses et des paris	Ce traitement fait suite à la réforme des services de renseignement et au passage de la section « courses et jeux » des anciens renseignements généraux à la DCPJ

Nom	Service gestionnaire	Création	Référence légale	Finalité	Observations
Fichiers de travail de police judiciaire des unités de recherche de la Gendarmerie nationale	Gendarmerie	2011	Dossier en cours de déclaration	Faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire ou au cours des procédures de recherche de cause de la mort ou de blessures, ou des causes de disparition inquiétante, ainsi que la recherche de leurs auteurs	Ces fichiers ne sont utilisés que par les unités de recherche de la Gendarmerie nationale
Gestion des violences urbaines (GEVI)	Police (PP)	1996	Décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 Décision CNIL du 19 novembre 1996	Recueil des informations sur les individus majeurs ou les personnes morales susceptibles d'être impliquées dans des actes de violences urbaines ou de violences sur les terrains de sport pouvant porter atteinte à l'ordre public et aux institutions	Ce traitement, propre à la préfecture de police de Paris, devrait faire l'objet d'une mutualisation avec le fichier PASP
Gestion du terrorisme et des extrémismes à potentialité violente (GESTEREX)	Police (PP)	2008	Décret non publié – Classé secret défense	Prévenir les actes de terrorisme Surveiller les individus, groupes, organisations et phénomènes de société susceptibles de porter atteinte à la Sûreté nationale	Fichier mis en œuvre par la direction du renseignement de la préfecture de police (DR-PP)
Lecture automatisée des plaques d'immatriculation (LAPI)	Police Gendarmerie Douanes	2007	Arrêté du 18 mai 2009	Prévenir et réprimer certains types d'infractions : – en matière de terrorisme – criminelles ou relatives à la criminalité organisée – vols ou recels de véhicules volés – contrebande, importation ou exportation en bande organisée – opérations financières définies à l'article 415 du Code des douanes	
Logiciel de rédaction de procédures (LRP)	Police	2001	Déclaré à la CNIL en 2001, en même temps que le STIC	Rédiger les procès-verbaux et les rapports administratifs ou judiciaires	Le LRP est associé au STIC.
Logiciel de rédaction de procédures de la Police nationale (LRPPN 2)	Police	2011	Décret n° 2011-110 du 27 janvier 2011	Aide à la rédaction des procédures de la Police nationale	LRPPN 2 servira également à alimenter le futur fichier commun à la police et à la gendarmerie : traitement des procédures judiciaires (TPJ) qui permettra, pour sa part, d'alimenter le système d'information du ministère de la Justice : Cassiopée
Logiciel de rédaction des procédures de la Gendarmerie nationale (LRPGN-ex-IC@RE)	Gendarmerie	2011	Décret n° 2011-111 du 27 janvier 2011	– Rédiger les procès-verbaux et rapports – Faciliter et optimiser les tâches des personnels – Alimenter le FVV et JUDEX	LRPGN alimentera également la future application Traitement des procédures judiciaires (TPJ) commun à la police et à la gendarmerie
Main courante informatisée (MCI)	Police	1990	Arrêté du 24 février 1995	Gérer l'emploi des effectifs, les événements et les déclarations des usagers	La procédure de modification du traitement de la main courante informatisée est actuellement en cours (dossier transmis à la CNIL le 5 novembre 2010)
Outil de centralisation et de traitement opérationnel des procédures et des utilisateurs de signatures (OCTOPUS)	Police (PP)	2008	– Article 26 de la loi du 6 janvier 1978 – Articles 322-1 et R. 635-1 du Code pénal	Faciliter par rapprochement l'identification des auteurs de dégradations	Ce traitement devrait être déclaré sur la base de l'article 11 de la loi d'orientation et de programmation de la performance de la sécurité intérieure adoptée le 8 février 2011

<i>Nom</i>	<i>Service gestionnaire</i>	<i>Création</i>	<i>Référence légale</i>	<i>Finalité</i>	<i>Observations</i>
Plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements (PHAROS)	Police	2009	Arrêté du 16 juin 2009	Traitement des signalements relatifs aux sites et contenus contraires aux lois et règlements diffusés sur Internet	
Prévention des atteintes à la sécurité publique (PASP)	Police	2010	Décret n° 2009-1249 du 16 octobre 2009	Collecter, conserver et traiter les données concernant : des personnes dont l'activité individuelle ou collective indique qu'elles peuvent porter atteinte à la sécurité publique, notamment les informations qui concernent les personnes susceptibles d'être impliquées dans des actions de violence collectives, en particulier en milieu urbain ou à l'occasion de manifestations sportives.	PASP est le successeur de l'ancien fichier des Renseignements généraux et du polémique fichier EDVIGE. Il est désormais distinct du traitement relatif à la réalisation des enquêtes administratives (EASP)
PULS@R	Gendarmerie	Déploiement prévu en 2011	Dossier en cours de déclaration	<ul style="list-style-type: none"> - Gérer le service et les registres ainsi que les amendes forfaitaires - Générer les messages d'information statistique et les bulletins d'analyse des accidents 	PULS@R est une évolution de l'application BB 2000, déclarée à la CNIL
Système d'analyse et de liens de la violence associée au crime (SALVAC)	Police	2005	Article 21-1 de la loi du 18 mars 2003 Décret n° 2009-786 du 23 juin 2009	Identifier les auteurs de crimes ou délits commis en série, dans le domaine de la criminalité violente	
Système de traitement des images des véhicules volés (STIVV)	Gendarmerie		Dossier en cours de déclaration	Exploiter à des fins judiciaires les photographies prises par les radars automatisés de certains véhicules (volés, mis sous surveillance, etc.)	L'abandon du système est envisagé, pour éviter une redondance avec le SCTL
Système de traitement des infractions constatées (STIC)	Police		Décret 2001-583 du 5 juillet 2001 (modifié en 2006)	Faciliter la constatation des infractions, le rassemblement des preuves et la recherche des auteurs + statistiques	Fichier placé sous le contrôle d'un magistrat. Le STIC doit être remplacé par l'application t Traitement des procédures judiciaires, commune à la Gendarmerie et la Police nationales
Système judiciaire de documentation et d'exploitation (JUDEX)	Gendarmerie	1986	Décret 2006-1411 du 17 novembre 2006 Circulaire n° 51992 DEF/GEND/SDPJ/PJ du 10 août 2007	Faciliter la constatation des infractions, le rassemblement des preuves et la recherche des auteurs	JUDEX doit être remplacé par l'application Traitement des procédures judiciaires, commune à la Gendarmerie et la Police nationales.
Traitement de données « préplainte en ligne » (PPL)	Police	En cours d'expérimentation	Décret du 29 octobre 2008 Délibération CNIL du 29 avril 2008	Permettre à la victime ou son représentant de faire une déclaration en ligne, pour certaines infractions, et d'obtenir un rendez-vous pour la signature de la plainte.	
Traitement des procédures judiciaires (TPJ - ex-ARI@NE)	Police Gendarmerie	2011	Dossier en cours de déclaration	<ul style="list-style-type: none"> - Faciliter la constatation des infractions, le rassemblement des preuves et la recherche des auteurs + statistiques - Permettre une plus grande efficacité dans le cadre des enquêtes impliquant des malfaiteurs récidivistes 	TPJ sera alimenté par LRPPN et LRPGN. TPJ permettra de regrouper l'ensemble des procédures judiciaires en vue de leur transmission automatique, et de leur mise à jour, au système Cassiopée du ministère de la Justice et des Libertés

ANNEXE 10

« Infraction entraînant une inscription au FNAEG »²⁷⁰⁴

Infractions concernées	Référence du Code pénal et du Code de procédure pénale
1 ^o – Les infractions de nature sexuelle : – Le délit d'exhibition sexuelle	706-47 du Code de procédure pénale 222-32 du Code pénal
2 ^o – Les crimes contre l'humanité Les crimes et délits : – d'atteintes volontaires à la vie des personnes ; – de torture et de barbarie ; – de violences volontaires ; – de menaces d'atteintes aux personnes ; – de trafic de stupéfiants ; – d'atteintes aux libertés de la personne ; – de traite des êtres humains ; – de proxénétisme ; – d'exploitation de la mendicité ; – de mise en péril des mineurs.	221-1 à 221-5 du Code pénal 222-1 à 222-18 du Code pénal 222-34 à 22-40 du Code pénal 224-1 à 224-8 du Code pénal 225-4 -1 à 225-4-4 du Code pénal 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3 du Code pénal 225-12-5 à 225-12-7 du Code pénal 227-18 à 227-21 du Code pénal
3 ^o – Les crimes et délits : – de vols ; – d'extorsions ; – d'escroqueries ; – de destructions, de dégradations et de détériorations ; – de menaces d'atteintes aux biens.	311-1 à 311-13 du Code pénal 312-1 à 312-9 du Code pénal 313-2 du Code pénal 322-1 à 322-11-1 du Code pénal 322-12 à 322-14 du Code pénal

Les infractions concernées	Par les peines complémentaires prévues au Code pénal	Article 706-53-13 du Code de procédure pénale fixant les conditions pour une rétention de sûreté Peine égale ou supérieure à 15 ans + probabilité très élevée de récidive à cause d'un trouble grave de la personnalité
– Infractions de mise en péril des mineurs.	227-31 concernant 227-22 à 227-27	– Favoriser la corruption d'un mineur. – Propositions sexuelles d'un majeur à un mineur. – Enregistrement ou transmission d'images de mineurs à caractère pornographique en vue de leur diffusion. – Fabriquer, transporter, diffuser des messages à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter atteinte à la dignité humaine, susceptibles d'être vus par des mineurs. – Atteinte sexuelle d'un majeur sur un mineur sans violence, contrainte, menace ni surprise. – Peines aggravées quand elle est commise par un ascendant, par une personne abusant de l'autorité de ses fonctions, par plusieurs personnes complices ; quand le mineur a été mis en contact avec le majeur par des messages publics ou par réseau de télécommunications, par une personne en état d'ivresse ou sous stupéfiants.
– Destructions, dégradations et détériorations volontaires et dangereuses pour les personnes.	322-18 concernant 322-6 à 322-11	

²⁷⁰⁴ J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique de l'application des peines*, Berger- Levrault, Sofiac, 2010, p609 et 610.

ANNEXE 11

« Tableau synthétique des procédures d'aménagement des peines privatives de liberté et sanctions »²⁷⁰⁵

	1	2	3	4	5	6
Nature/désignation de la procédure	Mesure quasi-juridictionnelle du greffe de l'établissement pénitentiaire	Mesure quasi-juridictionnelles du Jap (hors obligations particulières)	Mesure juridictionnelle du Jap (hors expérimentation Loi du 10 août 2011)	Mesure juridictionnelle du Tap hors expérimentation	Mesure juridictionnelle du Tap dans le cadre de l'expérimentation loi du 10 août 2011	Incidents d'exécution de la peine
	<ul style="list-style-type: none"> • Computation des crédits de réduction de peine (CRP) 	<ul style="list-style-type: none"> • Permissions de sortir • Retraits de CRP • Octroi des réductions supplémentaires de peine • Autorisations de sortir sous escorte 	<ul style="list-style-type: none"> • Libération conditionnelle et suspension médicale de peine si la PPL est inférieure ou égale à 10 ans ou s'il s'agit d'une peine supérieure à 10 ans, si le reliquat est inférieur ou égal à 3 ans. • Suspension et fractionnement de droit commun • Semi-liberté • Placement à l'extérieur • PSES • PSEM s'il accompagne une libération conditionnelle de sa compétence • Contrainte judiciaire • Suppression de mentions du bulletin n° 2 du Casier judiciaire • Suppression d'interdiction professionnelle (dans les deux derniers cas, si nécessaire à l'aménagement de peine • Relèvement des obligations du suivi socio-judiciaire – si SSJ non perpétuel • Sanctions pour toutes ces mesures ainsi que pour certaines peines restrictives de liberté 	<ul style="list-style-type: none"> • Libération conditionnelle et suspension médicale de peine si la PPL est supérieure à 10 ans et si le reliquat est supérieur à 3 ans (NOTA, loi du 10 août 2011 [730-2, applicable immédiatement] : compétence exclusive pour les RCP, les PPL supérieures ou égales à 15 ans si les faits faisaient encourir le SSJ ainsi que pour les PPL supérieures ou égales à 10 ans pour des faits visés à l'article 706-53-13) • Surveillance judiciaire • PSEM s'il accompagne une surveillance judiciaire ou une libération conditionnelle de sa compétence • Relèvement des périodes de sûreté • Relèvement du SSJ perpétuel • Réductions exceptionnelle de peine • Suppression de mentions du bulletin n° 2 du Casier judiciaire • suppression d'interdiction professionnelle • (dans les deux derniers cas, si nécessaire à l'aménagement de peine • Sanctions pour ces mesures 	<ul style="list-style-type: none"> • Libération conditionnelle si la PPL est supérieure à 5 ans • Relèvement d'une période de sûreté = expérimentation dans 2 à 10 ressorts de Cours d'appel au cours de la période allant du 1^{er} janvier 2012 au 1^{er} janvier 2014 	<ul style="list-style-type: none"> • Erreur matérielle • Confusion de peine post-sentencielle • Détermination des limites d'une peine • Réduction au maximum légal • Contestations relatives aux crédits de réduction de peine
Mesure en cause						
Textes applicables	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. 721, C. pr. pén., art. D. 115 s. 	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. 712-5, 721-1, 721, 723, 	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. 712-6, 712-22, 720-1 et 720-1-1, 723 à 723-15-2, 730, 749, 763-5, 763-10 	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. 712-7, 712-22, 720-1-1, 721-3, 720-4, 723-29, 730, 730-2 • C. pén., art. 131-36-1, al. 2 	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. 712-7, 720-4-1, 730-1 	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. 710

²⁷⁰⁵ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 2013, p 1338 à 1341

	1	2	3	4	5	6
Nature/désignation de la procédure	Mesure quasi-juridictionnelle du greffe de l'établissement pénitentiaire	Mesure quasi-juridictionnelles du Jap (hors obligations particulières)	Mesure juridictionnelle du Jap (hors expérimentation Loi du 10 août 2011)	Mesure juridictionnelle du Tap hors expérimentation	Mesure juridictionnelle du Tap dans le cadre de l'expérimentation loi du 10 août 2011	Incidents d'exécution de la peine

1 ^{er} degré	Juridiction de premier degré ou autorité compétence	• Greffe de l'établissement pénitentiaire où le condamné est détenu	• Jap	• Jap	• Tap comprenant trois magistrats professionnels (Jap) (« CHAP à trois JAP »)	• Tap à trois Jap + deux assesseurs citoyens (jurés de cours d'assises)	• Tribunal Correctionnel (si délit) • Chambre de l'instruction (si crime)
	Saisine de la juridiction de premier degré	• Pas de saisine à proprement parler • Le greffe traite des mesures au fur et à mesure que les condamnations deviennent définitives	• Condamné • Parquet • Auto-saisine • Retrait des CRP : saisine par le chef d'établissement pénitentiaire possible	• Condamné • Parquet • Auto-saisine (pas d'auto-saisine si 723-15)	• Condamné • Parquet • Jap	• Condamné • Parquet • Jap	• Condamné • Parquet • Partie civile (intérêts civils)
	Cadre procédural/ lieu de la juridiction de premier degré	• Service du greffe de l'établissement pénitentiaire	• Commission de l'application des peines (CAP) • Établissement pénitentiaire	• Si le condamné est détenu : établissement pénitentiaire • Si le condamné est libre : cabinet du Jap (TGI)	• Si le condamné est détenu : établissement pénitentiaire • Si le condamné est libre : cabinet du Jap (TGI)	• Si le condamné est détenu : établissement pénitentiaire • Si le condamné est libre : cabinet du Jap (TGI)	• En juridiction
	Débat contradictoire au premier degré	• Non	• Non	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui
	Comparution du condamné devant la juridiction de premier degré	• Non	• Non (mais possible : C. pr. pén., art. D. 49-28)	• Oui	• Oui	• Oui	• Condamné libre : Oui • Condamné détenu : C. pr. pén., art. 712, mais Crim. 30 mars 2011, n° 10-88.016, P. : Oui
	Présence de l'avocat du condamné ou de l'intéressé à l'audience de premier degré	• Non	• Non (mais n'est pas interdite)	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui • NOTA : présence de l'avocat de la partie civile possible pour ce qui concerne les intérêts de celle-ci
	Présence du représentant du parquet	• Non (mais il contrôle théoriquement les computations : C. pr. pén., art. D. 115)	• Oui (il est membre de droit de la CAP à peine de nullité : C. pr. pén., art. D. 49-28)	• Oui	• Oui	• Oui	• Non
Nature de la décision rendue au premier degré	• Mesure quasi-juridictionnelle – mais pas de premier degré	• Ordonnance • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement ou arrêt selon la juridiction qui s'est prononcée	
Motivation de la décision de premier degré	• Non	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui	

