

CONCOURS ENM 2013

Droit pénal

« Le juge et la peine privative de liberté »

Corrigé proposé par Céline Garçon

La multitude des textes intervenus ces dernières années, ayant vocation à régir l'usage par le juge de la peine privative de liberté, démontre combien cette thématique se caractérise par sa complexité, et se trouve au cœur des préoccupations sociétales et juridiques contemporaines. Se sont ainsi succédées, pour n'en citer que quelques-unes les lois du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive, du 10 août 2007 instituant les peines planchers, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, ou encore la loi LOPPSI II du 14 mars 2011, dont l'une des principales innovations a consisté dans l'extension du mécanisme des peines planchers. En outre, les déclarations de l'actuelle Garde des Sceaux ainsi que le rapport remis au Premier Ministre le 20 février 2013 par le jury de consensus sur la prévention de la récidive indiquent que la matière restera vivace dans les années à venir.

La notion de peine « privative de liberté » renvoie aux sanctions pénales prononcées par la juridiction de jugement après qu'elle ait reconnu la culpabilité du prévenu ou de l'accusé, et qui emportent une privation de la liberté d'aller et de venir du condamné. En sont donc exclues les peines qui sont simplement restrictives de liberté, ainsi que celles qui sont privatives ou restrictives de droits. De la même façon, convoquer la notion de « peine » invite à exclure les mesures privatives de liberté susceptibles d'intervenir antérieurement au jugement, telles la garde à vue ou la détention provisoire. La « peine privative de liberté » implique donc de s'intéresser essentiellement aux peines d'emprisonnement et de réclusion. En revanche, s'interroger sur la « peine privative de liberté » impose de dépasser la lettre pour percevoir l'esprit en incluant au propos les mesures de sûreté. En effet, d'une part, la distinction entre peines et mesures de sûreté est devenue trop ténue pour être fiable, et, d'autre part, certaines mesures de sûreté, à l'instar de la rétention de sûreté, ont pour support nécessaire la peine privative de liberté dont elles constituent la suite. Seul le rôle tenu par « le juge » dans la mise en œuvre de la peine privative de liberté ainsi définie doit en outre retenir l'attention. La notion de « juge » désigne celui qui rend un jugement, lequel en droit pénal peut intervenir aussi bien au stade du prononcé de la peine, que, depuis la juridictionnalisation de l'application des peines, au stade de son exécution.

Longtemps le juge n'a tenu qu'un rôle mineur dans le choix et la mise en œuvre de la peine privative de liberté. En effet, après la proclamation du **principe de la légalité criminelle** dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (art. 8), les rédacteurs du premier Code pénal de 1791, désireux de rompre avec l'arbitraire judiciaire de l'ancien droit, ont suivi les prescriptions de Montesquieu en faisant du juge pénal la simple « *bouche qui prononce les paroles de la loi* ». Il s'agissait alors de faire de la loi, au sens formel du terme, la source unique, exclusive du droit pénal, car, seuls les représentants du peuple, c'est-à-dire les élus au Parlement, disposent de la légitimité nécessaire pour édicter les valeurs dignes de protection pénale et la hauteur de cette protection. Le législateur adopta en conséquence le système des peines fixes qui obligeait le juge à appliquer mécaniquement les peines prévues par la loi au titre de l'infraction commise. Cette application rigoureuse de la légalité allait de pair avec une **conception objective de la peine privative de liberté**. Suivant cette conception, la **peine est rétributive**, c'est-à-dire qu'elle représente le tarif que le condamné doit verser à la société pour le crime commis, le mal que la société inflige au délinquant en compensation du mal que ce délinquant a lui-même causé à la société. L'infraction objective se traduisant essentiellement par la production d'un résultat, la peine privative de liberté représente la compensation exacte de ce résultat. Le juge n'est donc ici qu'un distributeur automatique de peines. Bien que peu satisfaisante à l'égard de l'humanité et de l'équité, cette conception quasi-mathématisée du rôle tenu par le juge dans la mise en œuvre de la peine privative de liberté présentait l'avantage de préserver les principes de la légalité et de l'égalité des citoyens devant la loi pénale.

