

## **Analyse du projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines**

**Avertissement : ce commentaire se fonde sur une version du projet de loi tel que remis à l'Assemblée nationale par le gouvernement.**

*La présente version de mon commentaire est augmentée de propositions concrètes d'amélioration du projet de loi – couleur bleu.*

### **Partie préliminaire de la loi**

#### **Dispositions générales**

##### **Art. 130-1 du CP (art 1 loi)**

Enonce que les peines ont pour objet de sanctionner le condamné et favoriser son amendement et son insertion/réinsertion.

*Rien de nouveau* = Tout ceci figurait déjà dans l'article 132-24 du CP au titre des motifs du prononcé des peines. L'exposé des motifs ne dit d'ailleurs pas la vérité sur ce sujet, prétendant que l'article 135-24 n'est pas clair ni complet.

D'ailleurs l'article 132-24 n'est pas abrogé (v. *infra*).

##### **Article 132-1 du CP (article 2)**

Reprend les conséquences des principes sus-évoqués de manière très similaire là encore à l'article 132-24

*Rien de nouveau*

Si ce n'est que les mots « personnalité » et « individualisation » figurent dans le même article et que les spécialistes vont s'amuser à débattre des contradictions entre les deux termes ( : le code pénal de 1994 était passé de l'individualisation à la personnalisation et il y avait beaucoup de travaux sut le sujet et par exemple : Dréan-Rivette, *De l'individualisation à la personnalisation de la peine. Approche épistémologique de la norme sanctionnatrice*, Thèse Rennes I, 2003) et sachant que par ailleurs l'article 132-24, lui, parle de personnalisation et... n'est pas abrogé. De la *confusion* en perspective !

*Ces changements sont inutiles et créent de la confusion. Aucune autre proposition ici que de supprimer ces prétendues nouveautés.*

*Il eut été autrement plus utile d'insérer une disposition générale similaire au code pénal et au code de procédure pénale (pour ce code à l'article 707) visant à imprimer des politiques systématiques de « reentry –resettlement » et de désistance.*

### **Article XXX**

Les juges de l'application des peines, les procureurs de la République, les services pénitentiaires d'insertion et de probation ont pour mission de faciliter la réinsertion et la désistance des personnes condamnées dans le but de prévenir la commission de nouvelles infractions et de protéger les victimes ainsi que la société.

A cette fin, ils nouent des partenariats avec l'ensemble des autres services de l'Etat, les autorités judiciaires, les services de santé, les collectivités territoriales, les associations, voire, s'agissant de l'emploi, les entreprises privées, ce, sous l'égide du comité interministériel de la désistance.

### **Article 132-19 du CP (article 3)**

Deux apparentes nouveautés ; une seule est vraiment nouvelle :

- **Disparition de l'absence de motivation des peines non fermes pour les récidivistes** = là c'est (conforté par le fait que l'article 5 de la loi supprime le dernier alinéa de 132-24 qui l'énonçait et par diverses dispositions techniques qui en tirent les conséquences) = **une vraie nouveauté** et une bonne qui plus est ! L'on sait qu'en ce domaine beaucoup dépendra en réalité de la manière dont la cour de cassation jouera le jeu (selon quel degré de motivation elle impose). *Une chose concrète utile aurait été de donner des indications sur le contenu de la motivation ; de faire en sorte que les rapports présentenciels soient obligatoires en toutes circonstances (v. infra) afin de nourrir ladite motivation ; de prévoir que les juridictions ont l'obligation d'examiner si la personne peut faire l'objet le cas échéant d'une dispense de peine et, j'y reviendrai, de supprimer purement et simplement les comparutions immédiates, grand pourvoyeur de peines fermes.*
- **Ajout dans les obligations de motivation le fait de ne pas prononcer une peine en milieu ouvert sous écrou** (i.e. semi-liberté, placement à l'extérieur ou sous surveillance électronique). A noter que le texte vise les aménagements de peine des articles 132-25 à 132-28 CP alors qu'il s'agit en réalité de peines, dès lors du moins l'on vise ces supports du code pénal ( : pour viser adéquatement les aménagements de peine il aurait fallu se référer aux textes miroir du CPP)= **ne changera pas grand-chose** car il allait de soi que le fait d'avoir à motiver les peines non fermes incluait le fait de n'avoir pas prononcé toute forme de peine en milieu ouvert (sauf à ce qu'une correction technique ultérieure vise cette-fois l'aménagement *ab initio* en visant les bons textes). *Il eut en outre été utile d'ajouter dans la liste la dispense de peine. Si le gouvernement entendait avoir un impact réel sur les incarcérations par diverses mesures techniques, une méthode parmi d'autres aurait d'ailleurs*

*à cet égard consisté à rendre la dispense de peine obligatoire dès lors que ses conditions en sont réunies. Pour l'heure, la jurisprudence constante de la chambre criminelle est que même lorsque les conditions en sont réunies, la juridiction n'a pas à la prononcer.*

## **Partie préliminaire de la loi**

### **Dispositions techniques**

#### **Nouvel article 132-70-1 du CP (article 4)**

**Intéressante nouveauté** consistant à créer une forme d'ajournement de la peine destinée à permettre un complément d'enquête sur le contexte et la personnalité de l'intéressé (le principe de l'ajournement étant que, par contre, la culpabilité a été établie et déclarée lors de la première audience). Toutefois il est patent que cela *ne sera quasiment pas utilisé*. En effet, l'ajournement du prononcé de la peine est un excellent système ; hélas, il n'est presque jamais utilisé (sauf pour l'ajournement avec injonction et uniquement dans le domaine des constructions immobilières illégales ou équivalents) parce que tout simplement il requiert de prévoir deux audiences. Lorsque l'on connaît un tant soit peu la vie des juridictions l'on mesure qu'il est déjà extrêmement complexe de traiter des affaires en une seule fois ; les traiter en deux fois est impensable. Il est donc totalement irréaliste d'en attendre des miracles en termes de taux d'incarcération.

*Répétons-le, une méthode plus radicale et plus efficace pour limiter le prononcé de peines fermes aurait consisté à supprimer ou radicalement réduire les cas de comparutions immédiates, dont l'on sait qu'elles sont grandes pourvoyeuses de peines fermes. Ceci confirme d'ailleurs les recherches qui seront citées infra, montrant que moins l'on a d'informations sur les condamnés (en CI on n'a pas le temps d'en réunir) et plus l'on tend à prononcer des peines fermes.*

#### **Nouvel article 397-3-1 du CPP (article 4)**

C'est le complément de ce qui précède sur le plan processuel. Il s'agit de placer la personne pour laquelle l'ajournement aurait été prononcé sous contrôle judiciaire ou assignation à résidence avec surveillance électronique ou même en détention provisoire.

Ici, je vois tout de suite *un énorme os* : si la personne est placée sous DP ou sous ARSE, la loi prévoit déjà que la période sous ce régime compte ensuite au titre de la peine – si celle-ci s'avère ensuite être une PPL ( : respectivement art. 145 dern. et 142-121 CPP). Toutefois, tel ne peut être le cas d'un contrôle judiciaire qui est une mesure d'instruction non privative de liberté. *La solution est ici claire : faire en sorte que cela soit le cas.*

## Article 5 – Abrogation des peines planchers

L'article 5 commence par abroger les peines plancher. **Nouveauté réelle** et enfin et une qui aura un véritable impact. C'est d'ailleurs **la plus importante disposition à cet égard de la loi en termes d'impact sur le volet entrants/durée de détention**.

Cette mesure était controversée à juste titre. Le traitement de la récidive passe par des mesures institutionnelles, criminologiques et matérielles ; le faire reposer comme nous l'avons fait dans notre histoire sur une augmentation des peines encourues était sans intérêt aucun. Aucune recherche n'a jamais montré que l'augmentation de la peine encourue se traduisait par un impact sur la récidive<sup>1</sup>.

Il était en outre indispensable de laisser les juridictions s'adapter au contexte concret de la personne pour déterminer la peine.

Ensuite v. *supra* pour l'article 132-24 - et l'article 5 contient des dispositions techniques qui tirent les conséquences des nouvelles règles relatives à la récidive ( : explications aux jurés ; mineurs)

## Article 6 (portant sur les révocations du SS et du SME)

L'objet de ces modifications est de **mettre un terme aux hypothèses où les sursis étaient automatiquement révoqués**. C'est évidemment une bonne mesure : l'individualisation est toujours préférable à l'automatisme.

Toutefois, comme pour ce qui concerne la contrainte pénale, dont il sera question infra, il faudra ici compter sur la bienveillance des juridictions correctionnelles que l'on ne peut supposer *a priori*. Tout reposera donc sur les juridictions et non sur la loi. Ce point doit être conservé en mémoire car c'est là un aspect essentiel des critiques que je formule à l'endroit de la partie pénale de ce projet.