1 ^{er} degré	Juridiction de premier degré ou autorité compétence	• Greffe de l'établissement pénitentiaire où le condamné est détenu	• Jap	• Jap	• Tap comprenant trois magistrats professionnels (Jap) (« CHAP à trois JAP »)	• Tap à trois Jap + deux assesseurs citoyens (jurés de cours d'assises)	• Tribunal Correctionnel (si délit) • Chambre de l'instruction (si crime)
	Saisine de la juridiction de premier degré	• Pas de saisine à proprement parler • Le greffe traite des mesures au fur et à mesure que les condamnations deviennent définitives	• Condamné • Parquet • Auto-saisine • Retrait des CRP : saisine par le chef d'établissement pénitentiaire possible	• Condamné • Parquet • Auto-saisine (pas d'auto-saisine si 723-15)	• Condamné • Parquet • Jap	• Condamné • Parquet • Jap	• Condamné • Parquet • Partie civile (intérêts civils)
	Cadre procédural/ lieu de la juridiction de premier degré	• Service du greffe de l'établissement pénitentiaire	• Commission de l'application des peines (CAP) • Établissement pénitentiaire	• Si le condamné est détenu : établissement pénitentiaire • Si le condamné est libre : cabinet du Jap (TGI)	• Si le condamné est détenu : établissement pénitentiaire • Si le condamné est libre : cabinet du Jap (TGI)	• Si le condamné est détenu : établissement pénitentiaire • Si le condamné est libre : cabinet du Jap (TGI)	• En juridiction
	Débat contradictoire au premier degré	• Non	• Non	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui
	Comparution du condamné devant la juridiction de premier degré	• Non	• Non (mais possible : C. pr. pén., art. D. 49-28)	• Oui	• Oui	• Oui	• Condamné libre : Oui • Condamné détenu : C. pr. pén., art. 712, mais Crim. 30 mars 2011, n° 10-88.016, P. : Oui
	Présence de l'avocat du condamné ou de l'intéressé à l'audience de premier degré	• Non	• Non (mais n'est pas interdite)	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui • NOTA : présence de l'avocat de la partie civile possible pour ce qui concerne les intérêts de celle-ci
	Présence du représentant du parquet	• Non (mais il contrôle théoriquement les computations : C. pr. pén., art. D. 115)	• Oui (il est membre de droit de la CAP à peine de nullité : C. pr. pén., art. D. 49-28)	• Oui	• Oui	• Oui	• Non
Nature de la décision rendue au premier degré	• Mesure quasi-juridictionnelle – mais pas de premier degré	• Ordonnance • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement • 1 ^{er} degré de juridiction	• Jugement ou arrêt selon la juridiction qui s'est prononcée	
Motivation de la décision de premier degré	• Non	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui	

	1	2	3	4	5	6
Nature/désignation de la procédure	Mesure quasi-juridictionnelle du greffe de l'établissement pénitentiaire	Mesure quasi-juridictionnelles du Jap (hors obligations particulières)	Mesure juridictionnelle du Jap (hors expérimentation Loi du 10 août 2011)	Mesure juridictionnelle du Tap hors expérimentation	Mesure juridictionnelle du Tap dans le cadre de l'expérimentation loi du 10 août 2011	Incidents d'exécution de la peine
Nature de la décision de second degré	• V. incidents contentieux, C. pr. pén., art. 710	• Ordonnance	• Arrêt	• Arrêt	• Arrêt	• Arrêt
Pourvoi possible	• V. incidents contentieux, C. pr. pén., art. 710	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Oui Seul recours en cas de décision de la chambre de l'instruction au premier degré
Délai du pourvoi	• V. incidents contentieux, C. pr. pén., art. 710	• 5 jours	• 5 jours	• 5 jours	• 5 jours	• 5 jours
Juridiction compétente pour connaître du pourvoi	• V. incidents contentieux, C. pr. pén., art. 710	• Chambre criminelle	• Chambre criminelle	• Chambre criminelle	• Chambre criminelle	• Chambre criminelle

ANNEXE 12

« Tableau synthétique des procédures applicables au titre des mesures de sûreté »²⁷⁰⁶

Nature/désignation de la procédure	Mesures de sûreté L. 25 févr. 2008	Permissions de sortir pour personnes en rétention de sûreté	Modification des obligations particulières imposées aux personnes sous surveillance de sûreté
Mesure en cause	<ul style="list-style-type: none"> • Rétention de sûreté • Surveillance de sûreté, le cas échéant avec PSEM • Assignation à résidence 	<ul style="list-style-type: none"> • Permissions de sortir sous escorte • Permissions de sortir sous surveillance électronique mobile 	<ul style="list-style-type: none"> • Obligations particulières de droit commun dans le cadre d'une surveillance de sûreté
Textes applicables	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. 706-53-13 s., 732-1 et L. 25 févr. 2008, art. 14 	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. R. 53-8-69 à R. 53-8-71 	<ul style="list-style-type: none"> • C. pr. pén., art. R. 53-8-48
Juridiction de premier degré ou autorité compétence	<ul style="list-style-type: none"> • Juridiction Régionale de la Rétention de Sûreté (JRRS) (pour la rétention de sûreté, uniquement si la cour d'assises l'a prévu) pour : <ul style="list-style-type: none"> – rétention de sûreté – surveillance de sûreté en tant qu'elle prolonge une surveillance judiciaire, un suivi socio-judiciaire ou une libération conditionnelle (avec ou sans PSEM) • Jap si la surveillance de sûreté est prononcée suite à un avis défavorable de la CPMS quant à la rétention de sûreté • Président de la JRRS lorsque le placement en rétention de sûreté est une mesure provisoire faisant suite à la violation des obligations de la surveillance de sûreté ou du refus de se soumettre dans le cadre du PSEM (C. pr. pén., art. R. 53-8-52) 	<ul style="list-style-type: none"> • Jap 	<ul style="list-style-type: none"> • Président de la JRRS
Saisine de la juridiction de premier degré	<ul style="list-style-type: none"> • Procureur général sur proposition de la CPMS 	<ul style="list-style-type: none"> • Personne retenue • Autosaisine • Parquet ? 	<ul style="list-style-type: none"> • Requête du Jap • Autosaisine • Demande du placé • Réquisitions du procureur général
Cadre procédural/ lieu de la juridiction de premier degré	<ul style="list-style-type: none"> • Cour d'appel si JRRS (nota : avis CPMS et passage au CNE) • Établissement pénitentiaire ou TGI si Jap 	<ul style="list-style-type: none"> • Au centre de rétention (NOTA : avis du chef d'établissement de Fresnes et du chef du service santé de Fresnes) 	<ul style="list-style-type: none"> • Aucune indication textuelle • Probablement à la Cour d'appel
Débat contradictoire au premier degré	<ul style="list-style-type: none"> • Oui 	<ul style="list-style-type: none"> • Non 	<ul style="list-style-type: none"> • Oui

²⁷⁰⁶ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 2013, p 1349 à 1351

	Nature/désignation de la procédure	Mesures de sûreté L. 25 févr. 2008	Permissions de sortir pour personnes en rétention de sûreté	Modification des obligations particulières imposées aux personnes sous surveillance de sûreté
1 ^{er} degré	Comparution du condamné devant la juridiction de premier degré	• Oui	• Non	• Oui
	Présence de l'avocat du condamné ou de l'intéressé à l'audience de premier degré	• Oui (obligatoire : C. pr. pén., art. 706-53-15)	• Non (C. pr. pén., art. R. 53-8-71)	• Oui (semble même obligatoire : C. pr. pén., art. R. 53-8-48)
	Présence du représentant du parquet	• Oui	• Pas certain (il rend un avis, mais il n'y a pas de débat)	• Non
	Nature de la décision rendue au premier degré	• Jugement	• Ordonnance	• Ordonnance
	Motivation de la décision de premier degré	• Oui – motivation spéciale	• Oui (C. pr. pén., art. R. 53-8-71, al. 1)	• Oui
Recours	Second degré. Possibilité d'un recours	• Oui (C. pr. pén., art. 712-53-15 avant dern. al.)	• Oui (C. pr. pén., art. R. 53-8-71, al. 2)	• Oui (Saisine procureur général ou placé) (C. pr. pén., art. R. 57-8-48, al. 3)
	Délai de recours	• 10 jours (droit commun)	• 5 jours (C. pr. pén., art. R. 53-8-71, al. 2)	• 10 jours (C. pr. pén., art. R. 53-8-48, al. 3)
	Effet suspensif	• Non (C. pr. pén., art. R. 53-8-41, al. 2)	• Non sauf recours du parquet dans les 24 heures (C. pr. pén., art. R. 53-8-71, al. 3)	• Non : silence textuel
	Juridiction compétente au second degré	• JNRS	• Président de la JRRS	• JRRS
	Comparution du condamné ou de l'intéressé à l'audience d'appel	• Non	?	?
	Présence de l'avocat du condamné ou de l'intéressé en appel	• Oui (C. pr. pén., art. R. 53-8-42, al. 5)	?	?
	Présence de l'avocat de la victime en appel	• Non	?	?
Cassation	Nature de la décision de second degré	• Arrêt/décision	?	?
	Pourvoi possible	• Oui	?	?
	Délai du pourvoi	• 5 jours	/	/
	Juridiction compétente pour connaître du pourvoi	• Chambre criminelle	/	/

ANNEXE 13

« Tableau synthétique des procédures d'exécution des peines »²⁷⁰⁷

Pr. n°	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Désignation de la procédure	Mesures quasi-juridictionnelles JAP	Mesures quasi-juridictionnelles Obligations particulières modifiées par le JAP	Mesures juridictionnelles JAP	Mesures juridictionnelles TAP	« NPAP au carré »	Délégation de la modification des horaires et lieux au D-Spip ou chef d'établissement	« Grâces électroniques »	Incidents d'exécution de la peine	Mesures de sûreté, L. n° 2005-1549, 12 déc. 2005	Mesures de sûreté, L. n° 2008-174, 25 févr. 2008	Permissions applicables aux retenus en RS	Obligations particulières des placés en surveillance de sûreté
Mesures en cause	<ul style="list-style-type: none"> • Permissions de sortir • Réductions supplémentaires de peine • Réductions exceptionnelles de peine • Autorisations de sortir sous escorte • Retrait des crédits de réduction de peine 	<ul style="list-style-type: none"> • Modification des obligations particulières des aménagés de peine, peines restrictives de liberté avec probation et SJPD 	<ul style="list-style-type: none"> • Libération conditionnelle et suspension médicale de peine si peine supérieure à dix ans et reliquat supérieur à trois ans • Semi-liberté • Placements extérieurs • PSES • Suspension et fractionnement de droit commun • Sanctions prononcées par le Jap 	<ul style="list-style-type: none"> • Libération conditionnelle et suspension médicale de peine si peine inférieure à dix ans ou si reliquat inférieur à trois ans • Relèvement des périodes de sûreté • Prononcé de la SJPD si rétroactivité 	<ul style="list-style-type: none"> • Semi-liberté • Placements extérieurs • PSES • Permissions de sortir si elle sert à préparer l'une des trois mesures citées • Libération conditionnelle 	<ul style="list-style-type: none"> • Semi-liberté • Placements extérieurs • PSES • Permissions de sortir 	<ul style="list-style-type: none"> • PSES 	<ul style="list-style-type: none"> • Erreur matérielle • Confusion de peine • Limites des peines • Réduction au maximum légal • Contestations relatives aux crédits de réduction de peine 	<ul style="list-style-type: none"> • SJPD • PSEM 	<ul style="list-style-type: none"> • Rétention de sûreté • Surveillance de sûreté • Assignation à domicile 	<ul style="list-style-type: none"> • Permissions de sortir sous escorte • Permissions de sortir sous PSEM 	<ul style="list-style-type: none"> • Modification des obligations particulières ou suspension des obligations de la surveillance de sûreté
Textes applic. (C. pr. pén.)	• 712-5	• 712-8 al. 1	• 712-6	• 712-7	• 723-19 s.	• 723-8, al. 2	• 723-28	• 710	• 723-29 (SJPD) • 763-10 (PSEM)	• 706-53-13 s.	• R. 53-8-69 à R. 53-8-71	• R 53-8-48
JURIDICTION DE PREMIER DEGRÉ ou autorité compétente	• JAP	• JAP	• JAP	• TAP	• D-Spip propose une mesure • Procureur de la République tri et envoie s'il le juge opportun au Jap • Jap homologue dans les trois semaines ou rejet	• Acte de délégation pris par le Jap = dans la décision elle-même (décision de premier degré)	• D-Spip propose au parquet la mise en œuvre de la mesure	• Tribunal correctionnel ou Cour d'appel (délit) • Chambre de l'instruction (Crimes)	• JAP • Sauf en cas de rétroactivité de la SJPD : Tap	• JRRS • JAP si la SS est prononcée suite à un avis défavorable de la CPMS quant à la RS	• JAP	• Président de la JRRS
JURIDICTION DE PREMIER DEGRÉ ou autorité compétente						• Modification réalisée par le D-Spip ou chef d'établissement = mesure d'administration judiciaire ?				• Président de la JRRS lorsque le placement en RS est une mesure provisoire faisant suite à la violation des oblig. de la SS ou au refus de se soumettre, dans de cadre au PSEM (R. 53-8-52)		
Saisine	• Condamné • Parquet • Autosaisine	• Condamné • Parquet • Autosaisine	• Condamné • Parquet • Autosaisine • Retrait des CRP : saisine possible par chef d'établissement	• Condamné • Parquet • Jap	• Transmission du dossier au parquet qui transmet au Jap – saisine du Jap uniquement si le parquet est favorable à la mesure; – à défaut, « information » du Jap, qui doit s'autosaisir ou être saisi par une requête de droit commun et se prononcer dans le cadre de l'art. 712-6 (v. colonne 3)	• Saisine du Jap dans les conditions ayant conduit à la mesure (« NPAP au carré » ou juridictionnelle) • « Saisine » informelle du D-Spip ou chef d'établissement en vue de la modification • « Autosaisine » lorsque la décision est prise d'office par Spip ou chef d'établissement	• Pas de saisine à proprement parler	• Condamné • Parquet • Partie civile (intérêts civils)	• Parquet	• Procureur général sur proposition de la CPMR	• « Retenu » ? • Autosaisine ? • Parquet ?	• Requête du Jap • Saisine d'office • Demande du placé sous SS • Réquisitions du Procureur général
Cadre procédural/lieu	• CAP • Établissement pénitentiaire	• Pas de CAP • Au cabinet du Jap	• Si détenu : établissement pénitentiaire • Si libre : TGI	• Si détenu : établissement pénitentiaire • Si libre : TGI	• Spip • Parquet • Cabinet du Jap au TGI	• Saisine de droit commun selon la procédure à l'origine de la mesure pour la décision de délégation du Jap	• Détenu : établissement pénitentiaire	• En juridiction	• Établissement pénitentiaire	• Établissement pénitentiaire • Avis de la CPMR • Examen de 6 semaines au CNE	• Avis du chef pénitentiaire de l'établissement et du chef « santé » de l'établissement • « Avis » du procureur de la République • Au centre de rétention	• Aucune indication textuelle • Au siège de la juridiction

²⁷⁰⁷ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 2013, p 1352 à 1359

Pr. n°	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Désignation de la procédure	Mesures quasi-juridictionnelles JAP	Mesures quasi-juridictionnelles Obligations particulières modifiées par le JAP	Mesures juridictionnelles JAP	Mesures juridictionnelles TAP	« NPAP au carré »	Délégation de la modification des horaires et lieux au D-Spip ou chef d'établissement	« Grâces électroniques »	Incidents d'exécution de la peine	Mesures de sûreté, L. n° 2005-1549, 12 déc. 2005	Mesures de sûreté, L. n° 2008-174, 25 févr. 2008	Permissions applicables aux retenus en RS	Obligations particulières des placés en surveillance de sûreté
Cadre procédural/lieu						<ul style="list-style-type: none"> Saisine du D-Spip ou du chef d'établissement depuis le monde libre s'agissant d'une mesure en cours d'exécution, pour les demandes de changement d'horaires ou de lieux Spip ou établissement lorsque la décision est prise d'office par Spip ou chef d'établissement 						
Débat contradictoire	• Non	• Non • Sauf demande du parquet	• Oui	• Oui	• Non	<ul style="list-style-type: none"> Oui pour la délégation proprement dite si procédure juridictionnelle; non si NPAP Non pour la procédure de changement d'heure ou de lieu 	• Non	• Oui	• Oui	• Oui	• Non	• Oui
Comparution de l'intéressé	• Non (mais possible)	• Non Sauf débat contradictoire	• Oui	• Oui	• Non (mais recueil du consentement et audience préalable possible par le Jap = mesure d'instruction et non débat contradictoire)	<ul style="list-style-type: none"> Oui pour la délégation proprement dite si procédure juridictionnelle; non si NPAP Non pour la procédure de changement d'heure ou de lieu 	• Non (mais recueil du consentement)	• Non s'il est détenu (mais audition préalable possible) • Oui si TGI	• Oui	• Oui	• Non	• Oui
Présence de l'avocat de l'intéressé	• Non (mais pas interdite)	• Non Sauf débat contradictoire	• Oui	• Oui	• Seulement au moment du recueil du consentement si demande du condamné (obligatoire pour mineurs) soit dans la phase préparatoire seulement	<ul style="list-style-type: none"> Oui pour la délégation proprement dite si procédure juridictionnelle; oui pour le seul recueil du consentement et si demande du condamné si NPAP Non pour la procédure de changement d'heure ou de lieu 	• Seulement au moment du recueil du consentement si demande du condamné	• Oui Nota : présence possible de l'avocat de la victime	• Oui Nota : obligatoire dans le cas de la SJPD (C. pr. pén., art. 723-32)	• Oui Obligatoire (C. pr. pén., art. 706-53-15)	• Non	• Oui semble obligatoire
Présence du parquet	• Oui Il est membre de droit de la CAP à peine de nullité	• Non • Sauf débat contradictoire	• Oui	• Oui	/	• Idem ligne ci-dessus	/	• Oui	• Oui	• Oui	• Pas certain (il rend un avis, mais aucun débat n'est organisé)	• Non
Publicité	• Non	• Non	• Non	• Non	• Non	• Non	• Non	• Non	• Non	• Oui si le condamné le demande	• Non	• Oui
Nature de la décision de premier degré	• Ordonnance	• Ordonnance	• Jugement	• Jugement	• Ordonnance si homologation ou refus d'homologation • Mesure d'administration judiciaire si mise à exécution par le D-Spip en cas de silence durant trois semaines du Jap	• Jugement ou Ordonnance selon procédure pour délégation elle-même • Mesure d'administration judiciaire pour la modification des horaires ou lieux ?	• Ce n'est pas une décision de premier degré – mais une « mise en œuvre » par le parquet	• Jugement ou arrêt	• Jugement	• Jugement	• Ordonnance	• Ordonnance
					• Ordonnance en cas de substitution d'un autre aménagement de peine que celui proposé initialement							