Toutefois, sous l'impulsion notamment d'un **subjectivisme pénal** prônant l'émergence d'une peine privative de liberté qui serait fonction non plus de l'acte commis mais de la personnalité de son auteur, cette conception du rôle du juge dans la détermination de la peine fut remise en cause dès l'Empire. En effet, dès la fin du XIX^{ème} siècle, les **positivistes italiens** appelaient la mise en place d'une peine qui n'aurait pas pour fonction la rétribution, mais la neutralisation des condamnés dangereux à des fins de protection sociale et invitaient ainsi à repenser le rôle du juge dans la fixation des pénalités. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, en France, une nouvelle doctrine subjective, **l'Ecole de la défense sociale nouvelle** (Marc Ancel), vit le jour. Tout en reprenant le postulat positiviste suivant lequel la peine doit être adaptée non pas au crime, mais au criminel, l'Ecole de la défense sociale nouvelle lui donna un visage humain en proposant de permettre au juge d'adapter la peine aux condamnés, non pas pour les neutraliser, mais pour permettre **leur réinsertion**, c'est-à-dire leur retour à la société. Ces thèses furent très vite relayées par le législateur, qui, entre 1945 et 1994, permit au principe d'individualisation de la peine par le juge de naître et de se développer. Il s'est agi dès lors de faire du juge l'artisan de la resocialisation du condamné en l'incitant notamment à éviter la peine privative de liberté, jugée désocialisante, aux petits délinquants (naissance des peines alternatives à l'emprisonnement ou encore des mesures d'aménagement des peines privatives de liberté). Lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, en 1994, ce sont ces conceptions que le législateur et le Conseil constitutionnel choisirent de consacrer (l'article 132-24 CP fait du **principe de l'individualisation judiciaire de la peine** un principe directeur du droit pénal, et le Conseil constitutionnel lui confère une valeur constitutionnelle dans une décision du 22 juillet 2005), imposant ainsi au juge d'individualiser la peine non seulement lors de son prononcé, mais aussi lors de son exécution. Contrairement à ce que pourrait laisser penser l'intuition première, cette peine réinsertion n'est pas tombée en désuétude depuis. C'est ce que nous démontrent la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, dont l'un des principaux apports a consisté à favoriser le recours aux aménagements des peines privatives de liberté, et les nouvelles orientations de politique pénale dessinées par le rapport jury de consensus sur la prévention de la récidive de février 2013. Mais, si la peine réinsertion demeure, elle s'est rapidement trouvée concurrencée par un nouveau visage de la sanction pénale. En effet la dernière décennie a été marquée pour le pénaliste par l'émergence d'une nouvelle peine d'inspiration subjective : **la peine neutralisation** qu'avaient imaginé les positivistes. Est en effet apparue pour la première fois dans notre droit positif une peine n'ayant vocation ni à punir, ni à réinsérer, mais à neutraliser les condamnés identifiés comme dangereux en empêchant leur retour à la société (exemples de l'apparition de la perpétuité réelle, ou encore de la rétention de sûreté). Le rôle du juge dans la mise en œuvre de la peine privative de liberté en conséquence s'est trouvé refondé, puisqu'il est devenu, en même temps que l'artisan de la réinsertion, le maître d'œuvre de la neutralisation des condamnés les plus dangereux.

Au terme de cette évolution, le constat est immanquablement celui de la **confusion** puisque, comme le résume l'article 132-24 CP, l'individualisation de la peine par le juge doit s'opérer « *de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions* ». Les peines privatives de liberté cohabitent désormais avec les mesures de sûreté. Les premières comme les secondes poursuivent tantôt la voie de la réinsertion (on favorise le retour à la société), tantôt la voie de la neutralisation (on empêche le retour à la société). Dans les deux cas, le but affiché est de protéger la société en prévenant la récidive. Le choix entre ces deux orientations contraires, le plus souvent applicables à une même personne - la plus grande partie du contentieux pénal ne résidant pas dans les extrêmes (exemple du voleur récidiviste ou du violeur criminel primaire - , repose sur une évaluation de dangerosité dont la fiabilité est nécessairement sujette à caution. Là, pointe le risque d'arbitraire qui pourra préjudicier tantôt au condamné, tantôt à la société. S'il est incontestable que certains condamnés, particulièrement dangereux, doivent être neutralisés, peut-être peut-on s'interroger sur l'efficacité des moyens mis en œuvre pour les identifier, **ainsi que sur la solitude dans laquelle le législateur a laissé le juge face à un tel choix**. C'est pourquoi s'interroger aujourd'hui sur le rôle tenu par le juge dans la mise en œuvre de la peine privative de liberté pose immanquablement le problème de la conciliation des finalités paradoxales qu'il doit poursuivre.

S'il semble acquis depuis de nombreuses années que le juge doit être l'artisan d'une peine privative de liberté gouvernée par l'impératif de réinsertion (I), cette tâche est désormais compliquée par l'obligation nouvelle qui lui est faite d'être dans le même temps le maître d'œuvre d'une peine privative de liberté gouvernée par l'impératif de protection de l'ordre public (II).

I – Le juge artisan d'une peine privative de liberté gouvernée par l'impératif de réinsertion

Inscrire le prononcé d'une peine privative de liberté parmi les moyens de réinsertion est de prime abord de nature à surprendre. Pourtant, l'influence des thèses développées dès 1945 par l'Ecole de la défense sociale nouvelle a conduit le législateur à faire de la peine privative de liberté un outil de réinsertion. Cet objectif de réinsertion par la peine se retrouve aussi bien au moment de son prononcé (A), qu'au stade de son exécution (B).