Sur le terrain, les **véritables problèmes** tiennent d'ailleurs la **lenteur à la justice** et **l'absence de prise en charge réelle et sérieuse des condamnés** qui alimente ces peines de SS ou SME en cascade.

Exemple typique vu récemment dans une juridiction : le dossier d'un monsieur arrive dans le cabinet du JAP. Il a eu 6 SME (dont deux le même jour sans que le TC n'en soit manifestement conscient)... aucun n'a été mis à exécution. Il n'y a même pas de rapport du SPIP pour le 7<sup>e</sup> SME qui arrive ce jour-là. Est-il étonnant que le monsieur ait suivi une telle pente alors qu'à aucun moment il n'a été pris en charge ?

---

<sup>1</sup> On lira à cet égard von Hirsh A., Bottoms A. E., Burney E., Wikström P.-O. (1999), *Criminal deterrence and sentence severity*, University of Cambridge, Institute of Criminology, Hart Publishing.

Surtout comme le montre ma présentation technique ci-après, c'est uniquement en matière de sursis simple qu'il y a un vrai changement. Concrètement ce qui change donc :

#### Pour le sursis simple

- **132-29 du CP** : lorsque la personne se voit prononcer un SS le président avertit la personne que son sursis pourra – sous-entendu ne le sera donc plus obligatoirement – être révoqué si elle commet une nouvelle infraction dans le délai. *Disposition purement technique liée au changement signalé ci-dessous.*
- **132-35 du CP** : le non avenu est lié à la non révocation prononcée du SS et non plus à la non révocation automatique du SS. *Disposition purement technique liée au changement signalé ci-dessous.*
- **132-36 du CP** était l'article qui énonçait que la révocation du SS était automatique dès lors qu'il y avait une nouvelle condamnation. Il est réécrit de sorte qu'il dispose désormais qu'il faut une décision en ce sens de la juridiction. A cet égard, il convient de faire attention à ne pas confondre la notion de « décision spéciale » avec l'obligation de motivation. Cela signifie simplement que la juridiction doit en décider et *l'écrire* et non qu'elle doive le *motiver*. Cela est évidemment une **nouveauté réelle** et une **bonne nouveauté**. L'automatisme était absurde et contre-productive. Toutefois je répète que le véritable problème réside dans les délais de prise en charge et dans la prise en charge tout court. Là, la question des moyens se pose nécessairement dans le contexte actuel de misère noire de la justice, qui fait de nous l'un des derniers Etats européens ; se pose surtout la question de la nature même de la probation française et du sentiment actuel que la réinsertion et la probation est de la seule responsabilité des SPIP.

*La loi ne peut changer à elle la donne sur le contenu du suivi par voie de réformes législatives. L'essentiel est d'ordre institutionnel et interministériel. Toutefois, j'y reviendrai, une bonne approche consisterait à renvoyer pour toutes les peines en milieu ouvert et tous les aménagements de peine à l'article 132-46 du code pénal, lequel vise justement l'aide concrète des condamnés et à le réécrire de manière à ce qu'il intègre : travail concret sur les facteurs de désistance et de réinsertion des condamnés ; facilitation matérielle, concrète, humaine de la sortie de prison ; et pour cela, travail en réseau et partenariats avec l'ensemble des services de l'Etat, des collectivités territoriales, du milieu associatif...*

- **132-37 du CP** – similaire – *Disposition purement technique liée au changement signalé ci-dessus.*
- **132-38 du CP** – similaire – *Disposition purement technique liée au changement signalé ci-dessus.*
- **132-39 du CP** – similaire – *Disposition purement technique liée au changement signalé ci-dessus.*
- **735 du CPP** : **nouveauté réelle** : possibilité de demander par la voie des procédures du relèvement d'être dispensé (sic : le terme approprié aurait alors été « relevé ») de prononcé de la révocation d'un sursis simple bel et bien prononcé.

A noter *l'erreur technique ici* : il est renvoyé aux articles 702-1 et 730 alors que 730 est un texte qui traite de la libération conditionnelle. Il faut évidemment lire : 702-1 et 703.

Au fond, tout ceci est certes sympathique, cependant les demandes de relèvement sont instruites par le tribunal correctionnel... qui n'a aucune raison de modifier une décision spécialement prise par hypothèse par lui-même (v. 132-26 CP). *Donc impact prévisible très faible.*

*Je propose donc de confier cette compétence au JAP, comme il avait été fait pour l'effacement du B2 et les relèvements d'interdictions par la loi pénitentiaire. N'étant pas une juridiction de même nature que celle qui avait prononcé la révocation, ayant une toute autre culture professionnelle<sup>2</sup> et se prononçant sur la base de données plus précises, il est plus vraisemblable qu'il accepte de donner suite à ces requêtes.*

*A cet égard, pour faire bonne mesure et ajouter une disposition technique réellement utile en matière de peines fermes, je propose en outre d'insérer un nouvel alinéa après l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 710 du code de procédure pénale, lequel traite des confusions de peines et des incidents d'exécution de peines<sup>3</sup> comme suit :*

*« Pour l'examen des confusions de peine, elle tient compte du comportement en détention et des efforts de réinsertion réalisés par la personne condamnée. En cas de rejet de la requête, la personne condamnée peut déposer une nouvelle requête dans un délai de six mois suivant la notification qui lui en a été faite. »*

*Il serait d'ailleurs plus pertinent de confier cette compétence au JAP ou au TAP... plus au fait de ce qui conduit à la récidive ou à la désistance que les tribunaux correctionnels.*

*L'objectif est de faciliter les confusions de peine tout en les fondant sur des conditions de mérite criminologiquement plus pertinentes à ce stade de la peine et pour ce faire de :*

- *Renverser la jurisprudence de la chambre criminelle qui impose de ne tenir compte que du passé pénal de la personne tout en facilitant la réinsertion des personnes détenues et asseyant l'octroi de la confusion de peine sur une condition de mérite plus adaptées aux demandes confusions post sentencielles. Ceci correspond d'ailleurs aux attentes des justiciables.*
- *Renverser la jurisprudence de la chambre criminelle qui ne permet pas de déposer de nouvelles demandes de confusion de peine.*

#### Pour le SME

L'article 132-50 du CP prévoyait un cas unique de révocation presque obligatoire du SME – dans tous les autres cas la révocation était facultative et, gérée par les JAP, était traitée avec beaucoup de souplesse : (a) toujours précédée d'un recadrage ; b) après un recadrage n'ayant pas conduit à la

---

<sup>2</sup> Herzog-Evans M. (2013), *Le juge de l'application des peines : Monsieur Jourdain de la désistance*, L'Harmattan.

<sup>3</sup> V. mes deux rubriques à l'Encyclopédie de droit pénal et de procédure pénale des éditions Dalloz : *Confusions de peine* et *Incidents contentieux de l'exécution des peines*.

reprise de la soumission aux obligations, un débat contradictoire où moins de 70% de révocations<sup>4</sup> – soit lorsque la juridiction correctionnelle ordonnait la révocation d'un premier SME après une nouvelle infraction, alors qu'il y avait déjà eu un SME auparavant, ce dernier était révoqué et exécuté en premier, mais la juridiction pouvait passer outre cette règle par décision spéciale et motivée. **Autant dire que contrairement à ce que j'ai lu ici et là, notamment dans la presse, il n'existait en réalité aucune révocation obligatoire du SME.**

Le nouveau texte inverse juste la logique en disant que la juridiction *peut* dans de tels cas ordonner la révocation de la première peine de SME.

= Ceci ne constitue donc *rien* de bouleversant et *de fondamentalement nouveau* sous le soleil ; quoi qu'il s'agisse naturellement d'un changement intéressant. Cela ne changera pas considérablement la donne et le nombre d'incarcération, sauf à compter sur le fait que les juridictions n'aiment pas motiver et que cela pouvait être un frein à l'application de l'exception de l'ancienne version du texte. On ne videra toutefois pas les prisons ainsi ; mais il est certain que chaque petite goutte d'eau compte en la matière.

## CONTAINTE PENALE

### Articles 8 à 10 de la loi. Création de la fameuse « contrainte pénale »

*Nota : je laisse de côté ci-après les règles purement techniques qui modifient les codes pour tenir compte de l'existence de cette nouvelle peine.*

Sur le fond, par contre, je note qu'a été supprimé le terme « dans la communauté » qui était envisagé par certains promoteurs de cette nouvelle peine, ce qui ne m'étonne pas compte tenu des connotations négatives qu'il revêt en France. Il est vrai aussi que l'objectif du gouvernement est également de renforcer la visibilité dans l'opinion publique du contenu punitif de cette peine, ce qui est assez classique lorsqu'un gouvernement veut faire accepter une nouvelle peine en milieu ouvert ou son extension (voir la transformation de « community work » en « payback » au Royaume-Uni).