Pr. n°	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Désignation de la procédure	Mesures quasi-juridictionnelles JAP	Mesures quasi-juridictionnelles Obligations particulières modifiées par le JAP	Mesures juridictionnelles JAP	Mesures juridictionnelles TAP	« NPAP au carré »	Délégation de la modification des horaires et lieux au D-Spip ou chef d'établissement	« Grâces électroniques »	Incidents d'exécution de la peine	Mesures de sûreté, L. n° 2005-1549, 12 déc. 2005	Mesures de sûreté, L. n° 2008-174, 25 févr. 2008	Permissions applicables aux retenus en RS	Obligations particulières des placés en surveillance de sûreté
Motivation	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui	• Non	• Oui si procédure juridictionnelle; non si NPAP pour délégation elle-même. • Non pour la modification des horaires ou lieux	• Non Sauf dans le cas de la réintégration ou du retrait (C. pr. pén., art. D. 147-30-47)	• Oui	• Oui	• Oui • Motivation spéciale	• Oui	• Oui
DEUXIEME DEGRE Possibilité d'un recours	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui	• Si refus d'homologuer : condamné et parquet • Si homologation : parquet seulement • Si silence et mise à exécution par D-Spip : condamné et parquet • Si substitution de l'aménagement initialement proposé par un autre : condamné ou parquet	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Recours, mais non appel, pour la modification des lieux et horaires (du moins Jap peut annuler la décision)	• Peut-être pas de recours (mais v. s° n° 931.21) • Recours auprès du Jap uniquement en cas de réintégration provoquée par le chef d'établissement ou le parque (C. pr. pén., art. D. 147-30-49)	• Oui seulement si jugement du tribunal correctionnel	• Oui	• Oui	• Oui	• Oui (procureur général, placé)
Délai de recours	• 24 heures	• 24 heures	• 10 jours	• 10 jours	• 24 heures	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas d'indication pour la modification des horaires et lieux	• Impropre Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. : délai de 48 heures à compter de la notification	• 10 jours	• 10 jours	• 10 jours	• 5 jours	• 10 jours
Effet suspensif	• Non sauf parquet, puisqu'il agit par hypothèse dans les 24 heures	• Non sauf parquet, puisqu'il agit par hypothèse dans les 24 heures	• Non sauf appel du parquet dans les 24 heures	• Non sauf appel du parquet dans les 24 heures	• Seulement pour le parquet • Pas dans le cas de refus d'homologation	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas d'indication pour la modification des horaires et lieux	• Impropre Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. : non suspensif	• Non	• Non	Non (C. pr. pén., art. R. 53-8-41, al. 2)	Non sauf recours du parquet dans les 24 heures	Non : silence textuel
Juridiction compétente	• Président de la CHAP	• Président de la CHAP	• CHAP (3 magistrats professionnels)	• CHAP (3 magistrats professionnels + des assesseurs : 1 responsable d'une association de victime et 1 de réinsertion)	• Président de la CHAP	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • JAP pour la modification des horaires et lieux • Jap pour réintégration immédiate et retrait • Recours	• Impropre Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. : JAP	• Chambre des appels correctionnels	• CHAP formation ordinaire • CHAP à 5 si appel de jugement de Tap	JNRS	Président de la JRRS	JRRS
Comparution de l'intéressé en appel	• Non	• Non	• Non Mais audition au cours de phase préparatoire si détenu et si décision en ce sens de la CHAP	• Non Mais audition au cours de phase préparatoire si détenu et si décision en ce sens de la CHAP	• Non	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas d'indication pour la modification des horaires et lieux	• Impropre Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. • Oui application du C. pr. pén., art. 712-6	• Oui • Non s'il est détenu, mais audition au cours de phase préparatoire si détenu et si décision en ce sens du président de la Juridiction (art. 712)	• Non (C. pr. pén., art. R. 53-8-42, al. 5)	Non	?	?
Avocat de l'intéressé	• Pas présent (NOTA : parquet également absent) • Observations écrites	• Pas présent (NOTA : parquet également absent) • Observations écrites	• Oui	• Oui	• Pas présent (NOTA : parquet également absent) • Observations écrites	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas d'indication pour la modification des horaires et lieux	• Impropre Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. • Oui, application du C. pr. pén., art. 712-6	• Oui	• Oui	• Oui (C. pr. pén., art. R. 53-8-42, al. 5)	?	?

Pr. n°	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Désignation de la procédure	Mesures quasi-juridictionnelles JAP	Mesures quasi-juridictionnelles Obligations particulières modifiés par le JAP	Mesures juridictionnelles JAP	Mesures juridictionnelles TAP	« NPAP au carré »	Délégation de la modification des horaires et lieux au D-5pip ou chef d'établissement	« Grâces électroniques »	Incidents d'exécution de la peine	Mesures de sûreté, L. n° 2005-1549, 12 déc. 2005	Mesures de sûreté, L. n° 2008-174, 25 févr. 2008	Permissions applicables aux retenus en RS	Obligations particulières des placés en surveillance de sûreté
Avocat de la victime	• Non	• Non	• Non	• Oui	• Non	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas d'indication pour la modification des horaires et lieux	• Non	• Oui	• Non sauf si Tap est compétent	• Non	?	?
Nature de la décision	• Ordonnance	• Ordonnance	• Arrêt	• Arrêt	• Ordonnance	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas d'indication pour la modification des horaires et lieux	• Impropre • Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49 C. pr. pén. • Jugement car application du C. pr. pén., art. 712-6	• Arrêt	• Arrêt	• Arrêt/décision	?	?
POURVOI Possibilité d'un pourvoi	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Oui (C. pr. pén., art. 712-15)	• Non : C. pr. pén., art. D. 147-30-6	• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pour la modification des horaires et lieux Non - termes expressés de l'article 712-8, al. 2	• Impropre • Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. • Pourvoi, car application du C. pr. pén., art. 712-6	• Oui = seul recours en cas de décision de la Chambre de l'instruction	• Oui	• Oui	?	?
Délai de pourvoi	• 5 jours	• 5 jours	• 5 jours	• 5 jours		• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas de recours pour la modification des horaires et lieux	• Impropre • Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. • 5 jours, application du C. pr. pén., art. 712-6	• 5 jours	• 5 jours	• 5 jours	?	?
Juridiction compétente pour connaître du pourvoi	• Chambre criminelle de la Cour de cassation	• Chambre criminelle de la Cour de cassation	• Chambre criminelle de la Cour de cassation	• Chambre criminelle de la Cour de cassation		• V. colonnes procédures juridictionnelles et NPAP pour la délégation elle-même • Pas de recours pour la modification des horaires et lieux	• Impropre • Sauf dans le cas de l'article D. 147-30-49, C. pr. pén. • Chambre crim., car application du C. pr. pén., art. 712-6	• Chambre criminelle de la Cour de cassation	• Chambre criminelle de la Cour de cassation	• Chambre criminelle de la Cour de cassation	?	?

ANNEXE 14

« Tableau des infractions permettant le prononcé d'un suivi socio-judiciaire »²⁷⁰⁸

Les infractions concernées	Par les peines complémentaires prévues au Code pénal	Article 706-53-13 du Code de procédure pénale fixant les conditions pour une rétention de sûreté Peine égale ou supérieure à 15 ans + probabilité très élevée de récidive à cause d'un trouble grave de la personnalité
Tous les crimes et tentatives de crimes pour atteintes volontaires à la vie de la personne : – Le meurtre ; – L'assassinat ; – L'empoisonnement.	221-9-1 concernant 221-1 à 221-5-3	– Crimes sur une victime mineure d'assassinat ou de meurtre. – Crimes sur une victime majeure d'assassinat ou de meurtre aggravé. – Crime en récidive de meurtre.
– Infractions de tortures ou d'actes de barbarie.	222-48-1 concernant 222-1 à 222-6-1	– Crimes sur une victime mineure de torture ou d'actes de barbarie. – Crimes sur une victime majeure de torture ou d'actes de barbarie aggravés. – Crime en récidive de torture ou d'actes de barbarie.
– Infractions de viol et d'autres agressions sexuelles.	222-48-1 concernant 222-23 à 222-32	– Crimes sur une victime mineure de viol. – Crimes sur une victime majeure de viol aggravé. – Crime en récidive de viol.
– Infractions de violences aggravées : - soit par conjoint ; - soit sur mineur de 15 ans par ascendant.	222-48-1 concernant 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-14, et 222-18-3	– Violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, des mutilations, des infirmités ou I.T.T. – Violences habituelles et menaces quand ces infractions sont apparues en raison de la qualité de victime.
– Crimes d'enlèvement et de séquestration (en cas de libération volontaire avant le 7 ^e jour, l'infraction est un délit).	224-10 concernant 224-1 à 224-5-2	– Crimes sur une victime mineure d'enlèvement ou de séquestration. – Crimes sur une victime majeure d'enlèvement ou de séquestration aggravé. – Crimes en récidive d'enlèvement ou de séquestration.

²⁷⁰⁸ J. Duflo et E. Martin (Dir.), *Traité pratique de l'application des peines*, Berger-Levrault, Sofiac, 2010, p603.

ANNEXE 15

Tableau des domaines d'application des mesures d'aide et d'assistance²⁷⁰⁹

Mesure en cause	Possibilité de mesures d'aide et d'assistance	
• Libération conditionnelle	• Oui	• Application de C. pén., art. 132-46, par renvoi de C. pr. pén., art. 731
• Semi-liberté	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Placements à l'extérieur	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Placement sous surveillance électronique	• Oui	• Application de C. pén., art. 132-46 par renvoi de C. pr. pén., art. 723-10 pour le PSE • Aménagement de peine et de C. pén., art. 132-26, al. 3 pour le PSE peine restrictive NOTE. Absence de renvoi lorsque le PSE est proposé par le D-Spip
• Permission de sortir	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Crédit de réduction de peine	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Réductions supplémentaires de peine	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Autorisation de sortir sous escorte	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Suspension ordinaire et fractionnement de peine	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Suspension médicale de peine	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
• Sursis avec mise à l'épreuve	• Oui	• Application de C. pén., art. 132-46
• Sursis-Tig	• Discuté	

TIG	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
Ajournement avec mise à l'épreuve	• Non	• C. pén., art. 132-46 par renvoi de C. pén., art. 132-64
Ajournement avec injonction	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
Interdiction de séjour	• Oui	• C. pén., art. 131-31 et C. pr. pén., art. 762-3
Suivi socio-judiciaire	• Non	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 ni texte spécial
Surveillance judiciaire et surveillance de	• Oui	• Pas de renvoi à C. pén., art. 132-46, mais mention à C. pr. pén., art. 723-33 de « mesures d'assistance ». Applicabilité à surveillance de sûreté par renvoi au régime de la surveillance judiciaire à C. pr. pén. art. 706-53-19.
PSEM	• Oui	• Lorsqu'il est prononcé dans le cadre d'une LC (renvoi de C. pr. pén. art. 731) et d'une SJPD (C. pr. pén., art. 723-33)
	• Non	• Quand il y est prononcé dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire (pas de renvoi à C. pén., art. 132-46 et absence de texte spécial)

²⁷⁰⁹ M.Herzog-Evans, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 2013, p 856 et 857, n°616.18

ANNEXE 16

Réquisition judiciaire pour examen psychiatrique en garde à vue, enquête préliminaire

GENDARMERIE NATIONALE			
Compagnie X		ENQUÊTE PRELIMINAIRE	
Brigade Territoriale Autonome X		REQUISITION JUDICIAIRE	
Code Unité X	P.V X	Année 2009	Nmr Dossier Justice
			N° pièce
			N° feuillet 1/2

Le 16 mars 2009 à 17 heures 30 minutes
Nous soussigné Adjudant X, Officier de Police Judiciaire de la Compagnie de X en résidence à la brigade de X
Vu les articles 16, 17 à 19 et 75 à 78 du Code de Procédure Pénale
Sur autorisation de Mme X Vice-Procureur de la République X
Vu l'article 77 du Code de Procédure Pénale
Nous trouvant au bureau de notre unité, rapportons les opérations suivantes

REQUÉRONS : Monsieur X, Médecin Psychiatre-Expert.

MISSION :
Bien vouloir réaliser l'examen psychiatrique de X né le X 1954 à X - et répondre notamment aux questions suivantes :

- 1.L'examen du sujet révèle-t-il chez lui des anomalies mentales ou psychiques ? Le cas échéant, les décrire et préciser à quelles affections elles se rattachent.
- 2.L'infraction est-elle en relation ou non avec de telles anomalies ?
- 3.Le sujet présente-t-il un état dangereux ?
- 4.Le sujet est-il accessible à une sanction pénale ?
- 5.Le sujet est-il curable ou ré adaptable ?
- 6.Le prononcé d'une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire est-il opportun ?
- 7.Son état de santé est-il compatible avec une incarcération ?
- 8.Le sujet était-il, au moment des faits, atteint d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant soit aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, soit altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes (article 122-1 du code pénal) ?
- 9.Le sujet relève-t-il d'un placement d'office ?

Rappelons que :

- Le secret professionnel ne peut être opposé, sauf motif légitime, pour refuser de répondre à la présente réquisition.
- Le fait de s'abstenir de répondre dans les meilleurs délais à la présente réquisition est puni d'une amende de 3750 euros. Les personnes morales en sont responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal.
- Le destinataire de la présente réquisition est dépositaire d'une information protégée par le secret de l'enquête judiciaire, dont la révélation est réprimée par l'article 434-7-2 du code pénal.

ENVOI DE LA RÉQUISITION :
Remise en main propre.

RETOUR DE LA RÉQUISITION :

Envoi par courrier : XX
Envoi par Fax : XXX
Remise en main propre.

La personne requise L'Officier de Police Judiciaire

PERSONNE RÉCEPTIONNANT LA RÉQUISITION : _____

DÉCLARATION CONCERNANT LA RÉQUISITION :

- () Accepte la mission et ne prête pas serment (art.157 CPP)
- () Accepte la mission et prête serment d'apporter son concours à la justice en son honneur et conscience.
- () Refuse la mission et prend connaissance des sanctions encourues.(art.R642-1 du CP et 60-1, 60-2 du CPP)

La personne requise

Date & Heure de réception:

Signature:

L'Officier de Police Judiciaire

Le mémoire de frais sera adressé selon les références suivantes :

Destinataire : T.G.I de ☒, Tribunal de Grande Instance de ☒☒☒

Coordonnées de l'OPJ requérant : Adjudant ☒

NOTA : Joindre une copie de la réquisition au mémoire de frais

ANNEXE 17

Modèle de formulaire d'enquête rapide de personnalité²⁷¹⁰

FORMULAIRE D'ENQUÊTE RAPIDE DE PERSONNALITÉ	
PERMANENCE D'ORIENTATION PÉNALE ASSOCIATION _____ ENQUÊTES RAPIDES	TGI de _____
<input type="checkbox"/> M ^{lle} G. S. <input type="checkbox"/> M. C. G. <input type="checkbox"/> M ^{me} O. <input type="checkbox"/> M ^{lle} L. C.	Date : _____ Autorité requérante : _____
Rapport sur les attaches sociales	
Nom : _____ Né le : _____ Fils/Fille de : _____ Domicile : _____	Âge : _____ à _____ Prénom : _____ Nationalité : _____ Chez : _____
Téléphone : _____	
Poursuivi(e) pour : _____ Antécédents judiciaires : _____	
Situation familiale <input type="checkbox"/> célibataire <input type="checkbox"/> marié <input type="checkbox"/> vie maritale <input type="checkbox"/> divorcé <input type="checkbox"/> veuf	
Situation scolaire ou professionnelle	
Ressources	
Compréhension de l'infraction et synthèse de la situation	
Santé : _____	
Propositions	
Origine des données <input type="checkbox"/> entretien avec l'intéressé <input type="checkbox"/> entretien avec la famille <input type="checkbox"/> contact avec l'employeur <input type="checkbox"/> autre	<input type="checkbox"/> foyer-service éducatif <input type="checkbox"/> SPIP/SEAT <input type="checkbox"/> service social <input type="checkbox"/> CAE
Orientation <input type="checkbox"/> Libre <input type="checkbox"/> Mandant de dépôt	<input type="checkbox"/> Contrôle judiciaire <input type="checkbox"/> Juge d'instruction
Signature : _____	

²⁷¹⁰ « La comparution immédiate », Dossier, *AJ pénal* 2011, p 22

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- C. AMBROISE-CASTEROT** et **P. BONFILS**, *Procédure pénale*, PUF, 2011.
- R. BERNARDINI**, *Droit criminel*, Larcier, vol I et II, 2012.
- B. BOULOC**, *Pénologie*, Dalloz, 2011.
- J.M. CARBASSE**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2009.
- G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011.
- C. LABRUSSE-RIOU** et **D. TRUCHET**, sous la dir., *Les grands arrêts de la cour européenne des Droits de l'Homme*, de, PUF, 6^{ème} éd, 2011.
- M.HERZOG-EVANS**, *Droit pénitentiaire*, Dalloz action, 2013.
- M.HERZOG-EVANS**, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz action, 2013.
- Y. JEANCLOS**, *La dimension historique de la peine, 1810-2010*, Economica, 2013.
- R. MERLE** et **A.VITU**, *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 4^{ème} éd, Paris, Cujas, 1981.
- H. OBENDORFF** et **J.**
- ROBERT**, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, textes français et internationaux*, Montchrétien, 9^{ème} éd, 2011.
- J. PRADEL**, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 19^{ème} éd. 2012.
- J. PRADEL**, *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 16^{ème} éd. 2011.
- J. PRADEL**, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2008.
- J. PRADEL**, *Histoire des doctrines pénales*, Que-sais-je ?, PUF, 1991.
- J-F. RENUCCI**, *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, Lgdj, 2012.
- S.GUINCHARD** et **T. DEBARD**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20^{ème} éd. 2013.
- P. RAYNAUD** et **S. RIALS**, sous la dir., *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2008.
- Dalloz édition, *Locution latine juridique*, 2007.
- Avocats, le verbe et la robe*, ouvrage collectif, Prat édition, 2009.