A) La réinsertion recherchée lors du prononcé de la peine

Le législateur impose au juge qui prononce la peine de faire d'usage du pouvoir d'individualisation qu'il lui confère pour favoriser la réinsertion du délinquant, c'est-à-dire son retour à la société. S'agissant, plus précisément de la peine privative de liberté, cet objectif se traduit tantôt par l'évitement d'une telle peine (1), tantôt par son aménagement (2).

1) L'évitement de la peine privative de liberté

Déjà en 1945, Marc Ancel dénonçait le caractère criminogène de l'univers carcéral qui serait un facteur de récidive, et préconisait d'en éviter la fréquentation aux petits délinquants. Ces idées ont peu à peu imprégné la législation pénale, de telle sorte que le législateur contemporain invite le juge à ne plus avoir recours à la peine privative de liberté pour les infractions les moins graves. Cette invitation faite au pouvoir judiciaire apparaît notamment à travers la mise en place de sanctions pénales alternatives à la peine privative de liberté, et l'institution d'une obligation de motivation du choix d'une telle peine.

En premier lieu, en matière correctionnelle, le législateur, pour assurer son effectivité au principe d'individualisation de la peine par le juge, a mis en place de nombreux mécanismes destinés à permettre au juge de sanctionner le délinquant sans avoir recours à la peine privative de liberté. Ainsi, au stade de l'engagement des poursuites, les **mesures alternatives aux poursuites**, et notamment la composition pénale, ont vu leur domaine d'application s'élargir (la composition pénale a été étendue par la loi du 9 mars 2004 à tous les délits punis d'une peine inférieure ou égale à 5 ans d'emprisonnement) et leur contenu se diversifier. L'essor de ces mécanismes permet au Procureur de la République qui initie une telle procédure alternative, et au juge qui valide la mesure de composition préalablement acceptée par le délinquant, de sanctionner ce dernier en amont de l'engagement des poursuites, par une mesure qui ne consiste pas en une peine privative de liberté. Lorsque les poursuites sont effectivement engagées en matière correctionnelle, et bien que l'emprisonnement soit encouru à titre principal, le législateur permet au juge qui prononce la peine de substituer à cette peine privative de liberté une **peine alternative**. Dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, il s'est agi d'assurer la promotion de ces peines « de remplacement » en prévoyant par exemple la possibilité pour le juge de prononcer une peine complémentaire à titre de peine alternative venant elle-même se substituer à la peine principale encourue. Depuis 1994, les peines alternatives à l'emprisonnement n'ont cessé de se diversifier, comme l'illustre la loi du 9 mars 2004 mettant en place le stage de citoyenneté, ou encore la loi du 5 mars 2007 qui a consacré à titre de peine alternative à l'emprisonnement la « sanction réparation ». C'est également sur cette voie que le gouvernement actuel semble vouloir engager notre politique pénale, puisque dans un rapport remis au 1^{er} ministre le 20 février 2013 **le jury de consensus sur la prévention de la récidive a proposé la création d'une peine de probation**, qui serait « *indépendante, et sans lien ni référence avec l'emprisonnement* ». Cette peine, qui viserait à permettre la réinsertion de la personne condamnée emporterait plusieurs obligations et droits définis par le juge d'application des peines, dont le non respect, à la différence du sursis, ne serait pas sanctionné par une incarcération.

L'encouragement législatif fait au juge d'éviter le prononcé d'une peine privative de liberté en matière correctionnelle pour privilégier la réinsertion du délinquant, se retrouve en second lieu à travers l'obligation désormais faite au juge de **motiver le prononcé d'une peine d'emprisonnement**. Déjà en 1994, le législateur imposait au juge de motiver le choix d'une peine d'emprisonnement en matière correctionnelle. **La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009** a encore accru cette obligation de motivation en énonçant à l'art. 132-24

al. 3 CP, qu'en matière correctionnelle, en dehors des hypothèses où les peines planchers sont applicables, « 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 CP ». Ainsi, bien que la peine d'emprisonnement soit encourue à titre de peine principale pour la plupart des délits, le principe est désormais que le tribunal ne peut prononcer un emprisonnement ferme et sans aménagement qu'à la condition de motiver spécialement sa décision. La règle semble donc être devenue celle de l'évitement de la peine privative de liberté. Le juge demeure néanmoins libre d'y déroger, le législateur l'encourageant alors à faire usage de son pouvoir d'individualisation pour aménager la peine privative de liberté prononcée.

2) L'aménagement de la peine privative de liberté

Lorsqu'il choisit de prononcer la peine privative de liberté prévue par la loi au titre de l'infraction commise, le juge est encore invité par le législateur à mettre en œuvre son pouvoir d'individualisation pour favoriser la réinsertion future du condamné. Il est ainsi encouragé à moduler la peine d'emprisonnement ou de réclusion prononcée aussi bien dans son quantum que s'agissant de ses modalités d'application.