Je note surtout, mais les commentateurs l'ont déjà souligné, que fort heureusement la **contrainte pénale ne remplace pas les autres peines restrictives de liberté – pour l'heure ! -mais s'ajoute à elles. Voici pourquoi je suis soulagée de cet arbitrage :**

- Il est toujours préférable si l'on veut espérer qu'une juridiction prononce une peine non privative de liberté, que ladite juridiction ne soit pas enfermée dans un choix binaire

---

<sup>4</sup> V. Herzog-Evans M. (2013), *Le juge de l'application des peines. Monsieur Jourdain de la désistance*, l'Harmattan ; Herzog-Evans M. (2012), « Non-compliance in France: A human approach and a hair splitting legal system », *European Journal of Probation*, n° 4(1), pp. 46-62 ; Herzog-Evans M. (2013), « Offender Recall for Non-Compliance in France and Fairness: An Analysis of 'Sentences Implementation Courts' Practices », in P. Ugwudike and P. Raynor (eds.), *What Works in Offender Compliance. International Perspectives and Evidence-Based Practice*, Palgrave MacMillan: 185-207.

( : prison/peine alternative unique,) auquel cas, par sécurité, la juridiction pourra dans de nombreuses situations préférer la PPL. Ici cela revient à créer un niveau intermédiaire entre le SME et la PPL (sauf à relever *infra* que la mesure aura des effets pervers la rendant *de facto* sinon *de jure* plus répressive que le SME à bien des égards) ;

- Conserver le SME permet de maintenir la faculté de prononcer des peines mixtes. Cela est essentiel pour limiter l'effet binaire sus-signalé. En effet si cette possibilité disparaissait, dans les cas où la juridiction voudrait *et* du suivi *et* de l'incarcération, elle serait obligée de choisir l'incarcération pure car elle trouverait que la peine de contrainte pénale ne serait pas assez contraignante – ou ne punirait pas assez la personne compte tenu de la gravité des faits. La peine mixte permet d'avoir une partie ferme pour répondre à ces objectifs, qui existent quoi qu'en on pense chez les juridictions et d'ailleurs dans la loi (le nouvel article 130-1 dit clairement que le premier objectif de la peine est de punir), sans pour autant que ce soit la seule approche ;
- Très important, conserver le SME permet aussi de maintenir la possibilité de prononcer une peine non privative de liberté pour les récidivistes ayant une peine de 5 à 10 ans à subir (v. 132-41 dernier al.), dès lors que la contrainte pénale ne concerne que les peines inférieures ou égales à 5 ans. A défaut, c'était nécessairement des emprisonnements fermes ou totalement fermes qui leur auraient été réservés ;
- Ainsi la contrainte pénale trouvera-t-elle sa place dans une succession : sursis simple/contrainte pénale/SME total/SME mixte/PPL qui permettra de s'adapter à toutes les situations ;
- De même maintenir les peines restrictives conduit à maintenir aussi le STIG et notamment la conversion STIG qui est une mesure d'un très grand intérêt criminologique. Elle permet de remplacer des courtes peines fermes absurdes – qui, quoi que la loi l'idéalise, continueront à être prononcées pour les raisons classiques ( : pas assez d'info, trop de dossiers et peu de temps en correctionnelle, juges blasés par les multirécidivants CEA ou toxicomanes, nouvelle ambiance politique, par ex. en cas d'échec du PS aux municipales ou après un fait divers retentissant...) – en une peine qui oblige la personne à se prendre en charge sur la durée. On peut ainsi par exemple remplacer 4 mois fermes en 18 mois SME+ 70 heures de TIG. Certains critiquent la complexité technique que cela serait censé représenter. Mais là est pourtant l'essence même de l'article 723-15 du CPP, procédure dans le cadre de laquelle ces conversions sont faites, que ces mêmes personnes soutiennent, que de permettre ces transformations plus intelligentes au regard des personnes, de leurs problématiques lourdes (qui peut imaginer que l'on puisse traiter d'une addiction en quelques mois ?). C'est compliqué pour les non juristes et bien tant pis ! Ce n'est pas à eux de l'appliquer mais à des magistrats formés ayant passé l'un des concours les plus sélectifs qui soient.

Il est **surtout important de noter que le tout dernier article du projet dispose** que : « **Dans les trois ans** suivant la publication de la loi, le Gouvernement présentera au Parlement un rapport sur l'évaluation de la présente loi et spécialement sur la mise en œuvre de la contrainte pénale, afin de préciser dans quelle mesure cette peine pourrait se substituer à d'autres peines et notamment au sursis avec mise à l'épreuve. »

A termes, **c'est donc tout de même la disparition annoncée des autres peines restrictives de liberté** !! Tout le contraire du bon sens que je viens de présenter.



J'attire par ailleurs à nouveau et là est l'essentiel l'attention sur le fait que l'on ne fera pas la révolution dans les pratiques des juridictions sur la seule base d'une nouvelle construction juridique, surtout dès lors que l'on n'a pas modifié le code pénal et les situations où une PPL était encourue. Ce n'est finalement ici qu'une mesure technique de plus. **On ne révolutionne pas la probation par des mesures juridiques**<sup>5</sup>. C'était l'erreur commise par le gouvernement Sarkozy, lequel dans le même temps avait laissé les administrations concernées vivre leur vie et évoluer comme elles l'entendaient. Il est regrettable que le présent gouvernement n'ait pas eu plus d'envergure. Il est encore temps : le Parlement à qui ce projet sera soumis, peut se saisir de l'occasion pour réaliser, quant à lui, une authentique œuvre en matière de probation.

Personne ne peut aujourd'hui sérieusement ignorer les travaux et expériences nombreuses ayant démontré que les changements législatifs ne suffisent pas à changer les pratiques judiciaires et en particulier lorsqu'une nouvelle peine en milieu ouvert est créée dans l'espoir de réduire le nombre d'incarcérations. C'est que **les décisions judiciaires reposent sur bien d'autres critères, circonstances et conditions que celles que le législateur lui imprime en termes généraux.**

Le fait de prononcer une peine est avant tout un phénomène humain<sup>6</sup>, social<sup>7</sup> et même... cérébral<sup>8</sup> et tout cela à la fois<sup>9</sup>. La littérature a isolé toute une série de facteurs dont ma collègue Miranda Boone et moi-même avons récemment dressé un rappel exhaustif<sup>10</sup>. Il s'agit:

- de facteurs tenant à l'intéressé et à son environnement : insertion dans la communauté, gravité de l'infraction, existence de condamnations antérieures, contexte socio-économique et surtout, de la connaissance qu'en ont les magistrats lors de la prise de leur décisions ;
- de facteurs relatifs à la juridiction : idéaux, principes et éthiques de la juridiction en cause et culture professionnelle du corps des magistrats, fait de se prononcer en collégialité ou à juge unique, désir de rendre une bonne et juste décision et contenu qui lui est attribué, perception de ce que l'opinion publique en attend, émotions, faim et fatigue et autres facteurs non liés ;
- de facteurs liés au contenu de la mesure elle-même soit, ceci est ici crucial, la crédibilité du suivi (assez intensif, ayant des résultats envisageables sur récidive et insertion) et la connaissance (ou non) que les magistrats peuvent en avoir (en France un JAP sera plus au courant de ce facteur qu'un tribunal correctionnel...)

---

<sup>5</sup> lire sur ce point : Herzog-Evans M. (2013), « Récidive et surpopulation: pas de baguette magique juridique », *Ajpénal*, mars: 136-139 et Herzog-Evans M. (2013), « Conférence de consensus: trop de droit; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *Recueil Dalloz*, n° 11: 720-723 – v. au contraire mon dernier ouvrage *Moderniser la probation française. Un défi à relever ?*, L'Harmattan, 2013.

<sup>6</sup> Hogarth J. (1971), *Sentencing as a human process*, Canadian Studies in Criminology.

<sup>7</sup> Beyens K. (2000), *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting [Sentencing as a social practice. A penological research into sentencing]*, VUBPess: Brussels.

<sup>8</sup> Casey P., Burke K., Leben S. (2012), *Minding the Court. Enhancing the Decision-making Process A White Paper*, American Judges Association, October 1.

<sup>9</sup> Klein D. et Mitchell G. (dir.) (2010), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press.

<sup>10</sup> Boone M. et Herzog-Evans M. (2013), « Decision-Making and Offender Supervision », in F. McNeill et K. Beyens (dir.), *Offender Supervision in Europe*, Palgrave MacMillan: 51-96.