OUVRAGES SPECIALISES

- J.P. ALLINNE** et **M. SOULA**, *Les récidivistes, représentation et traitement de la récidive, XIXe et XXIe siècles*, Presse Universitaire de Rennes, 2010.
- M. ANCEL**, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^{ème} éd. Paris, CUJAS, 1981.
- D. ANDREWS** et **J. BONTA**, *The Psychology Of The Criminal Conduct*, 5^{ème} ed., Lexis-Nexis, 2010.
- J-C. ARCHAMBAULT**, *L'expertise psychiatrique face à la dangerosité et à la récidive des criminels*, Odile Jacob, 2012.
- A. AURET**, **P. BESSOLES**, *Interface cliniques et juridiques*, Presse Universitaire de Grenoble, 2008.
- E. BADINTER**, *Fausse route*, Livre de poche, 2003.
- R. BADINTER**, *Contre la peine de mort*, Fayard, 2008.
- A. BAUER** et **C.SOULLEZ**, *Les fichiers de police et de gendarmerie*, Que sais-je ? Puf 2011.
- A. BAUER** et **C. SOULLEZ**, *Une histoire criminelle de la France*, Odile Jacob, 2012.
- A. BAUER** et **F. FREYNET**, *Vidéosurveillance et vidéoprotection*, Que sais-je ? Puf, 2012.
- C. BECCARIA**, *Des délits et des peines*, Droz, 1965.
- C.BECCARIA**, *Des délits et des peines*, nouvelle éd. par **F. HELIE**, Paris Guillaumin et compagnie, 1856.
- M. BENEZECH**, **C. de BEAUREPAIRE**, **C. KOTTLER**, *Les dangers : De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, John Libbey Eurotext, 2004.
- J. BENTHAM**, *Déontology With An Article On Utilitarianism*, collected works, éd A. Goldworth, Oxford Clarendon Press, 1983, réédition 1992.
- P. BESSOLES**, *Criminalité et récidive*, Presse universitaire de Grenoble, 2007.
- P.BESSOLES**, *Sciences criminelles cliniques*, MJW Fédition, 2009.
- La Bible*, Société Biblique De Genève, 2007.
- A. BONNEVILLE DE MARSANGY**, *De la récidive, ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toutes les infractions pénales*, Paris, Cotillons, 1844.
- J. BOUGRAB**, *Ma république se meurt*, Grasset, 2013

- P. BOURDIEU**, *Esprit d'Etats : genèse et structure du champ bureaucratique*, Actes de la recherche en sciences sociales, vol 96-97, 1993.
- P. BOTTON**, *Moi, ancien détenu, bâtisseur de prisons nouvelles*, Pygmalion, Avr. 2012.
- F. BRIEGEL et M. PORRET**, *Le criminel endurci, récidive et récidiviste du Moyen Âge au XXe siècle*, Genève, Droz, 2006.
- R. CABRILLAC**, *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 2007.
- C. CAMPA**, *Histoire du crime au féminin*, Studyrama, 2010.
- R. CARIO et P. MBANZOULOU** La justice restaurative, une utopie qui marche ? Controverse, 2010.
- G. CASADOMONT et P. PONCELA**, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004.
- R. CASTEL**, *La gestion des risques: de l'anti psychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, les éditions de minuit, 1981.
- R. CASTEL**, *De la dangerosité au risque*, acte de la recherche en science sociale, vol 47 n°1, 1983
- J-P. CERE et C.E.A JAPIASSU.**, *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Dalloz, 2^{ème} éd, 2011.
- A. CHAUVENET**, *La violence carcérale en question*, PUF 2008.
- F. COLLARD**, *Le crime de poison au Moyen Âge*, PUF, 2003.
- P. COPPENS**, *Norme et fonction de juger*, LGDJ, Bruyant, 1998.
- J-C. CROCQ**, *Le guide des infractions*, Guide Dalloz, 2012.
- M. CUSSON**, *L'art de la sécurité : ce que l'histoire de la criminologie nous enseigne*, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, 2011.
- M. CUSSON**, *Pourquoi punir ?* Dalloz, 1987.
- J. DANET**, *Défendre, pour une défense pénale critique*, 2^{ème} éd Dalloz, 2004.
- C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J-M. LABADIE, P. ALVARO, PIRES**, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, volume 1 et 2, Larcier, 2008.
- C. DEBUYT**, *Effet de criminologie clinique, entre psychologie et justice pénale*, La notion de dangerosité, Édition Larcier, 2009.
- A. DELVINCOURT**, *La lutte contre la criminalité dans les temps modernes*, Bibliobazaar, 2008.
- B. DREYFUS**, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'harmattan, 2010.
- E. DUBOURG**, *Aménager la fin de la peine*, L'harmattan, 2008.

- J. DUFLO et E. MARTIN** (Dir.), *Traité pratique de l'application des peines*, Berger-Levrault, Sofiac, 2010.
- F. EWALD, C. GOLLIER, N. SADELEER**, *Le principe de précaution*, Que sais-je ? 2008.
- S.FARRALL and A.CALVERLEY**, *Understanding Desistance From Crime, Theoretical Directions in Resettlement and Rehabilitation*, Open University Press, London, 2006.
- G. FENECH**, *Criminels récidivistes, peut-on les laisser sortir ?*, L'archipel, 2009.
- T. FIUTAK**, *Le médiateur dans l'arène, réflexion sur l'art de la médiation*, édition Erès, 2014
- M. FOUCAULT**, *Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975.
- M. FOUCAULT**, *Les anormaux. Cours au collège de France*. Paris, Gallimard, 1999.
- N. FRICERO** (dir.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, Guides Dalloz, 2015.
- J. FROMGET et C. GAFFURI**, *L'accueil des détenus dans les prisons françaises*, L'Harmattan, 2011.
- J-F. GALL**, « Sur les fonctions du cerveau et sur les fonctions de chacune de ses parties », Paris, Boucher, 1922
- C. GAUVARD**, *Violence et ordre public au Moyen Âge*, Paris, Picard, 2005.
- P. GERARD, F.OST, M.VAN DE KERCHOVE**, *Actualité de la pensée juridique de J.Bentham*, Publication des Fac. St Louis, 1987.
- E. GILARDEAU**, *A l'aube du droit pénal utilitaire*, L'Harmattan, 2011.
- P. GLAUDES**, *Joseph de Maistre: Œuvres*, Robert Laffont, 2007.
- N. GONTHIER**, *Le châtement du crime au Moyen Âge*, Rennes, 1998.
- S. HADDAD**, *Les femmes tuent aussi*, city édition 2011.
- P. HEBBERECH et F. SACK**, *La prévention de la délinquance en Europe, Nouvelles stratégies*, L'Harmattan, 1997.
- C.HEMEL**, *Philosophy Of Natural Science*, Englewood Cliffs, Prentic-Hall, 1966.
- M. HERZOG-EVANS**, *Moderniser la probation française, un défi à relever!*, L'Harmattan, 2013.
- E. HOUITTE DE LA CHESNAIS**, *Les réformes pénales de 1885 : Loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes*, Paris, 2008.
- V.HUGO**, *Actes et Paroles*, Œuvres complètes XII, 1841-1851, Paris, J.GIRARD et Cie éditeurs
- V. HUGO**, *Les misérables*, Paris,1862.

- S. JACOPIN**, *Le renouveau de la sanction pénale : évolution ou révolution ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- Y. JEANCLOS**, *La justice pénale en France, dimension historique et européenne*, Dalloz, 2011.
- E. KANT**, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, 2^{ème} éd, Paris, Librairie Vrin 1979.
- G. KELLENS**, *La mesure de la peine*, Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales, Liège, 1991.
- A. KENSEY**, *Prison et récidive, des peines de plus en plus longues, la société est- elle vraiment protégée?*, PUF, 2007.
- A. KOESTLER et A. CAMUS**, *Réflexion sur la peine capitale*, Gallimard, 2002, réédition de 1957.
- M. LANDRY**, *Le psychiatre au tribunal, le procès de l'expertise psychiatrique en justice pénale*, Toulouse, Privat, EPPSOS, 1976.
- J. LEAUTE**, *Les prisons*, PUF, Que sais-je ?, 1990.
- O. LECLERC**, « Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science », *LGDJ*, 2005.
- G. LEVASSEUR**, *Les délinquants anormaux mentaux*, Publications du centre d'Études de Défense Sociale, Cujas, Paris, 1959.
- V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI** (dir), *Droit pénal le temps des réformes*, Litec, 2011.
- E. Mc LAUGHLIN**, *The Sage Dictionary Of Criminology*, J.Muncie, London, 2005.
- F. Mc NEIL and B. WEAVER**, *Changing Lives? Desistance Research And Offender Management*, Scottish Center For Crime And Justice Research, Glasgow, 2010.
- M. MOHAMMED**, dir., *Les sorties de délinquance, Théories, méthodes, enquêtes*, La découverte, mars 2012.
- MONTESQUIEU** (C.-L de Secondat, Baron), *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, Œuvres complètes, Gallimard, Vol2, 1951.
- L. MUCCHIELLI** (dir), *Histoire de la criminologie française*, PUF, 1994.
- J. ORTOLAN**, *Eléments de droit pénal*, 5^{ème} éd, E.Plon-nourrit, 1886.
- B. PAILLARD**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, 2007.
- J-G. PETIT**, *Ces peines obscures, la prison pénale en France (1780-1875)*, Fayard, 1990.
- B. PIGE**, *Management et contrôle de gestion*, Nathan, 2008.
- T. PIKETTY**, *Le capital au XIXème siècle*, Seuil, 2013.

- PLATON**, *Protagoras*, œuvres complètes, Paris, Les belles lettres, 1984.
- S. PLAWSKI**, *Droit pénitentiaire*, Presses universitaires de Lille, 1977.
- P. PONCELA**, *Droit de la peine*, PUF, 1995, 2^{ème} éd. 2001.
- K.POPPER**, *Conjectures et réfutations*, Paris, Payot, 1985.
- S. PORTELLI**, *Récidivistes, Chronique de l'humanité ordinaire*, Grasset, 2008.
- A. PRINS**, *La défense sociale et les transformations du droit social*, Bruxelles, éd Misch et Thron, 1910.
- A. PRINS**, *Science pénale et droit positif*, E. Bruylant, 1899.
- J-G. PETIT**, *Ces peines obscures, la prison pénale en France 1780-1875*, Fayard, 1990.
- M. PIERRE**, *Le Dernier exil : histoire des bagnes et des forçats*, Gallimard, 1989.
- P. PINEL**, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*, Paris, Richard, Caille et Ravier, libraires, 1801.
- J. REINACH**, *Les récidivistes*, Paris, 1882.
- J-F. RENUCCI et C.COURTIN**, *Droit pénal des mineurs*, Que sais-je ? Paris, PUF, 2001.
- J.J ROUSSEAU**, *Du contrat social*, 1762.
- F.SAINT-PIERRE**, *Le guide de la défense pénale*, Guide Dalloz 7^{ème} éd, 2014.
- D. SALAS**, *La justice dévoyée, critique des utopies sécuritaires*, Les arènes, 2012.
- B. SCHNAPPER**, *La récidive, une obsession créatrice au XIXe siècle*, Paris, PUF, 1983.
- B. SCHNAPPER**, *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, PUF, 1991.
- A. SMITH**, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV, ch. 2, éd. Flammarion, 1991, tome II.
- G. SORTAIS**, *Précis de philosophie scientifique et de philosophie morale : conforme au dernier programme des classes de mathématiques A et B*, P.Lethielleux, 1905.
- B. SURIG**, *Une psy à la prison de Fresnes*, les éditions Demos, 2008.
- STENDHAL**, *Le rouge et le noir*, Frimi-Didot, Paris, 1967.
- Y.STRICKLER**, *Médiation et réparation pénale en Alsace*, presses universitaires de Strasbourg, 2004.
- A. TIRAQUEAU et A. LAINGUI**, *De poenis temperandis de Tiraqueau :1559*, Paris economica,1986.
- J-A. TOURNERIE**, *Criminels et vagabonds au siècle des lumières*, Paris : Imago, 1997.
- E. UMBERTO**, *Le nom de la rose (Il nome della rosa)* 1980, LGF, trad. Jean-Noel-Schifano,1990.

- M. VAN DE KERCHOVE**, *Le droit sans peine, aspect de la dépenalisation en Belgique et aux Etats Unis*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987.
- M. VAN DE KERCHOVE**, *Quand dire c'est punir*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005.
- M. VAN DE KERCHOVE**, *Sens et non-sens de la peine entre mythe et mystification*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009.
- A.VARINARD**, *Politique criminelle et tendances de la législation pénale française contemporaine, Déviance et société*, Genève, 1983, Vol7.
- V. VASSEUR**, *Médecin-chef à la prison de la santé*, LGF, 2001.
- V. VASSEUR** et **G. MOUESCA**, *La prison doit changer, la prison va changer*, Flammarion, nov 2011.
- R. VERDIER**, *Contribution de l'ethnologie ou problème de la rétribution*, Paris, PUF, 1983.
- B. VERGES-CHAIGNON**, *Vichy en prison. Les épurer à Fresnes après la libération*, Gallimard, 2006.
- F. VIDOCQ**, *Mémoires de Vidocq, chef de la police de Sûreté, jusqu'en 1827*, éd. Tenon, Paris, 1829.
- J-C VIMONT**, *L'observation des relégués en France (1947-1970)*, Droz, Vol13, N°1, 2009
- G. VINEY** et **P. KOURILSKY**, *Le principe de précaution. Rapport, la documentation française*, Odile Jacob, 2000.
- VOLTAIRE**, *Relation de la mort du Chevalier de la Barre à Mr le Marquis DE BECCARIA*, 1766.
- D. WELZER-LANG** et **P.CASTEX**, *Comparution immédiate : quelle justice ? Regard citoyen sur une justice du quotidien*, Observatoire des comparutions immédiates, Ligue des droits de l'Homme de Toulouse, Erès, 2012.
- Lord WOOLF**, *Access To Justice: Final Report*, London, the Stationery Office, 1996.

THESES

- C. AYMARD**, *La profession du crime*, Th., Paris, 1905.
- G.BESSIERE**, *La loi pénale et les délinquants d'habitude incorrigibles*, Th., Paris, 1898.
- J. BOURDIN**, *Des moyens de prouver la récidive. Casier judiciaire*, Th., Bordeaux, 1905.
- G. IRADJ**, *La tutelle pénale : prononcé et modalités d'application*, Th., Grenoble, 1976.

- M-L LEROY**, *Félicité publique et droits de l'individu dans l'utilitarisme de Jérémy Bentham*, Th. philosophie, Lille, 2003.
- L. PIGNON**, *Droit Romain de la déportation et de la relégation à Rome, Droit Français de la relégation des récidivistes (nature et effets)*, Th., Paris, 1886.
- C. PORTAIS.**, *Sous l'emprise de la folie. La restriction du champ de l'irresponsabilité psychiatrique en France (1950-2007)*, Th., Paris, Ecole des hautes études en sciences sociales, 2011.
- A. PRINS**, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Th., 1910.
- J-L. SANCHEZ**, *La relégation des récidivistes en Guyane française*, Th., 2009.
- A. TIXIER**, *La preuve de la récidive*, Th., Paris, 1912.
- C. GATTO**, *Le pardon en droit pénal*, Th., Nice, 2012.

ETUDES DOCTRINALES :

- E. ALLAIN**, « Lutte contre la récidive : les autres propositions », *AJ pénal*, 2013, p.122.
- A. AUBERT et E. COUDRET**, « Prédicibilité du comportement : neuro-science et neuro-mythe », *AJ pénal* 2012, p.80.
- L. AUBERT**, « Appréhension systématique des phénomènes de délinquance et troisième voie: les dilemmes d'un parquet divisé », *Champ pénal*, vol VI, 2009.
- C. AMBROISE –CASTEROT**, « Arrestation », *Rep Dalloz*, 2006.
- G.ACCOMANDO et C. GUERY**, « Les limites du traitement à grande vitesse des affaires pénales », *Gaz. Pal.* 1997, Chron.p.446.
- K.ADLER**, « Tours et détours du détecteur de mensonges », *La recherche*, n°8, 2002, hors-série, p.60.
- J. ALIX**, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.*2011, p.1699.
- F.ALT-MAES**, « La contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ? »; *RSC* 2001, p.50.
- M. ANCEL**, « La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale », *RSC*, 1973,n°190,p.193.
- M. ANCEL**, « L'examen de conscience de la défense sociale nouvelle, le problème du traitement du délinquant », *RSC* 1978, p.945.
- D. ANDREWS et J. BONTA**, *The Psychology Of The Criminal Conduct*, 5ème ed., *Lexis-Nexis*, 2010.