Le principe d'individualisation par le juge de la peine privative de liberté prononcée trouve sa première expression dans le **choix du quantum de la peine**. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, le législateur a supprimé les minima anciennement prévus, pour ne plus encadrer la liberté du juge dans la détermination du quantum de la peine que par des maxima. Depuis 1994, le juge est donc libre de descendre aussi bas qu'il le souhaite dans la détermination de la peine (art. 132-24 CP). Outre la mécanique des peines planchers (sur ce point v. II), cette règle ne connaît qu'une limite en matière criminelle consistant dans l'interdiction faite à la cour d'assises de prononcer une peine d'emprisonnement inférieure à 2 ans si l'accusé encourt une peine de réclusion criminelle à perpétuité, ou une peine inférieure à 1 an si l'accusé encourt une peine de réclusion à temps. La liberté judiciaire favorable au condamné est donc de mise.

Mais c'est certainement le choix par le juge des **modalités d'exécution de la peine privative de liberté prononcée** qui illustre au mieux la poursuite de l'objectif de réinsertion du condamné. D'une part, le juge a la possibilité d'assortir du **sursis** la peine privative de liberté prononcée. Introduit dans notre droit par la loi *Béranger* du 26 mars 1891, le sursis est un mécanisme permettant au juge qui prononce la peine de subordonner l'exécution ou la non exécution de la peine à la conduite du condamné durant un certain délai. Quand le condamné ne commet aucun fait de nature à entraîner la révocation du sursis durant ce délai, la condamnation est considérée comme non avenue. Dans l'hypothèse inverse, le sursis est révoqué, et la peine est ramenée à exécution. Le sursis permet donc de surseoir à l'exécution d'une peine par ailleurs prononcée. Au fil des années des visages du sursis se sont diversifiés (le sursis simple, le sursis avec mise à l'épreuve et le sursis-TIG), et son domaine d'application s'est élargi. D'autre part, le législateur offre au juge qui prononce une peine privative de liberté la possibilité de l'assortir de modalités d'exécution particulières. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 à cet égard considérablement renforcé les prérogatives du juge. Le texte prévoit en effet que **l'aménagement de peine** devient de droit en matière correctionnelle dès le prononcé de la peine, et élargit le domaine d'application des mesures d'aménagement des peines privatives de liberté. En effet, le placement sous surveillance électronique, le placement à l'extérieur, la semi-liberté et le fractionnement de peine peuvent désormais être prononcés par la juridiction de jugement pour les peines inférieures ou égales à deux ans d'emprisonnement, contre un an auparavant.

Le législateur semble ainsi avoir entendu donner au juge qui prononce la peine une vaste gamme de moyens pour faire de la peine privative de liberté un outil de réinsertion dès le stade de son prononcé. Les pouvoirs du juge qui contrôle l'exécution de la peine ont connu une évolution similaire, de telle sorte que l'exécution d'une peine privative de liberté semble aujourd'hui avoir pour finalité première la resocialisation du condamné.

B) La réinsertion recherchée lors de l'exécution de la peine

Dans sa décision n°93-334 DC du 20 janvier 1994, le Conseil constitutionnel a fait entrer dans notre ordre constitutionnel le principe de l'individualisation de la peine par le juge en cours d'exécution en énonçant 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* ». La quête de la réinsertion du condamné en cours d'exécution de peine se manifeste au regard de l'aménagement tant du temps d'exécution de la peine privative de liberté (1) que de ses modalités d'exécution (2).

1) Aménagement du temps d'exécution de la peine privative de liberté

La poursuite de l'objectif de réinsertion du condamné a conduit le législateur à confier aux juridictions d'application des peines les moyens concrets propres à permettre une évolution favorable au condamné de la peine privative de liberté postérieurement à son prononcé. Ces moyens tendent tantôt à réduire la durée de la peine, tantôt à suspendre ou fractionner son temps d'exécution.

En premier lieu, la loi prévoit que des réductions de la durée de la peine viennent récompenser ceux qui font preuve d'efforts de réadaptation sociale. Le rôle du juge s'est en la matière trouvé amoindri du fait de la loi du 9 mars 2004. En effet, en instituant les **crédits de réduction de peine**, lesquels constituent une réduction de peine accordée de plein droit, en totalité et à l'avance à chaque condamné sans intervention judiciaire, le texte n'a conservé au juge que la faculté les retirer. Les juridictions d'application des peines conservent néanmoins partiellement le contrôle de la durée d'exécution des peines privatives de liberté par le jeu des **réductions de peines supplémentaires** (RPS), qui peuvent être accordées par le JAP, pour une durée maximale de trois mois par année d'incarcération aux condamnés « *qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale* ».