De manière cruciale la littérature a également montré que **plus une juridiction en sait sur le condamné, moins elle tend à être répressive** – des travaux similaires ont montré ce phénomène en matière d'opinion publique – et moins elle en sait et plus elle tend à être répressive.

**=>Il a donc été montré que l'essentiel dans cette affaire est donc :**

- 1) l'existence de rapports présenticiels complets et informatifs ;**
- 2) une connaissance réelle sur la phase d'exécution des peines, et**
- 3) une telle phase qui soit crédible.**

L'on mesure ici l'inanité à espérer un changement à long terme de comportement des juridictions sur la seule base d'un changement juridique.

Pour ce qui concerne la France, sans systématisation et amélioration du contenu des rapports présenticiels et sans crédibilité accrue du suivi tant en intensité (pour les risques moyens et élevés notamment) spécialement du traitement des « criminogenic needs » et changement qualitatif profond des méthodes de traitement l'on n'a aucune chance d'obtenir un résultat à long terme – sans parler d'un impact réel sur la récidive.

Or l'on ne voit ici aucune politique d'envergure en matière de probation. J'ai assez écrit sur les véritables enjeux de la probation et en quelques mots : recrutement (trop de juristes, pas assez de psychologues et de travailleurs sociaux) ; formation et pratiques (il est indispensable de passer à une probation scientifique et structurée) ; collaboration ( : avoir laissé faire, voire soutenu, des guerres interinstitutionnelles avec en fond des histoires de territoire SPIP/asso ; SPIP/JAP ; avoir toléré que les SPIP aient des relations partenariales verticales avec les autres organismes et services idoines et non horizontales et réellement collaboratives<sup>11</sup>) est exceptionnellement contre-productif). Il est temps de passer à des politiques systématiques de partenariats entre services (v. *infra*) tous azimuts<sup>12</sup> *et pour cela je propose la création d'un comité interministériel de la désistance, qui serait destiné à impulser des politiques partenariales systématiques. Pour ce faire, il est essentiel que :*

- *toutes les mains soient sur le pont,*
- *que l'idée irréaliste que les SPIP sont le pilote ou, pire, le gendarme de ces dispositifs doit céder la place à celle en vertu de laquelle il existe un ensemble de partenaires et acteurs pertinents qu'il convient de fédérer pour plus d'efficacité sur le suivi et surtout dans l'objectif final de réinsertion et de désistance.*

---

<sup>11</sup> v. par ex. Herzog-Evans M. (2013), « All hands on deck': (re)mettre le travail en partenariat au centre de la probation », *Ajpénal* mars: 139-144 ; Herzog-Evans M. (2013), *Audit qualitatif des placements à l'extérieur du Morbihan*, Août, rapport non publié ; Herzog-Evans M. (à paraître), « French Third Sector Participation in Probation and Reentry: complementary or competitor? », *European Probation Journal* - ce que constatait déjà dans sa thèse Virginie Gautron (2006), *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse Nantes.

<sup>12</sup> v. Herzog-Evans M. (2013), *Moderniser la probation française. Un défi à relever* l'Harmattan.

Il y aura sans doute un effet d'annonce les premiers mois et surtout parce que le parti socialiste est au pouvoir ( : impact classique de l'ambiance politique sur le prononcé des peines), mais cela disparaîtra au premier fait divers ou lorsque l'opposition actuelle reviendra au pouvoir ou simplement donnera le ton d'un discours sécuritaire au cours de la prochaine campagne électorale.

L'on aura compris que je ne suis pas favorable à la contrainte pénale, car l'idée d'une réforme des purement juridique me paraît être d'une navrante courte vue.

Je ne formule donc aucune autre proposition à ce stade (voir les détails dans les pages qui suivent), mais insiste pour que la contrainte pénale ne remplace pas les autres peines.

La nouvelle peine se traduit par des dispositions techniques à la fois dans le CP (prononcé et domaine) et dans le CPP (exécution). Je les ai organisées ci-après par thématiques :

#### Sur le prononcé et le domaine de la peine de contrainte pénale

Ces dispositions sont insérées aux nouveaux articles 131-8-2 et s. du Code pénal.

**Article 131-8-2 al. 1** du CP: Je l'ai dit *supra* : cela concerne des **peines privatives de liberté** (ci-après PPL) **encourues allant jusqu'à 5 ans**.

En d'autres termes et en observation préliminaire, malgré l'annonce selon laquelle on ne se réfère pas à une PPL, ceci n'est manifestement que partiellement vrai. Ceci pourra paraître comme constituant une boutade de mauvaise foi, dès lors qu'il faut bien fixer le domaine d'application de la contrainte pénale et dès lors que notre code pénal demeure les yeux rivés sur la PPL en faisant référence qualification par qualification, les seules PPL et d'amende dans ses dispositions spéciales. Le seul moyen de vraiment sortir de la logique hypnotique de la prison – discours affiché du ministère de la justice – *aurait été de réécrire le Code pénal de sorte que la contrainte pénale fasse figure de peine principale comme la PPL et l'amende et qu'il y soit fait systématiquement référence dans chaque infraction correctionnelle pour laquelle l'on souhaitait qu'elle s'appliquât. Voilà précisément la proposition que je fais.*

Sur le seuil lui-même : il est suffisamment élevé pour correspondre à la nouvelle définition en droit français de la distinction courte/longue peine (voir SEFIP, PSAP... et, dans le présent projet de loi, la libération sous contrainte sans ou avec débat contradictoire).

Comme il a été dit, pour les récidivistes ayant une peine de 5 à 10 ans, il y aura toujours le SME et je m'en réjouis. Si le SME devait être ultérieurement supprimé, il serait indispensable d'étendre alors la domaine d'application de la contrainte pénale, pour notamment couvrir la récidive.

### Sur l'exécution

#### *Durée*

Le **nouvel article 131-8-2** CP indique à l'alinéa 2 que la durée de la surveillance sera de **six mois à 5 ans**.

C'est très long. C'est plus long que le maximum le plus courant du SME (les durées de 5 et 7 ans s'appliquent uniquement en cas de récidive ou double récidive).

Donc sous couvert d'être moins répressifs et moins restrictif qu'avec l'actuel SME *en réalité on insère ici la possibilité de placer des gens sous contrôle pendant des durées énormes*. Autant la durée d'un suivi est importante lorsque les problématiques sont lourdes (ainsi j'ai dit *supra* que 18 mois de STIG était mieux que 4 mois de PPL) autant des durées excédant trois ans paraissent exagérément longues sans plus apporter : de deux choses l'une ou l'on a réussi avant ou il a rechuté... Et le problème est avant tout le contenu du suivi ; l'on revient toujours à la réalité criminologique, laquelle est têtue.

J'attire par ailleurs l'attention des politiques et sympathisants de gauche qui tendent de manière souvent courte à **croire que les peines en milieu ouvert sont moins afflictives par principe** et quels que soient les circonstances **que les peines en milieu fermé**. C'est là une illusion<sup>13</sup>.

L'on sait au contraire que les condamnés ne supportent pas bien les mesures en milieu ouvert trop strictes, mais aussi de trop longue durée et qu'ils préfèrent les peines fermes assez rapidement ou à partir de degrés de contrainte qu'ils estiment trop stricts<sup>14</sup>.

En d'autres termes, ce que la gauche ignore manifestement, ayant les yeux rivés sur les PPL, est que les peines en milieu ouvert soulèvent de sérieux problèmes et inquiétudes en termes de droits de l'homme, lesquels ont été bien trop longtemps ignorés<sup>15</sup>. au point qu'un auteur a pu parler de « douleur de la probation »<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Williams A., May D.C., Wood P.B. (2008), 'The lesser of two evils? A qualitative study of offenders' preferences for prison compared to alternative sanctions', *Journal of Offender Rehabilitation*, 46(3,4): 71-90.

<sup>14</sup> May D.C. and Wood P. B. (2010), *Ranking Correctional Punishments. Views from Offenders, Practitioners, and the Public*, Carolina Academic Press ; Herzog-Evans M. (2011), "« The six month limit to community measures 'under prison registry': a study of professional perception », *European Journal of Probation*, 2012, vol. 4, n° 2, pp. 23-45 et sa traduction/adaptation française: "Le plafond « des six mois » pour les mesures sous écrou", in P. V. Tournier (dir.), *Une certaine idée de la criminologie. Approche indisciplinaire du processus pénal*, Paris, l'Harmattan, 2013: 151-165.