- L. ASCENSI**, « L'accès de l'avocat aux pièces du dossier pendant la garde à vue », *AJ pénal* 2013, p.50.
- C. ATIAS**, « Une menace de perdition du judiciaire », *D.*2013, p.1232.
- L. AUBERT**, « Appréhension systématique des phénomènes de délinquance et troisième voie: les dilemmes d'un parquet divisé », *Champ pénal*, vol VI, 2009.
- BASTARD et C. MOUHANNA**, « Une justice dans l'urgence. Le traitement en temps réel des affaires pénales », *Droit et justice*, 2007, PUF, p.195.
- G. BEGRANGER**, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ pénal* 2014, p. 176.
- G. BEGRANGER**, « Vers la compétence nationale des officiers de police judiciaire », *AJ pénal*, 2013, p.384.
- L. BEN KEMOUN**, « Modeste propositions pour limiter la détention provisoire, cette autre addiction française », *D.* 2013, p.1079.
- J. BERNAT DE CELIS**, « Le débat américain sur la politique de *sentencing* : 10 années de combat », *RSC*, 1982, p.543.
- A. BEZIZ-AYACHE**, « Les frontières de la sanction pénale », *RPDP*, n°1, 2011, p.119.
- N.BISHOP et O.MARTINEAU**, « L'évaluation des programmes suédois de prévention de la récidive : travaux en cours », *AJ pénal* 2013, p.199.
- D. BLANC**, « Loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive », *AJ pénal*, 2007, p.352.
- A. BLANC et J. DANET**, « Loi du 17 juin 1998, l'obligation de soins, 10 ans après », *AJ pénal*, 2009, p.53.
- G.BLANC**, « La médiation pénale, commentaire de l'article 6 de la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale », *JCP G*, 1994, I, 3760.
- P. BONFILS**, « La lutte contre la cybercriminalité », *Chro. Lég.*, *RSC* avr/juin 2011, p.440.
- P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE**, « Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard », *AJ pénal*, 2009, p.9.
- A. BOTTON**, « Examen de la proposition d'octroi à la victime d'un droit de récusation des jurés d'assises », *D.*2010, p.517.
- J. BOUDOT et B. GRAZZINI**, « La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique », *AJ pénal*, 2012, p.512.
- R. BOUVET, M. ABONDO, M.LE GUET**, « Mission et statut du médecin coordinateur dans l'injonction de soins. Bilan et perspective 15 ans après la loi du 17 juin 1998 », *AJ Pénal*, 2014, p.275.
- J-C BOUVIER**, « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal*, 2013, p.132.

- BOUVIER** et **VOGELWEITH**, « La situation du TGI de Bobigny : un tribunal victime de mauvais traitement en temps réel », *Justice*, juill. 2004, n° 179, p.7-10.
- B. BRAHMY**, « Psychiatrie et prison : constats et recommandations », *AJ Pénal* 2004, p.315.
- V. BROCHIER** et **LEE**, « À propos d'une disposition oubliée : l'article 706-106 du code de procédure pénale », *AJ pénal*, 2009, p.447.
- C. Butruille-Cardew**, « Le droit de la famille collaboratif (*Collaborative Law*) » *AJ Famille* 2007 p. 29.
- J-P. CARREZ**, « La Salpêtrière de Paris sous l'Ancien Régime : lieu d'exclusion et de punition pour femmes », 2008, <http://criminocorpus.revues.org/264>
- R.CARIO**, « Les rencontres restauratives en matière pénale : de la théorie à l'expérimentation des RDV », *AJ pénal*, 2011, p.294.
- R. CARIO**, « Justice restaurative », *Rép. Dr. Pén.* Dalloz, mars 2010, p.8.
- R.CARIO**, « Victimes d'infraction », *Rép. Dr. Pén.*, Dalloz, sept 2007, p.38.
- M-E CARTIER**, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale », *RGDP*, 1998, p.1.
- J.CASTAIGNED**, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999, p.23.
- T.CASSUTO**, « Les nouveaux dispositifs législatifs de l'Union Européenne en faveur des victimes de la criminalité », Dossier la loi du 5 août 2013, *D.*2013, p.534.
- J-P CERE**, « L'appréciation in concreto de la conventionnalité de la rétention de sûreté », CEDH, 21 oct. 2010 n° 24478/03, *GROSSKOPF c/ Allemagne*, *AJ pénal* 2011, p.45.
- J-P. CERE**, « La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2012, p.533.
- P. CHARIOT, H.BRIFA et A.LEPRESTE**, « L'intervention du médecin en garde à vue : contenu du certificat médical et de ses à – cotés », *AJ pénal*, oct.2012, p.525.
- A.COCHÉ**, « Le comité de réflexion sur la justice pénale ou les droits perdus du justiciable ? » *D.* 2009, p. 2769.
- A.COCHÉ**, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RCS.* 2011, p.21.
- M. CUSSON**, «Le sens de la peine et la rétribution », *RICPTS*, 1985 n°3 p.271-285.
- V.DANDONNEAU**, « Retour sur une expérimentation européenne de médiation pénale post-sententielle », *AJ pénal* 2011, p.225.
- J. DANET**, « La dangerosité, une notion séculaire et mutante », *Champ pénal*, vol V, 2008, p.23.
- J. DANET**, « Défendre, pour une défense pénale critique », 2ème éd *Dalloz*, 20040

- J. DANET et C. SAAS**, « Le fou et sa dangerosité un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007, p.779.
- J.DANET**, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC*, 2010 p.49.
- J. DELAGE**, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC*, 2007, p.797.
- Y. DESFORGES**, « L'évolution de l'administration de la preuve pénale face aux défis scientifiques, le point de vue du policier », *AJ pénal*, 2014, p. 56.
- F. DESPREZ**, « Accès au dossier lors de la garde à vue : le risque d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2012, p.2640.
- S.DETRAZ**, « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC*, 2008, p.41.
- B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE**, « Adieu au régime progressif », *Rev. Pén.*, 1976, p. 279.
- P. De COMBLE de NAYVES et E. MERCINIER**, « Comparution immédiates : la défense in situ », *AJ pénal*, 2011, p.18.
- H.DUMONT**, « Chronique canadienne : une décennie de populisme pénal et de contre-réformes en matière punitive au Canada », *RSC*, mars 2011, p. 239.
- F. FIECHTER-BOULVARD**, « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ pénal* 2012, p.67.
- S. FIELD**, « La politique pénale en Angleterre et au Pays de Galles : formation et responsabilité », *AJ pénal* 2012, p. 455.
- C. FLEURIOT**, « Semi-liberté : une prise en charge individualisée illusoire », *D.* 2012, p.2522.
- C.FLEURIOT**, « Collégialité de l'instruction : présentation du futur projet de loi », *D.*2013, p. 1551.
- M. FOESSEL**, « L'Etat de Nicolas Sarkozy, propos recueillis après un entretien avec M. Delmas-Marty », *Revue Esprit* mars/ avril 2010.
- C. FOUCHARD**, « Décès violents de détenus en prison, les évolutions récentes de la responsabilité de l'État », *AJDA*, 2011.142,
- M-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD**, « L'expertise », *Dalloz*, 1995, p 19 et 29.
- M-A. FRISON ROCHE et D. MAZEAUD**, « L'expertise, la procédure de l'expertise », *Dalloz*, 1995, p. 87.
- V. GAUTRON, A. KENSEY, Y. GUILLAUME, J-L.SENON**, « Loi du 17 juin 1998 : l'obligation de soin : 10 ans après, *AJ pénal* 2009, Dossier, p 53 et s.
- V. GAUTRON**, « Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *AJ pénal*, 2007, p. 205.

- C. GAYET**, « Citoyen assesseurs : remise d'un rapport critique sur l'expérimentation, *D.*2013, p. 641.
- M. GIRARD**, « Expertises médicales : questions et...réponses sur l'imputabilité médicamenteuse, Dalloz, 2001, p.1251.
- C. GIUDICELLI**, « La direction de l'enquête pénale, regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales, *AJ pénal* 2008, p. 439.
- C. GIUDICELLI**, « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ pénal*, 2009, p.68.
- M. GUERRIN**, « Les principales causes de nullité de l'audience pénale, *AP pénal*, 2008, p.181.
- C. GUERY**, « Définir ou balayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal*, 2010, p.126.
- P. GOSSEYE**, « La mise en œuvre de la médiation pénale par l'Association Béarnaise de contrôle judiciaire de Pau », *AJ pénal*, 2011, p. 221.
- L.GRIFFON-YARZA**, « La liberté sous contrainte, nouvel oxymore juridique », *AJ pénal*, 2015, p. 80.
- D.GRUBIN**, « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », *AJ pénal*, 2012, p. 622.
- H. HEDHILI**, « Regard sur l'histoire pénitentiaire française et ses institutions depuis le XIX^e siècle », *Rev.de dr. pén.*, 2011, p.31.
- M.HARAVON**, « Tolérance zéro: où est le tout carcéral en Angleterre et aux Etats-Unis ? », *D.*2013, p.2235.
- P. HENNION-JACQUET**, « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux », *RDSS.* 2009, p. 509.
- M. HERZOG-EVANS**, « Récidive : surveiller et punir plus plutôt que de prévenir et guérir », *AJ pénal* 2005, p 305.
- M. HERZOG-EVANS**, « Le placement sous surveillance électronique mobile : après le conseil constitutionnel, la validation par le conseil d'Etat », *AJ pénal*, 2008, p.131.
- M. HERZOG-EVANS**, « La nouvelle rétention de sûreté : éléments d'analyse », *AJ pénal*, 2008, p.161.
- M. HERZOG-EVANS**, « Loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *D.*, 2010, p.31.
- M.HERZOG-EVANS**, « La loi récidive III : extension et aggravation de la probation obligatoire », *D.*2010, p. 1428.
- M.HERZOG-EVANS**, « Libération conditionnelle, libération conditionnelle parentale, État de récidive et charge de travail des SPIP », *AJ pénal*, 2011, p. 42.

- M. HERZOG-EVANS**, « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine », *D.* 2011, p.3016.
- M. HERZOG-EVANS**, « Prison : la France à nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal*, 2011, p. 88.
- M. HERZOG-EVANS**, « Les décrets de la partie application des peines de la loi pénitentiaire : déjuridictionnalisation forcenée et maquis processuel, *AJ pénal*, 2011, p. 160.
- M.HERZOG-EVANS**, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique, *AJ pénal*, 2012, p. 75.
- M. HERZOG-EVANS**, « Exécution des peines, délinquants sexuels et positionnement en tout fait : enjeux juridiques et criminologiques », *AJ pénal*, 2012, p. 632.
- M. HERZOG-EVANS**, « La libération conditionnelle », *Rép.dr.pén*, mars 2012.
- M HERZOG-EVANS**, « La transformation d'une semi-liberté probatoire en un PSES probatoire à la libération conditionnelle », *AJ pénal*, 2012, p. 491.
- M.HERZOG-EVANS** , « Droit pénitentiaire », *Dalloz action*, 2013, n°003.41, p.17.
- M. HERZOG EVANS** , « *All hands on deck*, remettre le travail en partenariat au centre de la probation », *AJ pénal*, 2013, p.139.
- M.HERZOG-EVANS**, « Aspects pratiques de la procédure disciplinaire pénitentiaire en France », *AJ pénal*, 2013, p. 660.
- M. HERZOG-EVANS**, « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.*, 2013 p 720.
- M.HERZOG-EVANS**, « Violences dite « domestiques » : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement, Dossier Les violences familiales », *AJ pénal*, 2014, p.207.
- A.JACQUEMET**, « Le dispositif de prévention de la corruption », *AJ pénal*, 2013, p. 78.
- H.JUNG et A.MORSCH**, « Egalité, diversité, complexité : la politique criminelle en Allemagne », *AJ pénal*, 2012, p 459.
- M. KALUSZYNSKI**, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexion sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal*, Vol.V, oct. 2008.
- D.KAMINSKI**, « Criminologie plurielle et pourtant singulière », *RSC.*, 2011, p. 475.
- B.GUERY**, « Comparution immédiate », *Rep. de dr.pén. Dalloz*, mars 2013.
- C.GUERY**, « Le renvoi aux fins de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *AJ pénal*, 2013, p86.
- B. DE LAMY**, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *RSC.*, 2009, p166.
- F. LABRUNYE**, « Sécurité publique et proximité », *Revue de la gendarmerie nationale*, Avril 2010, p. 7.

- P. LARRIEU**, « La réception des neurosciences par le droit », *AJ pénal*, 2011, p.231.
- J. LASSERRE CAPDEVILLE**, « Précision sur le régime de la détention provisoire en matière de comparution immédiate », *AJ pénal*, 2012, p. 486.
- A. LAQUERRIERE-LACROIX**, « L'évolution des frontières du droit pénal, jalons historiques », *Rev. de dr. pén.*, 2011, n°1, p. 71.
- C. LAZERGES**, « Lecture du rapport Varinard », *RSC*, 2009, p. 226.
- C.LAZERGES**, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil Constitutionnel », *RSC.*, 2008 p.731.
- C. LAZERGES**, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC.*, 2008, p. 200.
- C. LAZERGES**, « Médiation pénale, justice pénale est politique criminelle », *RSC.*, 1997, p.186.
- C. LAZERGES**, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC.*, 1991, p. 414.
- C. LAZERGUES**, « Essai de classification des procédures de médiation », *Arch. Pol. Crim.*, n°14, p.18.
- C.LAZREGUES**, « Politique criminelle et droits de la pédophilie », *RSC.*, 2010, p 725.
- T.LEBECHOT**, « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ pénal*, 2011, p. 216.
- J. LEBLOIS-HAPPE**, « Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung: les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ Pénal*, 2008 p. 209.
- A. LE GRAS**, « L'injonction thérapeutique entre les mains du parquet : quel cadre d'intervention ? », *AJ pénal*, 2013, n°329.
- D. LEMARCHAL**, « Procès, exécution des peines : la nouvelle place de la victime », *AJ pénal*, n°9,2008, p. 349.
- V. LESCLOUS**, « Un an de droit de la garde à vue 1er juin 2010 au 1er juin 2011 », *Dr. pén.* sept 2011, chron.p7.
- G. LEVASSEUR**, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *RSC*, 1991, p.9.
- F. LUDWICZAK**, « Essai de conceptualisation nouvelle d'une notion ancienne : la récidive », *Rev.de dr.Pén.*, 2009, p.305.
- P.LYON-CAEN**, « Action publique, Vers un parquet indépendant ? », *D.*, 2013, p. 1359.
- P. LYON-CAEN**, « Vers un parquet indépendant ? », *D.*, 2013, p.1359.
- P. MAISTRE du CHAMBON**, « Les auxiliaires obligés », *RPDP*, 2006, p. 5
- C.MARIE**, « La montée en puissance de l'enquête », *AJ pénal*, 2004, p. 221.

- J-F. MARMION**, « Les grands dossiers des sciences humaines », n°28 sept, oct-nov 2012, p.26.
- O. MARTINEAU**, « Circulaire du 19 septembre 2012 », *D.*, 2013, 2176.
- H.MATSOPOULOU**, « la loi réformant la garde à vue est publié », *JCP.*, 2011, n°17, 482.
- H. MATSOPOULOU**, « Le renouveau des mesures de sûreté », *Recueil Dalloz*, 2007, p.1607.
- E.MAUREL**, « le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », *AJ pénal*, 2011, p.219.
- C. MAURO**, « Quelle politique pénale en Italie ? », *AJ pénal*, 2012, p. 452.
- C. McDOUGALL, D. PERSON, H.WILOUGHBY, R.A. BOWLES**, « Projet d'évaluation du risque basé sur l'observation des détenus (ADViSOR) », *AJ pénal*, 2013, p.204.
- C. MIANSONI**, « L'initiative du placement en garde à vue », *AJ pénal*, 2012, p. 517.
- C. MIANSONI**, « Politique pénale et management des juridictions ou la politique pénale comme composante du projet de juridiction », *AJ pénal*, 2012, p. 449.
- C. MIANSONI**, « Le procureur de la République dirige-t-il la police judiciaire ? », *AJ pénal*, 2013, p. 374.
- C.MICHAUD et M. TINEL**, « L'emprise de la victime sur l'application de la peine privative de liberté », *Rev.de dr. pén.*, n°1, 2011, p. 9.
- 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 », *JCPG*, n°9-10, p. 5.
- D. MONDON**, « Pour une analyse systémique de la politique pénale ? », *AJ pénal*, sept 2012, p.442.
- C. MOUHANNA**, « Les limites effectives du pouvoir du parquet sur la police », *AJ pénal*, 2013, p. 388.
- G. PARIENTE**, « Dangerosité, *Journal français de la psychiatrie* », 2004/3, n° 23, p. 20
- E. PECHILLON**, « Référé-suspension en matière de fouille, Exécution des peines », *Panorama, D.* 2013, p. 1305.
- E. PECHILLON**, « Règlement intérieur type des établissements pénitentiaires : une réforme décrétable anachronique ? », *AJ pénal*, 2013, p. 304.
- X.PEREZ LOPEZ**, « La géolocalisation et la preuve pénale », *AJ pénal*, 2014, p.67.
- X. PIN**, « Politique criminelle et frontière du droit pénal : enjeux et perspectives, *Rev.pén.*, n°1 janv-mars 2011, p. 83.

- J. PINATEL**, « Philosophie carcérale, technologie politique et criminologique clinique », *RSC.*, 1975, p. 753.
- S. PLAWSKI**, « 20 propositions de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *JCPG*, n°9-10, p. 5.
- P.PONCELA**, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *Archives de philosophie du droit*, 1981, n°26, p.59-71.
- J PRADEL**, « La loi du 2 février 1981 dite Sécurité et liberté » *D.*, 1981, chron., p101.
- J. PRADEL**, « La responsabilité pénale des experts judiciaires », *RSC.*, 1986, p. 247.
- J. PRADEL**, « Une consécration du « plea- bargaining » française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.*, 1999, p. 379.
- J. PRADEL**, « Vers un « Aggriornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G*, 2004, I.p. 132.
- J. PRADEL** « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.*, 2008, p. 1000.
- J. PRADEL**, « Faut-il supprimer les instructions pénales individuelles du garde des Sceaux au parquet ? À propos du projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 4 juin 2013 », *D.*, 2013, p. 1361.
- J. PRADEL** « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D.*, 2013, p. 725.
- J. PRADEL**, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? » *D.*, 2014, p. 1647.
- F. POINSIGNON**, « Retrait de crédit de réduction de peine par le JAP : mode(s) d'emploi ? », *AJ pénal*, 2013, p.28.
- P. PONCELA**, « La crise du logement, *RSC*, 2008, p.9720.
- C. PORTERON**, « Garde à vue : une circulaire qui ne méconnaît pas les droits de la défense, *AJ pénal*, 2013, p. 105.
- C. POUTET**, « L'activité pénale des parquets en 2007 », *infostat justice*, n° 101, avr. 2008.
- L. PRIOU-ALIBERT**, « Prison et troubles mentaux: constat alarmant et perspectives d'évolution. Rapport sur la responsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux, *Dalloz actualité* ,19 mai 2010.
- M. QUEMENER**, « circulaire sur la géolocalisation : quels enjeux ? » *D.*, 2014, p. 1088.
- P. RAYNOR, P.UGWUDIKE, M.VANSTONE**, « Une checklist permettant d'évaluer les techniques d'entretien individuel dans la probation », *AJ pénal* 2014, p. 226.
- J-H. SYR**, « Punir et réhabiliter », *Economica* ,1990 ; p. 101.