En second lieu, la **suspension ou le fractionnement du temps d'exécution** de la peine constituent également de précieux outils confiés au juge pour favoriser en cours d'exécution de peine la réinsertion des condamnés à une peine privative de liberté. Ainsi, en matière correctionnelle, si la durée d'incarcération restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, l'art. 720-1 CPP prévoit la possibilité pour le juge de suspendre ou de fractionner l'exécution d'une peine d'emprisonnement « *pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social* ». Nombreux sont donc les aménagements de la durée de la peine répondant à l'impératif de réinsertion du condamné. Mais ce sont sans doute les aménagements affectant les modalités d'exécution de la peine qui fournissent la meilleure illustration du rôle central conféré au juge pour favoriser la resocialisation d'un condamné en cours d'exécution de peine.

2) Aménagement des modalités d'exécution de la peine

Les mécanismes ayant pour objet l'aménagement des modalités d'exécution des peines privatives de liberté se caractérisent par une grande diversité, laquelle confère au juge un rôle majeur dans l'individualisation de la peine exécutée. Ainsi, les juridictions chargées de l'application des peines disposent des outils nécessaires pour organiser tantôt un retour partiel, tantôt un retour conditionnel du condamné à la liberté.

Les mécanismes permettant au juge d'aménager un **retour partiel du condamné à la liberté**, en lui permettant de maintenir un lien avec le monde extérieur à la sphère carcérale à la liberté, sont nombreux. On y retrouve notamment les **permissions de sortir** autorisées par le JAP (art. 723 CPP), le **placement à l'extérieur**, qui permet au condamné d'être employé en dehors d'un établissement pénitentiaire à des travaux contrôlés par l'administration, la **semi-liberté** autorisant les condamnés à quitter l'établissement pénitentiaire pour le temps nécessaire à l'exercice d'activités, ou encore du **placement sous surveillance électronique** introduit dans notre droit par une loi du 19 février 1997 et qui consiste en une sorte de prison à domicile. Afin de faciliter encore au juge la resocialisation des condamnés à des peines privatives de liberté, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a élargi le domaine de ces aménagements de peine en cours d'exécution en même temps qu'elle en a assoupli le régime.

Les juridictions chargées de l'application des peines ont également la possibilité de permettre aux condamnés à une peine privative de bénéficier d'un **retour conditionnel à la liberté**, grâce à la mesure de libération conditionnelle. La libération conditionnelle se définit comme une « *libération anticipée du condamné sous*

condition d'une bonne conduite pendant le temps séparant la date de sa libération de la date d'expiration de la peine » (F. Desportes & F. Le Gunehec). Introduite dans notre droit par une loi du 14 août 1885, son régime a été entièrement refondé par les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004, et le jury de consensus sur la prévention de la récidive préconise d'en étendre le domaine d'application. Elle relève de la compétence du juge ou du tribunal de l'application des peines selon la durée de la peine susceptible de faire l'objet de la mesure. Pendant la période de libération conditionnelle le condamné, d'une part, bénéficie de mesures d'assistance, et, d'autre part, se trouve soumis à des mesures de contrôle et, éventuellement à des obligations particulières déterminées par la juridiction qui prononce la mesure. Ce mécanisme place le juge au cœur de la fin d'exécution de la peine privative de liberté et l'érige ainsi en un acteur incontournable de la réinsertion.

Les mesures permettant au juge de prendre appui sur la peine privative de liberté pour faciliter la resocialisation, tant au stade de son prononcé que pendant son exécution, sont donc suffisamment diverses et nombreuses pour permettre une réelle mise en œuvre du principe d'individualisation de la peine. Le juge fait dès lors figure de maître d'œuvre de la réinsertion des condamnés à une peine privative de liberté. Néanmoins, l'individualisation judiciaire de la peine est fréquemment perçue comme la marque d'une indulgence excessive, altérant la fonction intimidatrice de la peine, et favorisant la récidive. Sensible à ces critiques, le législateur a progressivement opéré un retour à une peine privative de liberté moins humaniste et davantage tournée vers la protection de l'ordre public.

II – Le juge maître d'œuvre d'une peine privative de liberté gouvernée par l'impératif de protection de l'ordre public

Alors que depuis 1945, l'évolution du droit de la peine était essentiellement orientée vers la réinsertion du condamné, la dernière décennie a vu renaître l'idée d'une peine privative de liberté davantage tournée vers la protection de la société. Ces nouvelles politiques pénales se sont traduites d'une part par un amoindrissement du pouvoir du juge d'individualisation de la peine (A), et, d'autre part, par la mise à sa disposition de nouveaux moyens visant à la neutralisation des condamnés identifiés comme dangereux (B)

A) L'amoindrissement du pouvoir du juge d'individualisation de la peine

Sensible aux critiques dénonçant la mise en œuvre par le pouvoir judiciaire d'une indulgence excessive dans la détermination de la peine, le législateur a mis en place des mécanismes destinés à inciter le juge à ne plus s'engager sur la voie de la réinsertion face à certaines catégories de délinquants. Cette évolution intéresse aussi bien la peine prononcée (1), que la peine exécutée (2).