<sup>15</sup> V. toutefois van Zyl Smit D. (2012), "Punishment and Human Rights", In: Simon, J. and Sparks, R. (dir.), *Handbook on Punishment and Society*, Sage, Chap. 19: 395-415 et Nellis M. et Gelsthorpe L. (2003), "Human

La question est d'autant plus sérieuse qu'après une hyper-inflation carcérale dans les pays occidentaux, l'on est désormais passé à une hyper-inflation des peines en milieu ouvert, sans plus de discernement que dans la phase précédente<sup>17</sup>.

### *Fixation des obligations*

**Article 131-8-2 al. 3** : Une heureuse nouvelle, en raison de sa meilleure compétence en la matière, ce sera le JAP et non le tribunal correctionnel qui fixera le contenu des obligations, TIG éventuel compris. Nous restons donc là dans le contexte où, comme actuellement, le tribunal correctionnel coupe le « patron » de la peine et le JAP fait du sur-mesure après rapport du SPIP. C'est tout à fait *cohérent* avec les possibilités concrètes des juridictions *et donc satisfaisant*.

Le tribunal correctionnel peut toutefois fixer des obligations, mais uniquement celles des 4° à 14° de l'article 132-45, soit uniquement des obligations de type contrôle social et prévention de la récidive et non des obligations visant à la réinsertion. Là par contre pour paraphraser des auteurs de tweeters anti SME, c'est un total « mic mac ».

Le tribunal correctionnel pourra aussi ajouter l'injonction de soin du suivi socio-judiciaire si la peine a été prononcée pour un délit faisant encourir le SSJ. Nous aurions ainsi pour la première fois en droit français la possibilité de cumuler injonction de soins et... obligation de soin. Cela nous promet de belles confusions.

*A ce stade de confusion une proposition évidente serait de simplifier considérablement le régime des obligations/injonctions de soin. L'injonction de soins est une usine à gaz qui coûte cher et n'assure pas pour autant une collaboration réelle entre judiciaire et santé. Le projet de loi aurait pu être l'occasion de repenser – avec réflexion approfondie – ces questions et leurs nombreux enjeux : partage des informations, secret médical et ses limites exactes, etc. Sur le plan juridique il est indispensable de sortir de l'éclatement des régimes d'obligation de soin et de réunir le tout en un texte unique au sein de l'article 132-45 (5°) pour plus de lisibilité. L'obligation de soin soulève d'ailleurs d'autres problèmes sans sa rédaction actuelle : le texte est abscons et ne permet pas aux JAP de donner des indications précises aux condamnés quant à l'objectif poursuivi par les soins et les limites exactes des obligations du condamné en la matière (par ex. beaucoup vont voir un généraliste...).*

A noter que l'article 131-8-2 CP oublie de dire quelles obligations le JAP pourra quant à lui prononcer. Il se borne à renvoyer aux « obligations et interdictions ». Le « détail » si l'on ose dire apparaît à **l'article 713-44 CPP** qui dispose que le JAP peut prononcer :

---

rights and the probation value debate”, in Chui W.H. et Nellis M. (dir.), *Moving probation forward: evidence, arguments and practice*, London, Longman Pearson: 227-245.

<sup>16</sup> Durnescu I (2010), 'Pains of Probation: Effective Practice and Human Rights', *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 20(10): 11-16.

<sup>17</sup> McNeill F. (2013), « Community Sanctions and European Penology », in Daems, van Zul Smit D. et Snacken S. (dir.), *European Penology?*, Hart Publishing, Onati International Series in Law and Society: 171-191; Phelbs M. (2013), "The paradox of probation", *Law and Policy*, n° 35(1-2): 51-80.

- Toutes les obligations de 132-45 *donc rien de nouveau* par rapport au SME et autres mesures et peines en milieu ouvert – ce dont il faut se réjouir ;
- Le TIG – cela semble nouveau et *ajoute* donc *du contrôle social* sauf à constater que le cumul probation et TIG existait déjà avec la peine de STIG.... Il est vrai au domaine sans doute trop étroit. *Où l'on réalise qu'on aurait fait plus simple en élargissant le domaine d'application du STIG. Cela aurait fait moins de bruit... mais aurait été plus simple. Pour ma part je propose toutefois d'étendre tout de même le domaine d'application du STIG aux PPL d'un an, pour améliorer l'article 723-15 qui est la procédure qui permet de mener à la conversion des peines fermes en STIG. Il conviendrait également de faire de cette conversion une mesure clairement utilisable en tant qu'aménagement d'une peine en cours d'exécution pour la partie restant à subir. Prenons l'exemple d'un alcoolique condamné plusieurs fois pour CEA à des peines en milieu ouvert qui finit par blesser quelqu'un et qui, c'est logique, est envoyé en détention en raison de l'impression que rien ne marche sur lui, mais pour une courte peine, ce qui est la pratique en la matière. Son alcoolisme ne disparaîtra pas en détention, pas plus qu'en deux ou trois mois de PSE/SL ou PE qui sera classiquement prononcé en tant qu'aménagement de peine. Il est donc vital de pouvoir le suivre sur la durée, ce que permet le STIG.*
- Et, comme je l'ai dit supra, l'injonction de soins si le SSJ était encouru et les soins apparaissent pertinents. Notons que cela permet de créer *plus de contrôle social* sur les 'contraints' alors même que l'on affirme créer une peine plus douce –et plus simple – que le SME).

Le dernier alinéa de l'article 713-44 indique que la personne sera soumise aux mesures de contrôle de l'article 132-44, dont on connaît la nature obligatoire et automatique. *Rien de nouveau donc.* Heureusement là encore.

Se pose *une question technique* à ce stade : que deviennent les obligations du contrôle judiciaire que le tribunal correctionnel aura fixées au stade où le JAP fixe les obligations ? Pourquoi ne pas avoir simplement renvoyé à 132-45 sauf à ajouter le TIG ? Cela aurait été beaucoup plus clair.

Sur le fond, le professeur Kristel Beyens (Université libre de Bruxelles) qui commentait le chapitre de livre coécrit avec Miranda Boone et cité *supra*, et dans lequel j'évoquais l'éventualité d'une peine de contrainte pénale avait immédiatement réagi : « *attention à ne pas avoir des régimes trop contraignants qui poussent les condamnés à l'échec* ». Cet avertissement est d'autant plus pertinent si la contrainte pénale dure plus de 18 mois/3 ans. Le gouvernement, soucieux de donner à l'opinion publique l'image d'un gouvernement ferme sur la délinquance malgré tout, a inséré dans le projet diverses dispositions manifestement destinées à effacer cette impression (en pure perte d'ailleurs : l'opinion n'entendra que le discours tenant en un titre de journal télévisé selon laquelle le gouvernement veut éviter la prison et ne viendra ; pas plus que les journalistes lire les « petits caractères »). Outre le risque que je viens de signaler et formulé par Kristel Beyens, **le ministère de la justice confond intensité du contrôle et des contraintes et intensité du traitement des facteurs de risque et de passage à l'acte** (« risks, and criminogenic needs »). Il va de soi que pour espérer des résultats sur la récidive et l'insertion c'est ce dernier point qu'il fallait privilégier, ce qu'une loi ne pouvait réaliser... l'on en revient à ma critique principale relative à cette loi.

Pour fixer les obligations le JAP sera aidé par l'évaluation faite par le SPIP prévue au nouvel article **713-42 CPP**. L'on se demande ici pourquoi fallait-il créer un texte spécifiquement pour cette peine alors que diverses dispositions le prévoient déjà pour les autres peines restrictives de liberté. L'emplacement choisi dans le code est d'ailleurs pour le moins étrange ( : après les confiscations – mais il est vrai dans un nouveau chapitre avant la détention. Vu le désordre qui règne déjà dans le CPP après tout un de plus... *Une petite recodification du CPP aurait été à ce stade autrement plus ambitieuse et pertinente si l'on voulait à tout prix une réforme législative de plus.*

Ce qui suit en dit ensuite long sur l'état des rapports entre JAP et SPIP : *les rédacteurs de ce nouvel article ont estimé nécessaire de spécifier que le JAP ne sera pas obligé de suivre les prescriptions du SPIP ! (CPP, art. 731-43)* Faut-il rappeler que l'autorité judiciaire n'est pas tenue par l'exécutif dans une démocratie ?! On sait que cela est difficile dans le système hérité de Napoléon où *de facto* c'est l'exécutif qui domine sur et le législatif et le judiciaire, mais tout de même.