- M-H. RENAUT**, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive, de la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », *RSC*, 2000, p.319.
- C. RENAUD-DUPARC**, « Petits arrangements de la Cour européenne des droits de l'homme avec l'exigence de motivation », *AJ pénal*, 2013, p. 3360.
- M. RENNEVILLE**, « Le criminel né : imposture ou réalité ? », *Archives d'anthropologie criminelle*, Criminocorpus, revue hypermédia, <http://criminocorpus.revue.org/127>
- J-F. RENUCCI**, « Mise au point européenne sur la motivation des arrêts d'assises », *D.*, 2013, p.615.
- J-F RENUCCI**, « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *D.*, 2009, p. 600.
- F. RENUCCI, N.FRICERO et Y.STRICKLER**, « L'arrêt pilote au service des droits de l'homme », *D.*, Panorama, 2013, p.201.
- P. REVIRON**, « L'ADN : la preuve parfaite ? », *AJ pénal*, nov.2012, p. 590.
- C. RIBEYRE**, « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », *Juris.Class*, juil- Aout 2011, p. 8.
- J-H, ROBERT**, « Le plancher et le thérapeute : commentaire de la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive », *Dr.pén.*, 2007, p.6.
- F. RODRIGUES**, « Les bases de données en gendarmerie, utilisation et gestion des fichiers informatiques », *Gend'Info* n°331, nov. 2010, p. 24.
- J-J.ROUSSEAU**, « L'application dans le temps de la loi du 25 février 2008 relative à l'irresponsabilité pour cause de trouble mental », *Dr.pén*, 2009, p.5.
- G. ROUSSEL**, « Le rattachement de services de police judiciaire au ministère de la justice », *AJ pénal* 2013, p. 378.
- C.SAAS**, « Les insuffisances de la procédure de comparution immédiate sur la sellette », *AJ pénal*, 2012, p.476.
- C.SAAS**, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC*, 2004, p. 827.
- C. SAAS**, « Défendre en garde à vue : une révolution ...de papier ? », *AJ pénal*, 2010, p.27.
- SCPN** (syndicat des commissaires de la police nationale), « Police judiciaire-justice : la complémentarité n'exige pas l'intégration », *AJ pénal*, 2013, p. 381.
- F. SAINT-PIERRE**, « Qu'espérer de la commission Léger ? une réforme d'ampleur de la justice pénale ! », *AJ pénal*, 2009, p. 171.
- F.SAINT-PIERRE**, « Le rôle de l'avocat dans le processus d'élaboration de la jurisprudence », *AJ pénal*, mai 2013, p.263.

- F.SAINT-PIERRE**, « Le guide de la défense pénale », *Guide Dalloz*, 7ème éd 2014, p.619.
- D. SALAS**, « Le nouvel âge de l'erreur judiciaire », *Revue française d'administration publique*, 2008, n° 125 p. 169 à 177.
- S. SLAMA**, « Les travailleurs détenus, des agents publics ? » *D.* 2013, p. 1221.
- E. SENNA**, « Le contrôle général des lieux privatifs de liberté : premier bilan d'activité », *AJ pénal*, 2009, p. 219.
- E. SENNA**, « Le contrôle général des lieux privatifs de liberté. Le temps des propositions de réforme et de sa réforme », *AJ pénal*, 2013, p. 331.
- J.-L. SENON**, « Troubles mentaux et prison », *AJ pénal*, 2007, p. 155.
- M-C.SODINO**, « Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience... ? », *AJ pénal*, 2014, p56.
- S.SONTAG KOENIG**, « Intervention de l'avocat et droits de la défense en garde à vue : quel avenir pour les enregistrements audiovisuel ? » *AJ pénal*, oct.2012, p 527.
- V.TELLIER-CAYROL**, « La récidive : de quelques paradoxes et incohérences », *AJ pénal* 2012, p 64.
- C.STIEVET**, « *When Something Else Works*, perspectives d'amélioration du traitement médical des délinquants sexuels en France à la lumière de l'expérience québécoise », *AJ pénal*, 2012, p 626.
- P V. TOURNIER**, « La contrainte pénale communautaire », *AJ pénal*, 2013 p 127.
- P V. TOURNIER**, « Vers un observatoire national des mesures et sanctions pénales ? », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], *Vie de la recherche*, mis en ligne le 29 janvier 2008, URL : <http://champpenal.revues.org/3373> ; DOI : 10.4000/champpenal.3373
- C. TRIOLLET**, « L'analyse comportementale et le phénomène des tueurs en série », *Revue de la gendarmerie nationale*, sept. 2010, p.89.
- O.VANDERSTUKKEN et T. PHAM**, « Déni chez les auteurs d'agression sexuelle : perspectives théoriques et typologies », *AJ pénal*, 2014, p.288.
- H. VLAMYNCK**, « Droit des étrangers : entre impératif de sécurité et droit à la liberté », *AJ pénal*, 2008, p. 9.
- H.VLAMYNCK**, « La procédure de comparution immédiate : vitesse ou précipitation ? », *AJ pénal*, 2011, p. 10.
- J.WOLFF**, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », *D.* 2005, Chr., p201.
- J-C. ZARKA**, « Politique pénale et action publique : adoption du texte par le Sénat », *D.*2013, p.1837.

TEXTES ET DOCUMENTS OFFICIELS

Politique pénale et action publique : l'indépendance comme fer de lance, Actualité Dalloz.fr, 28 mars 2013.

Proposition de loi N°3132, déposée par C. ESTROSI le 1^{er} février 2011, visant à mieux responsabiliser les délinquants mineurs de plus de Seize ans

Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, 52004DC0334, 30 avril 2004.

Débat à l'Assemblée Nationale sur la loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O. 11 juin 1980.

Débat au Sénat sur la loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, J.O, 6 nov. 1980.

Débat à l'Assemblée Nationale sur la loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, appelée en abrégé Loi sécurité et liberté, J.O., 12 juin 1980.

Chambre des députés, débat, JO 1883,t1, 1^{er} mai 1883, p811.

Textes internationaux

- *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 nov 1950.
- *Convention internationale des droits de l'enfants (CIDE)*, 1990.
- *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789.
- *Constitution française* du 4 oct 1958
- Art 64 de la constitution du 4 oct.1958

Directive européenne

- Directive n°2012/29/UE du 25 oct.2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité.
- Décision cadre de l'Union Européenne du 15 mars 2001 définissant la médiation pénale, impérative depuis le 22 mars 2006, art 1er, 10

Lois nationales

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, J.O.,17 août 2014.

Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, J.O., 15 mars 2011.

Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, J.O. 15 avril 2011

Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et le jugement des mineurs, J.O. 11 août 2011.

Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale. , J.O. 11 mars 2010.

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : *loi pénitentiaire.* , J.O. 25 nov. 2009.

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. , J.O. 26 fev. 2008.

Loi n°2008-644 du 1er juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines. , J.O. 2 juil.2008.

LOI n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, J.O. 6 mars 2007.

Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, J.O.7 mars 2007.

Loi n° 2007- 1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. , J.O. 11 août 2007.

Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales. , J.O. 13 déc. 2005.

Loi n° 2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, J.O., 27 juil. 2005.

Loi n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, J.O. 10 mars 2004

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. , J.O. 10 mars 2004.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. 22 juin 2004

Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O. 7 août 2004.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, J.O.

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, J.O. 10 septembre 2002

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence, J.O.

Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et droits des victimes, , J.O.

Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, J.O. 1 janv. 1997

Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, J.O. 4 janv. 1993

Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. , J.O. 4 janv. 1993

Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. , J.O. 19 mars 2003

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, J.O. 30 juin 1990

Loi n°90-586 du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions, J.O.

Loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, J.O. 3 août 2015

Loi n°77-5 du 3 janv. 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction. , J.O. 4 janv. 1977

Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes, J.O. 28 mai 1885, p. 2721.

Décret

Décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 instaurant le traitement de données à caractère personnel relatif aux antécédent judiciaires.

Décret n° 2009-528 du 11 mai 2009

Décret n°2007-1605 du 13 nov 2007 relatif à la création du juge délégué aux victimes

Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004

Décret n° 2001-583 du 5 juillet 2000 créant le fichier national de police STIC (système de traitement des infractions constatées)

Ordonnance :

Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante

Ordonnance du 2 fév 1945 sur la procédure pénale des mineurs.

Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958

Circulaire

Circulaire du 23 mai 2011 du garde des sceaux adressée aux magistrats du parquet et du siège

Circulaire du 10 novembre 2010 relative à la présentation des dispositions de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 relatives au prononcé des peines et aux aménagements de peines

Circulaire du ministère de la justice du 11 juillet 2001

Circulaire du 19 septembre 2012

Circulaire du 19 mars 1996 : maison de la justice

Circ. 14 mai 1993, n°44 et 99

RAPPORTS ET ETUDES

L. ALBRAND, La prévention du suicide en milieu carcéral, Rapport remis au Garde des Sceaux, Janv. 2009

Analyse criminelle et analyse comportementale : rapport du groupe de travail interministériel, Direction des affaires criminelles et des grâces, juin 2003.

R. BADINTER Commission des lois sur la prévention de la récidive et l'individualisation des peines, 30 avril 2004.

BALIER, Rapport sur l'enjeu de l'expertise pénale, 2002

A. BAUER, C. SOULLEZ, A-M. VENTRE, *Déceler-Etudier-Former : une voie nouvelle pour la recherche stratégique. Rapprocher et mobiliser les institutions publiques chargées de penser la sécurité globale*, Cahier de la sécurité, 20 mars 2008.

D. BOCCON-GIBOD et X. SALVAT, Rapport sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse, Fév 2013

J-M. BOCKEL, Rapport sur la prévention de la délinquance juvénile remis le 3 novembre 2010 à N. Sarkozy

G. CANIVET, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaire*, Rapport au garde des Sceaux, Juil 1999.

V.CARRASCO et O. TIMBART, *Les condamnés de 2007 en État de récidive de réitération*, Infostat justice, Ministère de la justice, n° 108, Paris, 2007.

Ce que la dangerosité fait aux pratiques. Entre soin et peine, une comparaison France-Belgique, Mission de recherche Droit et Justice, Avril 2012

E. CIOTTI, *50 propositions pour une meilleure efficacité de l'exécution des peines*, 7 juin 2011.

- P. CLEMENT**, *Rapport d'information de l'assemblée nationale n° 1718 sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, 4 mars 2004.
- P. CLEMENT**, Rapport établi par la Commission *d'analyse et de suivi de la récidive*, 28 juin 2007
- Conférence de consensus, Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive, Principes d'action et méthodes, Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, Paris, le 20 février 2013
- J.DONZELOT, A. WYVEKENS**, La politique judiciaire de la ville : de la prévention au traitement, les groupes locaux de traitement de la délinquance, Mission de recherche « droit et justice », dec. 1998
- G. DUBRET**, Mission spécifique : *expertise psychiatrique en garde à vue*, Conférence de consensus : intervention du médecin auprès des personnes en garde à vue, ANAES (Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé), Paris, 2 et 3 décembre 2004
- Le fait et le droit, Travaux du Centre National de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1961, p 51.
- J-P GARRAUD**, *Réponses à la dangerosité : rapport sur la dangerosité et la prise en charge des individus*, Octobre 2006
- G.GRUNVALD et J.DANET**, *Une première évaluation de la composition pénale*, rapport, janv 2004
- P- R GONTARD**, Rapport de mission sur les prisons ouvertes, mars 2010.
- H. HAENEL**, « Les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée », rapport d'information du sénat, commission des finance, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation, n° 513, 1998.
- A. KACHOURI**, Rapport, Délinquances, politiques publiques et réponses locales, Dir. G. PERRI, Fondation Gabriel PERRI, Avril 2012
- A. KENSEY et P-V TOURNIER**, Prisonnier du passé ? Cohorte des personnes condamnées, libérées en 1996-1997 : examen de leur casier judiciaire cinq ans après la levée d'écrou (échantillon national aléatoire stratifié selon infraction), Ministère de la justice, direction de l'administration pénitentiaire, travaux et documents, Paris, 2005.
- V. LAMANDA**, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, La Documentation française, 30 mai 2008.
- LEGER**, *Réflexion sur la justice pénale*, 1^{er} sept 2009
- A. MARTORELL**, *L'expertise psychiatrique du sujet en garde à vue, conférence de consensus: intervention du médecin auprès des personnes en garde à vue*, ANAES (Agence -Rapport d'Outreau sur le devoir d'impartialité de l'expert présidé par M. VIOUT remis au ministre de la justice le 8 février 2005

M.MASSE, JP.JEAN, A.GIUDICELLI, Un droit pénal post-moderne ? , Recherche droit et justice, nov.2007

C. MOUHANNA, La coordination des politiques et judiciaires et pénitentiaires. Une analyse des relations entre monde judiciaire et administration pénitentiaire., Recherche réalisée par le CNRS avec le soutien de la mission de recherche « droit et justice », juin 2011.

D.RAIMBOURG et S.HUYGHE, *Rapport d'information au nom de la Commission des lois sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, n°652, 13 sept 2012.

JP.SCHOSTECK et JC CARLE, *Rapport de la commission d'enquête sur la délinquance des mineurs* du 27 juin 2002

J-L. TERRA, *Prévention du suicide des personnes détenues. Évaluation des actions mises en place et proposition pour développer un programme complet de prévention*, Rapport au garde des sceaux, au ministre de la santé, décembre 2003

M. VALDECK-ROUSSEAU et M. FEUILLEE, *Rapport sur le projet de loi relatif à la transportation des récidivistes*, janv 1883

A. VARINARD, *Adapter la justice pénale des mineurs : entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions*, 2009.

Rapport 2011 et 2012 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Rapport de l'administration pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », 20 juillet 2010,

Rapport parlementaire de la commission des lois de l'Assemblée Nationale : *57 propositions pour clarifier le cadre juridique des fichiers*, 24 mars 2009.

Rapport parlementaire de la commission des lois de l'Assemblée Nationale : *57 propositions pour clarifier le cadre juridique des fichiers*, 24 mars 2009

Recherche sur l'évolution de la souffrance psychique liée à la détention, Mission de recherche et de justice, GRESP, dir. E.Archer, juin 2008;

Sanctionner dans le respect des droits de l'homme. I Les droits de l'homme dans la prison, Commission nationale consultative des Droits de l'homme (CNCDH) ; Secrétariat Général du Gouvernement (SGG), 2007

Rapport de la Fédération française de psychiatries, 25 et 26 janvier 2007,

Rapport de la commission d'analyse et de suivi de la récidive, 28 juin 2007

Rapport Magendie sur l'expertise civile, sept 2006

Rapport de l'académie des sciences morales et politiques, 2006

Rapport de la Cour des Comptes sur la « Garde et réinsertion », 2006.

Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant *adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, J-L Warsmann, 15 juin 2005

Rapport du procureur général Burgelin, 2005,

Rapport au premier ministre, pour une meilleure prévention de la récidive, Pierre Cabanel, 1996

ARRETS, NOTES ET OBSERVATIONS

Arrêts de la CEDH

Bernard c/ France, CEDH, 23 avril 1998, req.n° 00022885/93

Pelissier et SASSI, CEDH 25 mars 1999, n°2544-94, §62

Selmouni c/France, 28 juillet 1999 (Grande Chambre), jcp G, 1999, II, 10193 note F. Sudre

Legillon c/France, CEDH 10 janv.2003, n°53406/10 ; D.2013, p615, obs. J-F. Renucci,

Broniowski c/Pologne, CEDH, gde ch. 22 juin 2004, n°31443/96, D.2004, p2542, obs. C.Birsan.

Leger c/ France, CEDH 11 nov. 2006, req. n°193224/02, D 2006, jur 1800,note J-P. Cere,

Frerot c/ France, 12 juin 2007, D 2008, 1016, obs J-P Cere

Kafkaris c/ Chypre,CEDH,12fev.2008,req.n°21906/04, RSC 2008, 700, obs, J-P. Marguenaud

Frerot c/ France, CEDH, 12 juin 2007, AJ pénal 2007, p336, Fouilles intégrales et rétention de correspondance : la France condamnées sur les fondements des articles 3,8,13,6§1, obs.M.Herzog-Evans

Arrêt Medvedyev c/ France, CEDH 10 juillet 2008, Medveyev et autres c/ France,

Renolde c/France, CEDH, 16 oct. 2008, RSC 2009, p173, Du suicide dans les prisons française, obs.J-P.Marguenaud.

Kihder c/ France, 9 juil.2009, JCP G,2010, doctrine 70, F.Sudre ;

Moulin c / France, CEDH, 23 nov. 2010,req. n° 37104/06

Taxquet c/ Belgique, CEDH, gde.ch., 16 nov.2010, n°926/05, D.2010.p2841, obs. O.Bachelet

CEDH, gde ch., 29 mars 2010, req. n° 3394/03, D. 2010, p 1386, obs. J-F. Renucci.

CEDH , Baudoin c/ France, 18 nov 2010, n° 35935/03, AJ pénal 2011, p 144, obs.