1) Quant à la peine prononcée

Le législateur a entendu limiter le pouvoir d'individualisation du juge qui prononce la peine, de manière à ce que celui-ci fasse preuve d'une plus grande sévérité face à certaines catégories de délinquants. La finalité consistait alors à réaffirmer la fonction rétributive de la peine pour, *in fine*, assurer une meilleure protection de l'ordre public. Le juge a ainsi vu ses prérogatives d'individualisation de la peine privative de liberté encadrées, non seulement s'agissant des majeurs, mais aussi concernant les mineurs.

S'agissant des **majeurs**, alors que les seuils minima avaient disparu à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, le législateur les a réinstaurés pour deux catégories de délinquants. C'est d'abord la loi du 10 août 2007, qui a posé à l'art. 132-18-1 CP, la règle suivant laquelle l'état de **récidive** commande l'application de **peines planchers**. En effet, le texte prévoit que, face à un état de récidive criminelle ou correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure aux seuils fixés par le législateur qu'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. En cas de seconde récidive, la juridiction ne peut plus prononcer une peine inférieure à ces seuils que si l'accusé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion. Par ailleurs, la loi prévoit que la juridiction ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement

lorsqu'est commis une nouvelle fois en état de récidive légale un des délits dont il dresse la liste (violences volontaires, délit commis avec la circonstance aggravante de violences, agression ou atteinte sexuelle, délit puni de dix ans d'emprisonnement). La loi LOPPSI II du 14 mars 2011 a ensuite étendu ce mécanisme aux auteurs de **violences aggravées**, commises hors état de récidive. Ainsi, bien que l'actuelle Garde des Sceaux propose la suppression des peines planchers, l'application de minima aux peines privatives de liberté concerne en droit positif une part conséquente du contentieux pénal.

Les **mineurs** n'ont pas été épargnés par cette sévérité nouvelle, puisque, ici aussi, afin d'assurer une répression plus efficace de la délinquance des mineurs, le législateur est venu limiter le pouvoir d'individualisation de la peine du juge. En premier lieu, les **lois du 5 mars et du 10 août 2007** ont restreint le champ de la **diminution légale de la peine** applicable aux mineurs de 16 à 18 ans. L'ordonnance du 2 février 1945 consacrait le principe selon lequel l'atténuation de peine bénéficiant aux mineurs âgés de 16 à 18 ans ne pouvait être écartée, par décision spécialement motivée, qu'« à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ». Les lois du 5 mars et du 10 août 2007, ont inversé le principe en prévoyant que l'atténuation de peine peut être exclue sans qu'il soit nécessaire de motiver cette décision, en cas de récidive d'infractions graves. Par ailleurs, le rejet de la diminution de peine devient le principe pour ces mêmes infractions graves lorsqu'elles sont commises en seconde récidive. Dans ces hypothèses, la juridiction de jugement ne peut plus appliquer la diminution légale de peine que par décision spécialement motivée. Cette nouvelle situation conduit à renverser le principe d'une répression atténuée, qui était alors applicable à tous les mineurs. En second lieu, la loi du 10 août 2007 a rendu applicable aux mineurs de plus de 13 ans récidivistes, la mécanique des peines planchers. Le juge voit ainsi son pouvoir d'individualisation de la peine prononcée encadré de manière équivalente pour mineurs et majeurs.

2) Quant à la **peine exécutée**

La même tendance consistant à faire obstacle à la réinsertion du condamné pour asseoir la finalité rétributive de la peine se retrouve au niveau de la peine exécutée. En effet, le législateur a mis en place un dispositif ayant vocation à empêcher la mise en œuvre de politiques de réinsertion par le juge qui contrôle l'application de la peine.