Plus grave : *la fixation des obligations ne donne pas lieu à débat contradictoire* (nous le verrons c'est la nouvelle et navrante constante de ce projet) (CPP, art. 731-43); il est seulement dit que l'intéressé est convoqué pour notification. Cela est pour le moins **ahurissant lorsque l'on se souvient que le JAP peut ajouter un TIG** à la peine au titre des obligations. Le moins que l'on puisse dire est que cet ajout de contrôle social aux probationnaires classiques (comparé au SME par ex.) devrait nécessiter un débat ; *les libertés individuelles sont en cause et les droits de la défense en jeu.*

Je note d'ailleurs qu'il a été omis le recueil du consentement du condamné, en matière de TIG, un classique qui nous est imposé par une convention de 1930 de l'Organisation internationale du travail. Comment en effet concilier notification et... recueil du consentement ? Assurément, il fallait un débat contradictoire à ce stade.

*Ma proposition est donc ici de prévoir un tel débat dans tous les cas au cours duquel, pour le TIG, le consentement de l'intéressé est en outre recueilli.*

A défaut, il restera à espérer que les JAP reprendront leurs pratiques habituelles : à défaut de débat au moins un entretien préparatoire en audience informelle dans son bureau et convocation pour la notification de la décision. Reste que.... Les droits de la défense ne sont pas respectés.

*Modification ultérieure des obligations (y compris ajout d'obligations)*

Elle se fait hélas dans les conditions de l'article 712-8 du CPP - **donc à nouveau sans débat contradictoire** sauf si le parquet le réclame (v. *infra* à recours)

*Ma proposition est donc ici de prévoir un tel débat contradictoire chaque fois du moins qu'il s'agit d'ajouter des obligations ou d'en renforcer le régime d'exécution.*

Le **réexamen** sera fait à intervalles réguliers pour la contrainte pénale (et après un rapport SPIP). C'est là par contre une *bonne mesure*, sinon qu'elle mobilisera beaucoup les SPIP et le JAP et qu'on n'a guère le temps au vu de ce que la loi ajoute par ailleurs de charge de travail à chacun.

A noter que l'article 707 du CPP a été réécrit pour en faire une obligation pour toute l'exécution des peines (v. *infra*)

### *Recours*

Dès lors qu'il ne s'agit que d'une ordonnance... donc une mesure quasi-juridictionnelle (hélas, v. ci-dessus) l'on a donc l'appel classique (et non suspensif) en la matière devant le président de la CHAP... classique si ce n'est que le délai passe de 24 heures à... 10 jours. Encore une procédure distincte par rapport à l'existant. **Monumentale confusion!**<sup>18</sup> (le droit de l'exécution des peines était impossible à enseigner... cela ne va pas s'arranger !) (**CPP art. 712-43**)

*Ici ma proposition est simple : ramener le délai de recours à celui de droit commun.... Mais s'agissant d'un recours cette fois pour une procédure juridictionnelle, puisque j'ai indiqué supra que je souhaitais qu'il y ait un débat contradictoire. Donc 10 jours effectivement si l'on a bien une mesure prise après débat ; si l'on prenait la décision regrettable (et juridiquement impossible pour le TIG) de ne point organiser de débat, alors il faudrait revenir au délai de recours de droit commun pour les mesures quasi-juridictionnelles, soit... 24 heures.*

Autre source de confusion et différence par rapport au droit commun : outre le procureur de la République, le procureur général peut aussi interjeter appel de la décision initiale par laquelle le JAP fixe les obligations (*idem*). Pourquoi là et pas pour les autres recours dans l'exécution des peines ? Comprenez qui pourra !

*Ici ma proposition est simple : supprimer.*

Par contre – encore une **monumentale confusion** – si le JAP modifie par la suite les obligations c'est cette fois dans le cadre de l'article 712-8, en sorte que cette fois s'il s'agit toujours d'une mesure quasi-juridictionnelle, par renvoi de 712-8 à 712-5 et par renvoi de 712-5 à 712-11-1° et 712-12, il s'agit d'un recours devant le président de la CHAP... classique mais cela veut dire que bien que le recours n'est plus de dix jours comme supra mais de.... 24 heures. (**713-45 CPP**)

*Ici ma proposition est simple : aligner le régime de ces modifications sur le régime applicable à la détermination initiale des obligations (v. supra)*

---

<sup>18</sup> V. pour s'en rendre compte le nombre de procédures existantes dans l'exécution des peines que j'ai répertoriées à la toute fin de mon ouvrage Herzog-Evans M. (2012-2013), *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz.



### *Fin de la contrainte pénale*

**L'article 713-45** CPP nouveau prévoit qu'après un délai d'un an le JAP peut mettre fin à la contrainte pénale. Il y avait certes déjà le non-avenue anticipé, mais modeste... et rarement appliqué pour cause de charge monumentale de travail.

Cette fois on va beaucoup plus loin. Imaginons une contrainte pénale fixée à cinq ans par le tribunal correctionnel : le JAP peut la ramener ainsi à un an. C'est plutôt une **bonne nouvelle. Mais ici encore un débat contradictoire devrait s'imposer**, cette fois pour que les intérêts de la société soient représentés (le parquet)

De même aurait-il fallu prévoir que le condamné puisse saisir le JAP d'une requête permettant de mettre fin à la contrainte pénale. **Ce projet oublie d'une façon générale totalement le condamné et son autodétermination** en supprimant presque systématiquement débats contradictoires et recours et en prévoyant une forme de libération sous contrainte qui s'impose à l'intéressé – v. *infra*). Il est à mille lieues des apports de la désistance à cet égard, qui insiste tant sur *l'agency*<sup>19</sup>. Rappelons que Shadd Maruna, l'un des leaders incontestés des recherches en matière de désistance a souhaité l'instauration dans les Etats de rituels de désistance<sup>20</sup>, permettant de renforcer la motivation des condamnés par la prise de décisions solennelles constatant leurs efforts en ce sens. La procédure envisagée ici le permettrait, ce qui est une bonne chose, mais la dimension solennelle de la prise de la décision disparaîtrait en l'absence de débat contradictoire et notamment de prise de parole du procureur, dont l'on sait très bien à quel point, lorsqu'ils tiennent des propos favorables aux condamnés, ceux-ci en ressentent une immense fierté.

### *Suspension de la contrainte pénale*

**Mesure technique, classique**, mais utile, 713-46 CPP : le JAP peut suspendre la contrainte pénale si il y a une incarcération pour autre cause.

### **Révocation**

**C'était la question essentielle.** Dès lors que les promoteurs de cette réforme avaient détaché la contrainte pénale de l'emprisonnement et que, à moins d'être totalement naïf et ignorant des réalités l'on ne pouvait pas imaginer que les condamnés se soumettraient plus aux obligations sous prétexte que l'habillement juridique aurait légèrement changé, il était inévitable que le nombre des violations serait similaire sous la contrainte pénale à ce qu'il était sous SME (voire pire d'ailleurs si le

<sup>19</sup> V. parmi de multiples: S. King, "Transformative agency and desistance from crime", *Criminology and Criminal Justice*, 2013, n° 13(3): 317-335.

<sup>20</sup> Maruna S. (2001), *Making Good. How Ex-Convicts Reform and Rebuild their Lives*, American Psychological Association. V. aussi sur ce sujet, le numéro special de la revue *European Journal of probation*, n° 3(1) de 2011, accessible : [http://www.ejprob.ro/index.pl/january\\_2011](http://www.ejprob.ro/index.pl/january_2011).

contrôle social est effectivement renforcé, v. commentaire de Beyens *supra*<sup>21</sup>). Dès lors il y avait *de jure* deux solutions possibles :

- Soit le tribunal correctionnel fixait une peine à mettre à exécution que le JAP pourrait ramener à exécution, pour le cas de violation (c'est le mécanisme actuel pour le SSJ) ;
- Soit le JAP devait saisir le TC et il fallait créer une nouvelle infraction appelée violation de la contrainte pénale (c'est le mécanisme actuel pour le TIG).

Cette dernière éventualité m'avait énormément inquiétée car elle aurait inmanquablement conduit à plus d'incarcération : le JAP, lui, fait toujours d'abord un recadrage qui est souvent efficace, nous l'avons vu *supra*. Ce n'est qu'en cas de persistance des violations que le JAP révoque alors (et pas dans tous les cas !). Le tribunal correctionnel, lui, avait peu de temps à consacrer aux dossiers (quoique certains ignorants les réalités du terrain aient pu le prétendre: bien moins que le JAP), sa culture professionnelle radicalement différente<sup>22</sup> pour ce qui concerne la culture des JAP) et son manque d'information permettant d'individualiser (toutes les recherches montrent que moins on en a et plus on est répressif...) n'allait ni avoir le temps du recadrage ni la patience et l'étude des situations complexes et leur résolution.

La première éventualité, cependant revenait à rendre le principe de la contrainte pénale inutile, car la différence avec le SME était alors de pure technique.

Les rédacteurs du projet initial de la loi avaient initialement réussi le *tour de force de trouver une troisième voie*.