E.Pechillon, Contrôle de l'hospitalisation sous contrainte : la cour européenne des droits de l'homme condamne la France du fait des conséquences de son dualisme juridictionnel

EL Shennawy c/ France, 20 janv. 2011, req. n° 51246/08, AJ Pénal 2011. 88, obs. M. Herzog-Evans

CEDH 6 nov. 1980, Guzzardi c/ Italie

G. c/ France, CEDH 23 février 2012, n°27244/09, Aj pénal 2012, p 357

CEDH , 19 juillet 2012, n°38447/09, AJ pénal 2012, p 609, obs. J-P. CERE

CEDH, 8 janvier 2013, n° 43517/09, Torreggiani et autres c/ Italie, AJ pénal 2013, p361, obs. E. Pechillon

AGNELET c/ France CEDH 10 janv. 2013, n°61198/08, obs. J-F. RENUCCI, Mise au point européenne sur la motivation des arrêts d'assises, D.20013, p615

CEDH, 5ème section, 7 mars 2013, n°15598/08 ; D.2013, p 710

CEDH 18 avril.2013, n°19522/09, D.2013, p 1067

VASSIS et autres c/ France, CEDH, 27 juin 2013, req. n° 62736/09 O. Bachelet, Privation de liberté suivie d'une garde à vue : condamnation de la France, D.2013 p 1687

CANALI c/ France, CEDH, 5° section, 25 avr. 2013, n° 40119/09, D.2013, p 1138, obs. M. LENA.

Convention n° 29 de 1930 relative au travail forcé, article 4 de la CEDH

PAYET c/ France, CEDH, 20 janv. 2011, n°19606/08, D.2011, p380, obs. LAVRIC ; COCAIGN c/France, CEDH, 3 nov. 2011, n°32010/07, AJ pénal 2011, p605, obs. J-P.CERE.

Conseil Constitutionnel (decisions, avis, QPC)

Décis. Cons. const. N° 80-127 du 20 janv. 1981

Cons. Const.2 mars 2004, n° 2004-492 DC, D.2004, p2756. Et Cons. Const.2 mars 2004, JCP2004, II 10048, obs. Zarka

QPC n° 2010-80 du 17 déc.2010

QPC n°2011-125 du 6 mai 2011, Dalloz actualité, 18 mai 2011, obs. Girault

Cons.Const.n°2004-492 du 2 mars 2004

Cons.Const. du 20 janv.1994, n°93-334

Cons. Const, 14 juin 2013, n°2013-320 QPC

Cons.Const. 18 nov. 2011, n° 2011-191, Garde à vue II : l'excès de pragmatisme du Conseil constitutionnel, garant de la non-méconnaissance des droits fondamentaux, *AJ pénal* 2012, p102, obs. J-B.Perrier.

Décision n°95-360 DC du 2 février 1995, *D.*1997, som.p130, obs, T. Renoux.

Décision du Conseil Constitutionnel n° 2008-162 du 21 fév. 2008 relative à la loi sur la rétention et la surveillance de sûreté

Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. Ch. Réun. 24 avr. 1961, bull. crim n°222

Crim.20 janv 1972, bull crim n°30, et crim.2 sept 1986, bull crim n°251

Crim 5 déc.1972, bull.crim.n°375, *D.*1973, p 93

Crim. 9 juill. 1980, Bull. crim. no 221, *D.*, 1981, p. 49, note Mayer

Crim. 18 avr. 1988, no 87-84.819, Bull. crim. no 161

Crim. 27 sept. 1988, n° 88-84.865

Crim. 30 sept. 1997, n°96-83.379, bull crim n° 315, *RSC* 1998, p 319, obs. B.Bouloc

Crim. 19 févr. 2002, n°01-84.903, bull crim n°33, *D.*, 2002, IR 1180

Crim 29 janv.2003, n°02-86.774, bull.crim., n°22

Crim.3 sept.2003, n°02-85.697

Crim 14 oct 2003, bull crim n°187

Crim. 7 janv. 2004, no 03-85.305 Bull. crim. n° 6

Crim 8 juillet 2004, n°04-80.145, bull crim. n° 180

Crim. 26 oct. 2004, no 04-84.550

Crim. 19 janv. 2005 no 04-81.455

Crim 14 sept 2005, bull.crim n°226, *RSC* 2006, p412, note de Buisson

Crim 6 dec 2005 bull. crim. n°321

Crim 6 déc.2005, n°05-82.450, bull. crim.n°321

Crim 21 juin 2006, bull crim n° 193, *D.*2006, p 2055

Crim 31 janv 2007 n° 06-85.070, Le juge n'est pas tenu de motiver la peine de prison ferme. *AJ pénal* 2007 p 219.

Crim. 26 sept.2007, n°07-82.713, *AJ penal* 2007, p 538, obs. G.Royer

Crim 26 sept 2007, n°07-84.641 bull.crim., n°226

Crim. 17 sept.2008, n°08-80.858, *AJ pénal* 2008, p515 obs. C.Saas.

Crim. 13 nov 2008, n°08-81.446, bull crim, n°231

Crim 12 nov 2008, bull. crim n°227

Crim 3 juin 2009, n° 08-83.665, bull crim n°109

Crim 21 janv 2009 n° 08-83.372, *AJ pénal* 2009, p124, obs M. Herzog-Evans

Crim, 12 mai 2010, n°09-84.030, obs. M.Herzog- Evans, *AJ pénal* 2011, p 255

Crim. 15 sept. 2010, n°10-81.053, La réhabilitation légale n'exclut pas la récidive, *AJ pénal* 2011, p 261, obs. M.Herzog-Evans.

Cass.crim, 6 oct. 2010, n° 09-88. 002, Constitution de partie civile abusive : les conditions de la condamnation, S. Pradelle, *AJ pénal*, 2011, p132.

Crim. 9 mars 2011, n°09-81.138

Crim, 27 sept. 2011, n°11-80.252

Crim 22 nov 2011, n°11-84.314, bull crim.,n°235

Crim 1^{er} fév.2012, n°11-84.180, D.2012, p 1532, obs. J. Griffon

Crim 22 fév. 2012, n°11-82.990, RSC, 2012, 389, obs. D. Boccon-Gibod

Crim., 29 févr. 2012, n°11-88.441, *AJ pénal* 2012, p 471, obs. E. Senna

Crim 21 mars 2012, n°11-83.154, G.Roujou De Boubee, T.Gare, M-H.Gozzi, S.Mirabail et T.Potaszkin, *Droit pénal*, panorama, D. 2012, p2921

Crim. 6 mars 2012, n°11-84.711, D. 2012, Jur. 1656, obs. A. Gallois

Crim., 4 avr. 2013, n°10-88.834, D. actu.,2013, p 1004

Crim ; 4 avr. 2013, n° 13-80 .447, *AJ pénal* 2013, p 291, obs. M.Herzog-Evans.

Crim. ; 12 avr. 2012, n°11-84.684, *AJ pénal* 2012, p 497, obs. V. Dufour

Crim 9 mai 2012, n°10-87.331

Crim.19 sept.2012, n°11-88.111, D.2012, p 2246, obs. C.Girault

Crim 12 nov. 2012, n° 11-88.583, J. Leblois-Happe, *AJ pénal* 2013, p 340.

Crim;, 18 déc. 2012, n° 12-85.735, *AJ pénal* 2013, p 283, obs. C. Porteron

Crim 9 janv. 2013, n° 12-83.047, *AJ pénal* 2013, p114

Crim. 15 janv. 2013, n°12-87.079, De la nécessaire diligence de l'administration pénitentiaire en cas d'appel d'un mis n examen détenu, *AJ pénal* 2013, p 280, obs. C Girault.

Crim 15 mai 2013, n°13-82.623, obs M.Herzog-Evans, Exécution des peines : l'état de récidive dure autant que la peine à laquelle il est rattaché, D.2013, p 552

Crim. 17 avr.2013, n° 12-86.054, D.2013, p 1350

Cour d'appel :

CA de Douai, 4ème ch., 10 nov. 2011, n°10/01045 C.Saas, Les insuffisances de la procédure de comparution immédiate sur la sellette, *AJ pénal* 2012, p476

JLD, Paris, 14 juin 2012, La détention provisoire nécessaire d'un prévenu néanmoins levées pour raison médicales, *AJ pénal* 2013, p 293, obs. M. Herzog-Evans.

CHAP Paris, 14 février 2013, n° 12/09650, D. 2013, p 1310

Avis de la cour de cassation n° 09-00.005 du 18 janv. 2010, *Actualité Dalloz*, 2 fév.2008, Dalloz.fr

Avis de la Cour de Cassation du 18 avril 2005 ,D.2005,p 1200, obs. J.Pradel

Juridictions administratives :

CE 17 février 1995 n° 97754, Arrêt Marie, Publié au recueil Lebon

C.E., 11 juil.2012, n°349752

CE ord, 22 déc 2012, n°364584, *JCP A*2013, n°2017, obs G. Koubi

CE 26 sept. 2012, n°359479, *AJ pénal* 2012, p.558.

CE. 22 janv.2013, n°349806, *AJ pénal* 2013, p 173, obs. M. Herzog-Evans.

CAA Bordeaux, 6 nov. 2012, n°11BX01790, D. 2013 ;p 312, obs. F. Vialla

TA Pau, 15 avril 2008, n°080939, *AJ pénal* 2008, p336, A propos de multiples fouilles anales quotidiennes infligées à un prévenu, obs. M. Herzog-Evans.

TA Marseille, 10 janv 2013, n° 1208146, *AJDA* 2013, p. 80.

Juridictions prud'homales :

Cons. Prud'h.de Paris, 8 fév. 2013, n° 11/15185, D. 2013, p760, obs. J-P. Cere

CA de Caen, CHAP, 18 avr. 2013, n° 13/00117, *AJ pénal* 2013, p360, obs, M.Herzog-Evans.

Juridictions civiles

Civ 1^{ère}, 10 Avr. 2013, n°12-13.672, D. Actu. 2013, p1005.

Juridiction étrangère :

U.S. Supreme court, *Daubert v. Merrell Dow pharmaceuticals*, 1993

SITES INTERNET

<http://www.criminocorpus.cnrs.fr/>

www.dalloz.fr

<http://www.enap.justice.fr/ressources/index.php>

<http://gallica.bnf.fr/>

<http://gontard.fr/>

www.justice.gouv.fr

<http://www.lareau-law.ca/index.html>

www.legifrance.fr

www.lemonde.fr

www.penitenciaire.org

<http://scholar.google.fr/>

<http://www.senat.fr/>

ARTICLES DE PRESSE :

M. ALLIOT-MARIE, *Réforme de la procédure pénale : interview*, Dalloz actualité, 15 mars 2010, Dalloz.fr

R. BADINTER, *La prison après la peine*, Le Monde, 27 nov. 2007

R. BADINTER, *La rétention de sûreté des pédophiles*, Le nouvel Observateur, 13 juin 2008

F. BOURGIS, *La Voix du Nord*, *Jean-Philippe Vicentini, procureur « à vélo » sur le chemin de la non récidive*, le 02 mai 2010,.

S. BOUTBOUL, *L'agresseur présumé de deux femmes, à Colombes, a un très lourd passé judiciaire*, 13 août 2013, Le figaro.fr.

- C. CALDWELL** Revolting High Rises, The New York times, 27 nov, 2005
- C.CHAFFANJON** « Le scandale des "comités Théodule" ! , , Le Point.fr , 24 oct.2012
- Concepteur de prisons ouvertes*, la Provence le 15 fév 2010,
- Communiqué de presse conjoint du garde des sceaux M. MERCIER et du ministre de l'intérieur B.HORTEFEUX sur l'annonce de la création d'un office opérationnel de suivides délinquants sexuels ou violents, site internet du ministère de l'intérieur, 16 fév. 2011,
- E. FRISULLO**, Toni Musulin intrigue les enquêteurs et séduit le public, 20minutes.fr,9 nov.2009
- L. De Charette, Le chiffre noir de la justice française, , Le Figaro,04 fév 2011
- S. FAURE**, Récidive : la tentation de prédire, la méthode anglo-saxonne évaluant la probabilité pour un détenu de commettre de nouveaux un délit séduit en France. Au risque d'enfermer plus longtemps, libération.fr, 25 mars 2011
- C. GABIZON**, L'incroyable maquis des 697 comités Théodule, , Le figaro, 7 nov.2010
- S. HOMER**, De la loi Guigou à la " loi pour les voyous ", L'humanité, 19 janvier 200
- J. JOHANNES**, entretien avec A. GARAPON, La lumineuse leçon d'Antoine GARAPON, Le monde, 18 juin 2014,
- P.JOLLY**, Gang des barbares : des condamnations aggravées en appel, Le Monde.fr ,17.12.2010
- B. KELLER**, *American on probation*, New-York Times, 26 janv. 2014.
- S. LAURENT**, La surenchère sécuritaire de Christian. Estrosi, , Le Monde.fr, 11 janv 2011
- L. LEROUX**, Concepteur de prisons ouvertes, La Provence, 15 fev.2010,
- M-A. LOMBARD**, *Récidive : les failles d'un système*, , Le Figaro 28 janv 2011
- B. LUTARD**, L'âge de la majorité pénale très variable en Europe, , Le figaro, 13 janv 2011
- F. ROUSSELOT**, La Virginie doute du diagnostic prévisionnel, l'utilisation des statistiques sur les délinquants sexuels américains commence à faire débat. Y compris dans les états pionniers, Libération.fr, 25 mars 2011
- C.S. SMITH**, Immigrant Rioting Flares in France for Ninth Night, , The New York times, 5 nov. 2005.
- L'angoisse de l'erreur judiciaire, des juges parlent, Marianne n° 880, 28 fév. 2014, p 56
- Les Français pour une justice plus sévère, selon un sondage, Le figaro, 21 mars 2013
- La Chancellerie renonce aux jurés populaires en correctionnelle, Le figaro, 18 mars 2013

Peines planchers et rétention de sûreté : C.Taubira confirme l'abrogation, Le Parisien, 19 mars 2013

L. Couvelaire, Le logiciel qui prédit les délits, Le Monde.fr, 5 janv.2013.

La crime 1912 2012, la brigade criminelle à travers 10 affaires mythiques, Le point, hors-série, Juil. Aout 2012- Infographie, Les vrais chiffres de la récidive, 14 sept 2012, Le monde.fr

Les gouvernements précédents ont empilé les textes de loi , C. TAUBIRA Garde des Sceaux, Le Parisien, le 22 juin 2012

Infographie, Les vrais chiffres de la récidive, 14 sept 2012, Le monde.fr

The economist, *Reforming gloomy France*, 20 av 2011,

Marseille : Interdiction de la mendicité, Francesoir.fr, 17 oct.2011

Disparition de Laetitia: création d'un office de suivi des délinquants sexuels, Libération, 31 janv 2011

Disparition de Laetitia: création d'un office de suivi des délinquants sexuels, Libération, 31 janv 2011.

Rhône: premier suicide à l'hôpital-prison de Bron, Le parisien, 27 janv 2011

Le magazine de l'Union pour un mouvement populaire, *rapprocher le peuple de la justice*, n°53 mai 2011.

Ouverture du 1er hôpital-prison à Lyon, Le figaro, 25 mars 2010

Jurés en correctionnelle : la réforme en questions, Le figaro, 18 nov 2010

Toni Musulin reste muet sur le butin manquant, Le Figaro.fr, 17 nov. 2009.

L'opinion largement favorable à la rétention de sûreté, le Figaro, 26 fév. 2008

Récidive : la Commission d'analyse et de suivi "pas consultée", le nouvel observateur, 2 juin 2007

Plus d'un tiers des prisons en France sont touchées par le prosélytisme islamiste, Le Monde.fr 29.04.2008

INDEX ALPHABETIQUE

A

Alternative : 262 ; 268 ; 285 ; 291 ; 297 s ;
301s. ; 306 ; 315 ; 329s ; 341 ; 356 ;
359 ; 377 ; 387 ; 462 ; 484.