Il s'agit en premier lieu de la **période de sûreté**, qui a été instituée par la loi du 22 novembre 1978 pour faire échec, pendant sa durée, à l'octroi de toute mesure d'individualisation de la peine. Le domaine de la période de sûreté est important tant par les peines auxquelles elle s'applique que par le temps durant lequel elle s'y applique. Il existe deux types de périodes de sûreté : la période de sûreté de plein droit et la période de sûreté facultative. La période de sûreté est applicable de plein droit lorsque la peine prononcée consiste en une peine privative de liberté d'une durée supérieure ou égale à 10 ans non assortie du sursis, du chef de l'une des nombreuses infractions pour lesquelles le législateur l'a expressément prévue. Sa durée est égale à la moitié de la peine, ou à dix-huit ans en cas de réclusion perpétuelle. Le législateur a toutefois conféré à la juridiction qui prononce la peine la possibilité de l'augmenter, en prévoyant qu'elle puisse être portée jusqu'au deux tiers de la peine ou, en cas de réclusion perpétuelle, à 22 ans. Il existe par ailleurs des dispositions spéciales au meurtre et à l'assassinat d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné de viol ou de tortures et d'actes de barbarie, et, depuis la loi LOPPSI 2 du 14 mars 2011, aux assassinats de membres de l'autorité publique, qui permettent à la cour d'assises soit, si elle prononce une peine à temps, d'appliquer une période de sûreté à la durée totale de cette peine, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, de porter la période de sûreté à 30 ans au lieu de 22 ans ou de décider que le condamné ne pourra jamais bénéficier d'une mesure d'individualisation de la peine, autrement dit, qu'il sera soumis à **perpétuité au régime de sûreté**. La période de sûreté facultative peut quant à elle être prononcée par la juridiction répressive en l'absence de dispositions légales instituant une période de sûreté de plein droit quand elle condamne à une peine privative de liberté non assortie du sursis d'une durée supérieure à 5 ans. Le juge est ainsi devenu le vecteur de la mise en œuvre de véritables politiques de neutralisation de certains condamnés.

En second lieu, le législateur est intervenu pour exclure la possibilité pour le juge d'aménager la peine des condamnés récidivistes ou particulièrement dangereux. Ainsi, par exemple, la loi du 12 décembre 2005 a réduit les réductions de peines supplémentaires susceptibles d'être accordées aux condamnés récidivistes. Le même texte vient limiter l'accès des récidivistes à la libération conditionnelle en faisant passer le temps d'épreuve des

récidivistes condamnés à une peine à temps à un maximum de vingt ans. Dans le même ordre d'idées, il est prévu que les réclusionnaires à perpétuité, hors période de sûreté, ne peuvent plus demander de libération conditionnelle avant dix-huit années minimum et vingt-deux ans en cas de récidive et non plus avant quinze ans. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a poursuivi cette évolution en excluant les condamnés récidivistes du bénéfice des dispositions nouvelles favorables relatives aux aménagements des peines privatives de liberté.

Le pouvoir d'individualisation de la peine se trouve ainsi amoindri de manière sectorielle, aussi bien lors de son prononcé qu'au stade de son exécution. La peine privative de liberté rétribution vient ainsi concurrencer la peine réinsertion qu'avait consacrée le Code pénal de 1994. Mais plus encore que la rétribution, il semble que ce soit la **neutralisation** de certains condamnés identifiés comme dangereux que le législateur impose désormais au juge de rechercher en lui confiant de nouveaux moyens pour assurer la privation de liberté.

B) La mise à disposition du juge de nouveaux moyens de neutralisation

Pour pallier l'insuffisance dénoncée de la peine privative de liberté à protéger la société de condamnés identifiés comme dangereux, le législateur a confié aux juges de nouveaux moyens visant non plus la rétribution, mais la neutralisation. Alors que certains de ces moyens nouveaux ont vocation à assurer la surveillance d'un condamné à la fin de l'exécution la peine privative de liberté (1), d'autres constituent de nouvelles privations de liberté qui s'appliquent postérieurement à l'exécution de la peine (2)

1) La fin de la peine privative de liberté conditionnée par la surveillance du condamné

Considérant que la peine privative de liberté échoue trop souvent à prévenir la récidive des condamnés les plus dangereux, le législateur a choisi de confier au juge les moyens d'une surveillance accompagnant la fin de l'exécution de la peine. Ainsi, les lois du 12 décembre 2005, puis du 25 février 2008 ont érigé le juge en maître d'œuvre de politiques de neutralisation.

Dans un premier temps, la loi du 12 décembre 2005 a donné naissance à deux nouvelles mesures qu'elle a expressément qualifiées de mesures de sûreté, bien qu'elles constituent surtout de nouveaux aménagements de l'exécution de la peine privative de liberté. Il s'agit de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses (SJPD) et du placement sous surveillance électronique mobile. La SJPD a pour fonction d'éviter que des personnes condamnées pour certains crimes ou délits particulièrement graves à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à 10 ans et qui, du fait de leur dangerosité, présentent des risques de récidive ne fassent l'objet d'une « sortie sèche » à l'issue de leur peine. Cette mesure nouvelle permet aux juridictions de l'application des peines d'imposer plusieurs obligations (obligations du suivi socio-judiciaire, du placement sous surveillance électronique mobile et, pour partie, de la libération conditionnelle) à ces condamnés après leur libération, pendant une durée limitée à celle des réductions de peines dont ils ont bénéficié. Leur non respect peut donner lieu au retrait des réductions de peine et à la réincarcération du condamné. La SJPD ne peut être prononcée qu'aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, au vu d'une expertise médicale du condamné faisant apparaître sa dangerosité par un jugement rendu par le JAP après débat contradictoire. Le PSEM consiste quant à lui en un dispositif permettant de contrôler à distance, pendant une durée pouvant aller jusqu'à six ans après sa sortie de prison, un condamné muni d'un bracelet G. P. S.. Ce contrôle est destiné à la fois à dissuader le condamné de passer à nouveau à l'acte, et, à défaut, s'il récidive malgré cette surveillance, à permettre son identification et son arrestation. Le juge s'est ainsi trouvé doté des moyens juridiques propres à assurer suivi constant des condamnés libérés dont la dangerosité est présumée, leur localisation permanente, la vérification du respect obligations et interdictions, et la détection immédiate des incidents et des violations.