En effet, l'article **713-47** nouveau du CPP prévoyait que le JAP pouvait faire plusieurs choses (applicable comme en droit commun soit à raison d'une ou des plusieurs violations d'obligations soit de nouvelle condamnation) :

- D'abord il énonce que le JAP peut en première intention, renforcer l'intensité du suivi. Ce n'est pas nouveau car les JAP ont toujours procédé ainsi sans que la loi ne le prévienne expressément – v. les références citées *supra*) – et c'est donc la première fois que le droit positif l'inscrit dans un texte. A ce compte-là n'était-il pas de meilleure politique législative d'en faire un texte général applicable à toutes les situations de violation ? Si l'on voulait vraiment simplifier le droit (il faudrait commencer par là).

---

<sup>21</sup> V. surtout l'impact sur les Etats-Unis et l'Angleterre des politiques accroissant le contrôle sur les condamnés et se traduisant par d'impressionnants taux de retours en prison. Pour les USA : J. Travis and C. Visher (2005), (eds) *Prisoner Reentry and Public Safety in America*. New York: Cambridge; pour l'Angleterre et Pays-de-Galles: Padfield N. et Maruna S. (2006), « The revolving door at the prison gate: Exploring the dramatic increase in recalls to prison », *Criminology and Criminal Justice*, n° 6(3) : 329-352.

<sup>22</sup> Pour les JAP, v. v. Herzog-Evans M. (2013), *Le juge de l'application des peines. Monsieur Jourdain de la désistance*, l'Harmattan. Sur les pratiques des tribunaux correctionnels on lira l'ouvrage collectif coordonné par Danet J. (2013), *La réponse pénale*, Presses Universitaires de Rennes.

*Ma proposition ici est donc simple : rédiger en effet un TEXTE GENERAL permettant de traiter des compétences du JAP en matière de sanctions et surtout, donnant un support législatif à la pratique générale du recadrage ou rappel à la loi, qui fonctionne dans de très nombreux cas.*

*Il serait également utile de retoucher l'article 713-47 et remplacer « renforcer l'intensité du suivi ou compléter les obligations ou interdictions » par « renforcer ou réduire l'intensité du suivi ou modifier les obligations ou interdictions ». En effet, dans bien des cas, c'est l'intensité des obligations qui met l'intéressé en échec et il peut être tout aussi pertinent de les réduire.*

*Il serait en outre utile d'ajouter dans ce texte que le JAP peut également convertir la peine de contrainte pénale en autre chose... par exemple un PSE, une SL, un PE... cette souplesse permettra dans certains cas une meilleure adaptation à la situation de l'intéressé.*

Ensuite, ahurissant et extrêmement choquant : la décision du JAP doit être prise par voie d'ordonnance **sans débat contradictoire** alors qu'il s'agit de limiter ici les libertés individuelles de l'intéressé. C'est une fois de plus une constante de cette réforme que de réduire les droits processuels des condamnés, en s'illusionnant sur le fait que le milieu ouvert n'a pas d'impact sur les droits de l'homme et libertés au motif qu'elles seraient vertueuses a priori. C'était certes déjà le cas avec l'article 712-8 CPP (auquel il est ici d'ailleurs renvoyé). Cela ne le rend pas pour autant plus admissible.

- Ensuite – et voilà la **très osée nouveauté** - il était prévu que si ce renforcement ne suffit pas « pour assurer l'effectivité de la peine » (on aurait aimé trouver quelque chose de l'ordre de : et pour résoudre les problèmes criminogènes de l'intéressé) il est dit que le JAP peut prononcer l'emprisonnement de l'intéressé. **C'était osé car le JAP n'avait jusqu'à présent dans notre droit positif jamais eu le droit de prononcer dans le vide une peine.** Il peut prononcer une mise à exécution d'une peine pré-prononcée, mettre à exécution un sursis pré-prononcé par la juridiction de condamnation, mais n'a pas ce pouvoir par lui-même. Cela change radicalement la donne et rapproche notre JAP des juridictions résolutive de problème (*problem-solving courts*) qui sont mi juridictions pénales mi juridictions d'application des peines. Personnellement je n'ai aucune opposition à ce changement radical, mais il faut pronostiquer qu'il sera contesté auprès du Conseil constitutionnel.

La durée de cet emprisonnement est au maximum d'une durée égale à la moitié de la contrainte pénale telle que prononcée par le TC et ne peut pas plus excéder le maximum de la peine encourue (comprendre s'il s'agit non de violations des obligations mais d'une nouvelle condamnation). Ceci peut se faire en plusieurs fois à condition de ne pas dépasser ces totaux (ce qui veut dire que le JAP sera bien inspiré de rester en deçà pour se garder de la marge pour plus tard au cas où.

Hélas **cet article a été retouché lors de sa présentation officielle** et voici ce qu'il énonce à présent : c'est bien toujours le JAP qui sanctionne et ce, autrement que par un retour en prison, mais si cela ne suffit pas :

« En cas d'inobservation par la personne condamnée des mesures, obligations et interdictions qui lui sont imposées, le juge de l'application des peines peut, d'office ou sur réquisitions du procureur de la République, selon les modalités prévues par l'article 712 8, compléter les obligations ou interdictions auxquelles le condamné est astreint.

« Si la solution prévue à l'alinéa précédent est insuffisante pour assurer l'effectivité de la peine, le juge, d'office ou sur réquisitions du procureur de la République, saisit par requête motivée le président du tribunal de grande instance ou un juge par lui désigné afin que soit mis à exécution contre le condamné un emprisonnement d'une durée qui ne peut excéder la moitié de la durée de la peine de contrainte pénale prononcée par le tribunal ni le maximum de la peine d'emprisonnement encourue. »

L'on a donc choisi une quatrième voie tout aussi aberrante que l'hypothèse du retour devant le tribunal correctionnel. Les présidents de juridiction sont en effet :

- 1) Incompétents en matière de désistance... ne connaissent pas les condamnés en phase d'exécution de la peine ; n'ont pas la culture professionnelle des JAP ;
- 2) Déjà surchargés de tâches.....

***Je réitère : on tourne en rond. La peine de probation ne présente que des désavantages par rapport au SME.***

### **'RENFORCEMENT' DU SUIVI**

#### **Article 10 du projet de loi - Dispositions visant à préciser et « renforcer » le régime du suivi**

Comme je l'énonçais supra, dans le but transparent de donner à voir à l'opinion publique que, malgré l'objectif affiché de réduire le nombre de peines d'emprisonnement par la voie d'une transformation technique et juridique, le ministère de la justice a multiplié les signes ostentatoires destinés à donner une impression inverse de sévérité. A aucun moment la pertinence criminologique de ces renforcement – et surtout de la manière dont ils ont été ici conçus – n'est soulevée, ni même recherchée.

Comme je l'énonçais supra, le ministère **confond manifestement renforcement de la répression et du contrôle avec renforcement du travail social, thérapeutique et criminologique** qu'il s'agit de faire avec les condamnés (lequel n'est d'ailleurs pas nécessairement exempt de renforcement du

contrôle sur certains points et notamment sur la consommation d'alcool et de drogue, point sur lequel notre pays donne à voir une tartuferie permanente où tout concourt à ce que les addictions ne soient jamais traitées sérieusement).

Hélas, il tombe ici dans le panneau dans lequel étaient tombés les Etats-Unis et le Royaume-Uni avec les premières générations de « probation intensive », lesquels avaient conduits à ni plus ni moins qu'un impact nuisible sur la récidive<sup>23</sup>.

Certes, la France avait à cet égard une marge importante et en soit un renforcement du contrôle n'est pas nécessairement une mauvaise idée. Pour autant, il nécessitait *une politique autrement plus ambitieuse de collaboration entre police, SPIP, JAP et services de l'exécution des peines des parquets (c'est donc ma proposition principale ici – voir à ce sujet supra sur la proposition de politique interministérielle)*

En l'état le texte est essentiellement destiné à gommer l'effet angélisme de la contrainte pénale sur l'opinion publique. Le « la » en est au demeurant donné de manière tout à fait brutale par **l'article 707 totalement réécrit (à l'article 11 du projet de loi)** à partir des alinéas 2 et 3 qui étaient pourtant les meilleurs, et qui perd ainsi totalement de sa force et de son impact. Ce texte est un texte introductif à la 5<sup>e</sup> partie du CPP et, lors de sa création par l'excellente loi Perben 2, il avait été salué par les commentateurs de tous bords comme un modèle de bonne politique législative et d'équilibre. Le résultat de sa réécriture est hélas que son architecture est totalement bouleversée et le message totalement modifié.