Aménagement: 112 ; 134 ; 173; 262;
340s; 365s ; 426; 514 ; 551

Amendement: 8 ;17 ; 29 ; 31 ; 46 ; 49s ;
70s ; 108 ; 120 ; 206 ; 327 ; 342 ;
364; 386 ; 365 ; 479 ; 485

Avocat : 11 ; 12 ; 43 ; 96 ; 161 ; 255 ; 257;
278 ; 282 ; 286 ; 296 ; 307s ; 356 ;
373s; ;392; 399s ; 403 ; 405s ; 411 ;
413 ; 425s ; 432 ; 438s ; 442 ; 447 ;
487 ; 494 ; 505 ; 410 ; 540

C

Circonstances aggravantes : 2 ; 32 ; 40 ;
112 ; 119 ; 137 ; 206 ; 219 ; 223 ;
224s ; 230s ; 264 ; 267 ; 273 ; 282 ;
316 ; 328 ; 334 ; 378 ; 541

**Comparution sur reconnaissance
préalable de culpabilité** : 2 ; 6 ;
268 ; 291 ; 298s ; 301 ; 304 ; 308s ;
402

Composition pénale: 45 ; 268 ; 301;
306s ; 314 ; 568

Contrainte pénale: 1 ; 29 ; 101 ; 122 ;
198 ; 360 ; 546s

D

Dangerosité : 2 ; 8 ; 13 ; 17 ; 33s ; 60 ;
78s ; 84s ; 88 ; 92s ; 101s ; 105 ; 118;
135s ; 141s ; 149 ; 154 ; 163 ; 164s ;
168s ; 171s ; 173s ; 181 ; 183 ; 185s ;
192s ; 197s ; 200 ; 201s ; 210s ; 213 ;
220 ; 233 ; 224 ; 252 ; 260 ; 276 ;
290 ; 378 ; 379 ; 385 ; 422 ; 432s ;
449 ; 455s ; 447

Défense : V. Avocat

Délinquant sexuel : 2 ; 34 ; 43s ; 79 ; 86 ;
92 ; 101s ; 136s ; 149s ; 153 ; 173s ;
186 ; 275 ; 355 ; 531

Désistance : 5 , 29 , 45 ; 170 ; 174 ; 198 ;
330 ; 485 ; 492 ; 497 ; 514 ; 516 ;
517 ; 520 ; 522s ; 524s ; 528

Détention : 33 ; 42 ; 49s ; 67 ; 77 ; 91 ; 98;
116 ; 121 ; 145 ; 154 ; 233s ; 254 ;
311 ; 318s ; 343 ; 355 ; 363 ; 391 ;
403s ; 471s ; 476 ; 482s ; 495s ; 499s

Droit à la vie : 31s ; 227 ; 474 ; 478 ; 487

E

Expertise : 2 ; 13 ; 39 ; 43 ; 87 ; 90 s ;
100 ; 130 ; 141 ; 143 ; 147 s ; 151 ;
154 ; 167s ; 170s ; 181 s ; 191 ; 196 ;
278s ; 358; 361 ;s ; 383 ; 386 ; 422s ;
427 s ; 431s ; 444s ;

F

Faute : 8 ; 23 ; 28 ; 65 ; 79 ; 109 ; 206 ;
208 ; 228 ; 248 ; 415 ; 452 ; 469 ;
474 ; 484 ; 488 ; 489 ; 495

Fichier : 80 ; 110s ; 125s ; 130 ; 265 ;
273 ; 277 ; 283s ; 306 ; 315 ; 345 ;

369 ; 371 ; 379 ; 388 ; 457 ; 510 ;
513

I

Incorrigible : 1s ; 25 ; 115 ; 192s ; 200 ;
204 ; 206s ; 210 ; 121s ; 218s ; 224 ;
225 ; 230 ; 234 ; 237 ; 244 ; 257s ;
382 ; 387s ; 515

Irresponsabilité: V. Responsabilité

J

Justice restaurative : 13 ; 40s ; 45 ; 185 ;
305 ; 515 ; 556s

L

Liberté conditionnelle : 122 ; 134 ; 246 ;
251 ; 254 ; 349 ; 359s ; 468 ; 535

M

Médiation : 26 ; 45 ; 456 ; 556s ; 564s ;
576s

Médiation pénale : 301s ; 562s ; 574

Mineur : 42 ; 86 ; 88 ; 116 ; 117 ; 121 ;
132s ; 137s ; 140 ; 208 ; 228 ; 263 ;
276s ; 299 ; 302 ; 306 ; 322 ; 331s ;
362 ; 367 ; 394 ; 484 ; 487 ; 511 ;
538 ; 544s ; 548s ; 562 ; 574s ; 593

Motivation : 11 ; 157 ; 313s ; 324s ; 408 ;
417 ; 429

P

Partie civile : 20 ; 26 ; 37 ; 39s ; 44 ; 277 ;
281 ; 311 ; 428s ; 456

Peines planchers : 27 ; 5 ; 67 ; 105 ; 112 ;
139 ; 198 ; 224s ; 264 ; 316s ; 224s ; 392s ;
459s ; 468s ; 514

Personne morale : 272

Poursuite :

Parquet : 39 ; 77 ; 127 ; 267 ; 273s ;
318 ; 339s ; 365s ; 369s ; 370 ;
387s ; 395 ; 402s ; 408 ; 547

Opportunité des poursuites : 273s ;
291s

Officier de Police Judiciaire : 281 ;
303 ; 309 ; 396s ; 400s ; 424 ; 432

Présomption : 1 ; 10 ; 39 ; 43 ; 50 ; 71 ;
130s ; 206 ; 219s ; 242 ; 291 ; 297 ;
300 ; 417 ; 482

Preuve : 450s ; 455s

Prévention : 60s

Primo-délinquant : 20s ; 33 ; 46 ; 57 ; 67 ;
73 ; 114

Probation : 551s

Procès équitable : 1 ; 10 ; 39 ; 122 ; 136 ;
170 ; 182 ; 275 ; 290 ; 297 ; 306 ;
308 ; 312 s ; 385s ; 407 ; 411s ; 422 ;
441 ; 445 ; 449 ; 457 ; 471 ; 483 ;
488 ; 489 ; 494

Q

Quantum : V. Circonstances aggravantes

R

Récidive: 131s ; 236s ; 244 s ; 266s ; 273s ;
394s ; 418 ; 224s

Réinsertion: 485 s

Réitération : 166 ; 206 ; 221 ; 227 ; 239 ;
266s ; 302 ; 420

Tutelle pénale : 538s

Réhabilitation : 3 ; 7 ; 12 ; 47 ; 65 ; 68s ;
70s ; 127 ; 157 ; 162 ; 185 ; 201 ;
206 ; 228 ; 262 ; 278 ; 315 ; 387 ;
525 ; 538s

U

Utilitaire : 47s

Relégation : 1s ; 32 ; 79 ; 84 ; 94 s ; 103s ;
112s ; 119s ; 193 ; 202 s ; 207 ; 220 ;
215s ; 233s ; 238 ; 241s ; 251s ; 258 ;
260 ; 378 ; 464 ; 479 ; 538s

V

Vengeance : 17 ; 24s ; 28s ; 38 ; 51 ; 43s ;
206 ; 557s ; 565

Relèvement 29 ; 71 ; 223 ; 232 ; 246 ;
256 ; 263s ; 541 ; 415

Victime : 2 ; 5 ; 8 ; 13 ; 20s ; 33 ; 36 s ; 45 ;
106 ; 130 ; 137s ; 143 ; 150 ; 155 ;
159 ; 161 ; 163 ; 213 ; 215 ; 276s ;
281 ; 296 ; 301s ; 306 ; 311s ; 326 ;
339 ; 344 ; 357 ; 379 ; 392 ; 412 ;
424 ; 445 ; 456 ; 455 ; 499 ; 516

Responsabilisation 5 ; 101 ; 162 ; 516 ;
561 ; 566s ; 585s ; 587

Responsabilité : 23 ; 84s ; 143s ; 150 ;
160 ; 169 ; 203 ; 211s ; 220 ; 272 ;
422s ; 428s

Risque : 44 ; 55 ; 60s ; 95 ; 136 ; 154 ;
161s ; 168 s ; 173s ; 193 ; 197s ; 426
; 432s ; 450 ; 455 ; 470 ; 471s ; 477 ;
516 ; 520s ; 524

Rétention de sûreté : 79 ; 81s ; 169 ; 364

Rétribution : 22s ; 233 ; 476

S

Soin : 84s ; 93 ; 153 ; 158 ; 545s

Sursis : 112 ; 122 ; 332s ; 356 ; 360

Surveillance :

Pénitentiaire : 483s

PSEM : 355s

Surveillance de haute police : 536s

Surveillance de sûreté : 81s ; 116 ;
170 ; 278 ; 343 ; 346 ; 353 ; 364s ;
479 ; 493

TABLE DES MATIERES

PREMIERE PARTIE : DES FONDEMENTS FRAGILES.....	33
CHAPITRE I L'ECHEC DES PARADIGMES	37
Section1. Des paradigmes concurrencés	38
I. Des peines rétributives	38
A. Un primo-délinquant éliminé.....	39
a. Un paradigme rétributif.....	39
b. Une sanction vengeresse	41
c. Une peine expiatoire	44
d. Une peine exemplaire	45
B. Le rôle accru de la victime dans le procès pénal.....	49
a. Une ingérence légitime	50
b. Le danger de la victimisation	56
II. Une peine utilitaire	61
A. Des peines humaines	62
a. Une peine utile.....	62
b. Une utilité calculée	66
B. Des peines préventives	69
a. Des peines conciliables	69
1. Une prévention accessoire	70
2. Une prévention dissuasive	71
3. Une prévention spéciale.....	72
4. Une vertu réhabilitative	73
b. Des mesures de sûreté.....	76
1. Des mesures de défense sociale	76
2. Une rétention de sûreté hybride.	80
3. Un traitement thérapeutique.....	83
<i>a. De l'altération des facultés mentales à la dangerosité</i>	<i>84</i>
<i>β. L'hésitation entre le soin et la peine</i>	<i>89</i>
Section 2. Une catégorie pénale récente	95
I. Des politiques pénales mouvantes	96
A. Une politique sécuritaire	96
a. Une peine adaptée limitée	97
b. Un Etat d'urgence.....	101
B. Une mouvance juridique.....	105

a. Une mouvance juridique	105
b. Une mouvance extra-judiciaire	106
C. Un récidiviste au profil mouvant	110
a. Le traitement informationnel du récidiviste	111
1. Des outils d'identification.....	111
2. Une récidive chiffrée	115
b. Les nouvelles caractéristiques du récidiviste	118
1. Le délinquant sexuel.....	118
2. Des nouvelles incriminations	122
II. Des récidivistes dangereux	123
A. Une appréhension pénale de la déviance.....	124
a. Le traitement du trouble mental	125
b. La délinquance sexuelle.....	127
1. Une notion juridique complexe.....	127
2. Des traitements limités	130
3. Les incidences juridiques du déni dans le traitement	134
B. Les tentatives de prédiction de la dangerosité	139
a. Une notion sémiologique non opératoire	139
b. L'évaluation de la pathologie mentale	141
c. Les outils d'évaluation de la dangerosité	145
1. Les échelles actuarielles	146
2. Les nouveaux modes de preuve et les neurosciences.....	151
3. Des méthodes controversées.....	154
C. L'éternel retour de la dangerosité	159
a. Une dangerosité juridique incertaine	160
b. Des dangerosités criminologiques	162
CHAPITRE II. UN REGIME PENAL AUTONOME	167
Section I. Un régime pénal de présomptions.....	168
I. Un condamné dangereux et incorrigible	168
A. Des présomptions aux origines multiples.....	169
a. Les fondements doctrinaux de l'incorrigibilité	169
b. Les justifications scientifiques	172
1. L'apparition de la notion de dangerosité	172
2. La classification de l'homme dangereux	173
B. Des présomptions consacrées	178
a. Une incorrigibilité et une dangerosité consacrées.....	179
b. La circonstance aggravante de la récidive.....	181

1. Le fondement de l'échelle des peines.....	182
2. Des circonstances aggravantes limitées.....	186
II. Une sanction spécifique de relégation	188
A. Des récidivistes relégués	189
a. Les conditions d'application de la relégation.....	189
1. L'élimination des récidivistes	190
2. Le critère de l'incorrigibilité.....	191
3. Une relégation automatique	192
b. Des récidivistes classifiés	194
1. Des relégués observés.....	195
2. L'antisocial et l'asocial.....	197
3. Un parcours incertain et aléatoire	199
B. Une relégation inadaptée	200
a. L'utopie de la Nouvelle France	201
b. Une double autorité	202
c. Le système pénitentiaire de la relégation limité.....	204
Section II. Un régime extensif.....	206
I. Une réponse pénale renforcée	207
A. Un champ d'application élargi.....	208
a. Les éléments constitutifs	209
1. Le premier terme de la récidive	209
2. Des peines aggravée pour les auteurs.....	210
<i>α. Les personnes physiques</i>	211
<i>β. Les personnes morales</i>	212
b. Un relèvement anticipé de la récidive	213
1. Un champ d'application élargi.....	213
2. La qualification juridique de la récidive légale.....	218
3. Le fichage de la récidive.....	220
<i>α. Un casier judiciaire et des fichiers nécessaires</i>	220
<i>β. Le marquage social du récidiviste</i>	224
C. Le pouvoir exorbitant du Parquet dans le relèvement de la récidive.	225
1. La mise en œuvre de l'action publique pénale.....	226
2. L'impossible indépendance du Parquet.....	228
D. Les sanctions graduées à l'initiative du Parquet	230
1. La déjudiciarisation des sanctions.....	231
2. Les alternatives aux poursuites	233
<i>α. La médiation pénale</i>	233

<i>β. Composition pénale</i>	235
<i>γ. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité</i>	238
B. Des peines aggravées.....	242
a. Aggravation des peines encourues	242
1. Les peines planchers.....	242
2. Des dérogations exceptionnelles	245
b. Les mesures restrictives de libertés, alternatives ou complémentaires encourues	248
1. Des mesures générales.....	249
2. Des mesures particulières	251
3. Le rôle central du JAP dans le suivi	252
II. Des aménagements restreints	253
A. Des aménagements limités pour les récidivistes.....	254
a. Le principe de l'aménagement de peine	254
b. Condition d'application des aménagements de peines	256
c. La compétence extraordinaire du Parquet.....	257
B. Des peines aménagées	258
a. Des aménagements de peine sous écrou	259
1. Une semi-liberté.....	260
2. Un placement à l'extérieur	263
3. Un placement sous surveillance électronique.....	264
b. Une liberté conditionnelle.....	266
c. Une liberté sous contrainte.....	269
d. Des peines suspendues et fractionnées	270
e. Les mesures de réduction de peines	271
f. Une surveillance de sûreté.....	273
C. Un juge d'application des peines menacé.....	274
a. Les compétences du JAP.....	274
b. Un juge thérapeutique.....	275
c. L'interaction du JAP avec les autres acteurs de la justice	276
1. L'interaction avec le procureur.....	277
2. L'interaction avec l'avocat	278
d. La déjuridictionnalisation des mesures d'application des peines	280

DEUXIEME PARTIE : UNE MISE EN ŒUVRE COMPLEXE	285
CHAPITRE I DES INSTRUMENTS INEFFICACES.....	291
Section 1. Le pré-jugement des récidivistes	292
I. Une comparution immédiate de l'incorrigible	292
A. Un procès automatique.....	293
a. L'arme sécuritaire du Parquet	293
1. Une procédure de flagrants délits.....	293
2. L'opportunité des poursuites	295
α. <i>Un quantum de peine minimum</i>	295
β. <i>Une décision immédiate</i>	297
γ. <i>Des regards croisés sur la direction de l'enquête</i>	300
b. Un jugement expéditif du récidiviste	302
1. Un déferrement rapide	302
2. Le déroulement d'une audience rapide.....	304
3. Une enquête de personnalité rapide	305
B. Une peine privative de liberté automatique	305
a. Un mandat de dépôt automatique	305
b. Un procès inéquitable	307
1. Une justice brutale, sourde et inaudible	307
2. Des droits de la défense réduits.....	309
3. Des récidivistes surreprésentés	313
II. Un récidiviste expertisé	315
A. Le juge et l'expert.....	315
a. L'expertise dans la chaîne pénale	316
b. Une mesure d'instruction	317
1. Cadre légal de l'expertise psychiatrique	317
2. Une exigence de motivation	318
B. Le contenu de l'expertise.....	319
a. Un examen technique et scientifique	319
b. Champ d'investigation de l'examen psychologique.....	320
c. Un questionnaire spécifique	321
C. Le choix incontestable de l'expert	322
a. La sélection des experts	323
b. La place particulière de l'expertise	325
c. Le rôle de l'expert.....	326
D. La portée contestée de l'expertise.....	329
a. D'un avis technique à la preuve juridique	330

b. La fiabilité des critères scientifiques américains.....	332
c. La pertinence d'une expertise de la dangerosité criminelle.....	335
Section 2. Des instruments incohérents	336
I. Des peines ineffectives	337
A. L'effondrement du système pénitentiaire.....	338
a. Le dernier rempart contre les récidivistes	339
1. Le rôle primaire de la prison pénale.....	339
2. Le détenu à l'épreuve de la promiscuité.....	343
<i>a. Une surpopulation carcérale</i>	<i>343</i>
<i>β. Le prosélytisme islamique.....</i>	<i>344</i>
<i>γ. Les atteintes aux droits de l'homme</i>	<i>346</i>
b. La fin de la prison.....	350
c. Le droit pénitentiaire à l'épreuve des mesures de sûreté.....	353
B Les missions de l'administration pénitentiaire	356
a. La surveillance pénitentiaire	357
b. Une mission de réinsertion	358
c. Les problématiques juridiques du droit disciplinaire pénitentiaire	360
d. Les règles particulières des conditions de détention	367
e. L'accueil des détenus au défi des règles européennes.....	369
1. Les règles pénitentiaires européennes.	369
2. L'amélioration de l'accueil du détenu	370
3. La labellisation relative des établissements.....	372
C. Le chevauchement des autorités judiciaires et pénitentiaires	375
a. Des compétences différentes.....	375
b. Un personnel pénitentiaire en crise	376
II. Une mise à exécution complexe.....	380
A. Les objectifs du bureau d'exécution des peines	381
B. Une focalisation irréaliste de l'aménagement de peines.....	383
CHAPITRE II DES INSTRUMENTS NOUVEAUX.....	387
Section 1. Une peine de probation.....	388
I. Une probation d'inspiration anglaise	388
A. Des programmes ponctuels.....	388
a. Des résultats scientifiques	389
b. Les méthodes de mise en œuvre.....	390
c. Qualités personnelles et professionnelles	392
B. Une probation fondée sur la désistance.....	393

C. Une probation fondée sur le partenariat	396
a. L'absence d'un partenariat français	397
b. Des bonnes pratiques ponctuelles	399
II. L'échec de la probation française.....	403
A. La surveillance de haute police.....	404
B La Tutelle pénale des récidivistes	406
a. De la tutelle à la réhabilitation	407
b. Une mesure incertaine	410
c. Le patronage des mineurs	412
D La domination du contrôle sur le soin.....	413
II. Le suivi renforcé.....	415
A. L'expérience de Cambrai	415
B. Les atouts d'une probation française.....	418
Section 2. Une justice restaurative.....	423
I. Les enjeux de la justice restaurative	424
A. Le contexte de la crise de la pénalité	424
B. Une justice humaniste	426
II. Une mise en œuvre extra-pénale	427
A. Quand dire c'est punir	427
B. Une efficacité relative	431
III. Les modèles de justice restaurative.....	433
A Les conférences du groupe familial	434
B. Les cercles de soutien et de responsabilité	438
CONCLUSION GENERALE	443
LISTE DES ANNEXES.....	447
BIBLIOGRAPHIE	483
INDEX ALPHABETIQUE.....	515
TABLE DES MATIERES	519