Dans un second temps, la loi du 25 février 2008 a à son tour institué une mesure de sûreté poursuivant des finalités identiques et ayant elle aussi pour support juridique la peine privative de liberté prononcée et exécutée : le placement sous surveillance de sûreté. Cette mesure comporte des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses. Elle s'en distingue cependant par le fait que, si la personne placée sous surveillance de sûreté méconnaît ses obligations, et que cette

méconnaissance fait apparaître à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées par la loi, le président de la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut ordonner en urgence son placement provisoire dans un centre socio – médico - judiciaire de sûreté. En outre, elle est prononcée pour une durée d'un an, renouvelable pour la même durée et sans limite.

2) La privation de liberté « hors peine privative de liberté »

Nourrissant l'illusion selon laquelle les condamnés dangereux seraient facilement identifiables, le législateur a doté le juge du moyen de les neutraliser à l'issue de l'exécution de leur peine privative de liberté, et fait ainsi de ce celui-ci le débiteur de la protection de l'ordre public. C'est dans cette perspective que la loi du 25 février 2008 a institué la rétention de sûreté. Si la rétention de sûreté est indéniablement une mesure de sûreté et non une peine, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 février 2008, il demeure qu'elle a pour support nécessaire la peine privative de liberté dont elle viendra d'une certaine façon prolonger l'exécution.

La rétention de sûreté consiste en une privation de liberté dans un centre socio – médico - judiciaire de sûreté (centres devant proposer une prise en charge médicale, sociale et psychologique), qui intervient à l'issue de l'exécution de sa peine par le condamné. Elle ne peut être décidée qu'à l'encontre de condamnés à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour certains crimes (1-crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ; 2- crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravés ; 3- depuis la loi du 10 mars 2010, récidivistes des infractions de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, et d'enlèvement ou de séquestration, même si ces infractions ne sont pas assorties de circonstances aggravantes spéciales), dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'ils présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive, parce qu'ils souffrent d'un trouble grave de la personnalité.

Avant la date prévue pour leur libération, les condamnés susmentionnés pour lesquels la Cour d'assises a prévu la possibilité d'un placement en rétention de sûreté, voient ainsi leur dangerosité évaluée par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Dans l'hypothèse où cette commission conclut à la particulière dangerosité du condamné, elle propose qu'il fasse l'objet d'un placement en rétention de sûreté. La juridiction régionale de la rétention de sûreté statue ensuite sur un tel placement après un débat contradictoire. La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an, renouvelable pour la même durée, sans limite quant au nombre de renouvellements. Le juge se voit ainsi donnée la possibilité de dépasser la peine privative de liberté pour protéger la société en neutralisant ses éléments dangereux.

Artisan de la réinsertion, le juge est également devenu le maître d'œuvre de la rétribution et de la neutralisation. S'il est incontestable que certains condamnés, particulièrement dangereux, doivent être neutralisés, et que d'autres, délinquants occasionnels, doivent être réinsérés, songer que leur identification est aisée relève de l'utopie. A titre indicatif, un juge d'application des peines en milieu fermé assure en moyenne en France le suivi de 400 condamnés, parmi lesquels une centaine pour infractions sexuelles. Le taux de récidive en la matière variant selon les années entre 1% et 3%, le juge sait que, un, deux ou peut-être trois de ces 100 condamnés dont il assure le suivi récidiveront. Il lui incombe de les neutraliser et d'engager les autres sur le chemin de la réinsertion. Le schéma serait séduisant si déceler la dangerosité ne relevait pas de la gageure. Les experts psychiatres expriment en effet couramment leur incapacité à évaluer la dangerosité criminologique des individus, c'est-à-dire la probabilité du passage à l'acte. Le juge doit donc seul réaliser ce choix, nécessairement arbitraire, et pourtant déterminant à la fois pour les individus concernés et la protection sociale. Ainsi, s'interroger sur le juge et la peine privative de liberté aujourd'hui met inmanquablement en lumière la méconnaissance par le politique de la réalité judiciaire. Sans doute nos gouvernants devraient-ils rabaisser leur ambition d'un idéal de prévention sans faille de la récidive, et rendre au droit pénal, et par conséquent au juge, sa fonction première d'assurer la punition des actes anti-sociaux