En effet, et alors que les victimes étaient déjà mentionnées dans de nombreuses dispositions y compris l'article 707, voilà que les deux alinéas phares soient le 2 et le 3 sont abrogés et remplacés par un paragraphe en mode effet d'annonce très long consacré à la victime, *qui n'ajoute rien au droit positif* car tout était déjà dans le code – sauf à saluer la mention expresse du droit à la tranquillité et à la sûreté<sup>24</sup>. Inscire ce message avant de parler d'insertion et des autres buts de l'exécution des peines et alors qu'on n'ajoute pour autant rien de réel aux droits des victimes (il y aurait pourtant eu matière...) est *insultant pour les victimes*.

Il faut en outre s'interroger sur le sens de la phrase suivante : « « 1°) De saisir l'autorité judiciaire de toutes atteintes à ses intérêts »' »

Cette phrase en dit trop ou pas assez :

- Soit cela implique que les victimes aient désormais le titre processuel de partie au procès d'exécution des peines, mais en ce cas il aurait fallu le dire plus clairement<sup>25</sup> et surtout, il faut voir qu'avec la mesure de libération sous contrainte où les décisions seront prises en catimini en CAP (v. *infra*), comme dans le moyen-âge antérieur aux lois Guigou et Perben 2, les victimes seront évincées de la procédure tout comme les condamnés ;

<sup>23</sup> Pour un bilan et un recul par rapport à la France : Worrall A., Mawby R.C. et Herzog-Evans (à paraître), 'la probation intensive des condamnés adultes en Angleterre et Pays-de-Galles : Leçons et comparaison avec la France », in Herzog-Evans (dir.), *L'efficacité de l'exécution des peines*. Travaux du colloque du 11 décembre 2012 à l'Université de Reims, Mare et Martin.

<sup>24</sup> Herzog-Evans M. (2012(2013), *Droit de l'exécution des peines*, op. cit. spe . n° 01.181 s ;

<sup>25</sup> Car la chambre criminelle l'a exclu expressément : Crim. 15 mars 2006, n°05-83.684, *Bull. crim.*, n° 81; D. 2006. IR, 1250; *AJ pénal* 2006. 268, obs. M. Herzog-Evans; *Rev. pénit.* 2007, p. 204, obs. B. Bouloc.

- Soit cela n'implique rien du tout (et ce que je viens de dire le confirme par avance) et alors...  
Je le répète c'est insultant pour les victimes.

Du coup suit la réécriture de ce qui constituait les alinéas 2 et 3 :

Le texte renvoie cette fois à la réinsertion et insertion mais oublie la sécurité publique et les intérêts de la société (il n'en est question que quant au respect par la personne de la société, mais ce n'est plus un but de l'exécution des peines). C'est d'autant plus idiot que c'est constitutionnellement obligatoire (voir décision du CC de 1994) et donc *ne change pas la donne*.

En même temps est utilisé un ton sévère pour énoncer qu'il s'agit de viser à ce que la personne mène une vie responsable exempte de nouvelles infractions. La formule sera critiquée comme étant *surannée et moralisante* (une tentative pour l'insérer dans la loi pénitentiaire avait déclenché ce type d'échanges durant les débats parlementaires), mais elle n'est *pas absurde*.

*La proposition est ici très simple : soit l'on supprime purement et simplement ces ajouts inutiles, confus et insultants pour les victimes, soit l'on donne à authentique statut à la victime dans l'exécution des peines. L'on conservera toutefois le point suivant :*

Il est par contre *intéressant* d'avoir indiqué que le régime de l'exécution des peines est adapté à l'évolution de la personne et fait l'objet d'une *évaluation régulière*. Reste à savoir si cela sera faisable en termes humains et matériels. Douteux.

*Je propose surtout que l'on en profite pour insérer à l'article 707 que l'exécution des peines tend à l'observation des règles pénitentiaires européennes et des règles européennes de la probation ainsi que les recommandations issues du manuel d'introduction pour la prévention de la récidive et de la réinsertion sociale des délinquants des Nations Unies, Office contre la drogue et le crime, et l'on pourrait ici placer mon article XXX mentionné supra... sur les politiques interministérielles.*

*Et... puisque nous sommes dans une navette législative, qu'on en profite pour transposer en droit français la Décision-Cadre 2008/947/JAI<sup>26</sup>...*

Le texte renforce d'ailleurs la progressivité du régime de l'exécution des PPL en visant le fait d'adapter la peine ou mesure au fur et à mesure et de lister la totalité ou presque des mesures existantes.

*Disposition technique, mais pertinence*, le titre préliminaire de la loi pénitentiaire, i.e. son article 1<sup>er</sup> qui disait la même chose mais en légèrement différent de l'article 707 est abrogé. Bien : il est toujours embêtant d'avoir des doublons qui ne disent pas exactement la même chose.

---

<sup>26</sup> Herzog-Evans (M. (2013), « Qu'attend la France pour intégrer les décisions-cadres 828 et 947? », *Ajpénal*, n° Octobre :: 531-533.

## Article 12 du projet

Change l'article 2 de la loi pénitentiaire pour *dire ce qui était déjà la réalité* à savoir que tous les autres services de l'Etat, les collectivités territoriales, les associations et personnes publiques ou participent à **l'accès effectif des personnes condamnés aux droits sociaux**. = Cette proclamation est intéressante, mais point suffisamment ambitieuse. Tout d'abord, elle aurait mérité, comme d'ailleurs le reste de la loi pénitentiaire, d'être insérée dans le CPP plutôt que de vivre sa petite vie autonome hors codification. Ensuite, quant au fond, nous avons vu qu'il est nécessaire d'engager des politiques volontaires de collaboration et partenariat au-delà des proclamations. *V. mes propositions supra en ce sens.*

## Article 13

Il y a ici une fois de plus de *droit constant*. Il s'agit uniquement de proclamer que l'administration pénitentiaire assure le **greffe des établissements pénitentiaires**. C'est l'occasion pour moi de rappeler l'anomalie qui consiste à avoir un service de greffe sans... greffiers ainsi que les problèmes juridiques et de sécurité juridique des peines que cela pose. Certes bien des personnes qui y oeuvrent apprennent sur le tas, pour l'essentiel, à devenir compétentes, toutefois il n'est pas acceptable de faire reposer de telles responsabilités sur des personnels non formés en conséquences, ni acceptable vis-à-vis de la société toute entière et des condamnés, que la question de la régularité de l'exécution des peines ne soit pas plus prise au sérieux, avec, sur le terrain, trop souvent des erreurs lourdes de conséquence.

*Il y urgence et depuis longtemps à avoir de véritables greffiers pénitentiaires, qu'il s'agisse purement et simplement de greffiers de droit commun ou d'un corps autonome de personnels de greffe pénitentiaire, formé à parité par l'Ecole Nationale des Greffes et par l'ENAP*<sup>27</sup>.

Le même texte ajoute que **l'administration pénitentiaire assure la probation**. C'est ici encore du *droit constant*. Sous l'apparente évidence et absence de changement qui se dessine derrière la formule, il faut aussi voir que ceci renforce la vision monolithique de la probation totalement éloignés des possibilités matérielles et humaines et de la complexité des situations. Cette vision monolithique se double d'une vision purement étatiste et publique – et, surtout pénitentiaire – de la probation, là où – sans aller jusqu'au excès de la privatisation en cours en Angleterre et pays-de-Galles – éviterait les écueils qui sont précisément à l'origine de cette privatisation :

- Colonisation de la probation par la pensée pénitentiaire<sup>28</sup> (dont le projet de loi est hélas le reflet) ;

<sup>27</sup> En ce sens v. le chapitre 212 de mon ouvrage *Droit de l'exécution des peines, op. cit.*

<sup>28</sup> Herzog-Evans M. (2013), « Explaining French Probation: Social Work in a Prison Administration », in Durnescu I. and McNeill F. (dir.), *Understanding Penal Practices*, Abingdon, Routledge: 63-76.

- Rigidité institutionnelle à tous les niveaux (action, prise de décision, innovation, circulation des informations, partenariats, initiative, recherche...);
- Insuffisante innovation ;
- Insuffisante adaptation aux besoins et contextes locaux ;

Je renvoie à cet égard à la charte et aux statuts de l'association que je préside La Confédération Francophone de la Probation (<http://lacfp.net>). Ce qu'il est urgent de faire est au contraire :

- *De lancer une politique interministérielle de collaboration de tous les acteurs (justice, éducation, emploi, santé, logement et même police...) et créer des programmes de suivi, de retour à la vie libre après la détention, de soutien systématique des sortants vulnérables, de réinsertion de et soins. Une collaboration qui ne doit plus être verticale où les services étatiques de la probation sont les commanditaires employeurs, mais apprennent à travailler et à encourager le travail en commun avec des personnes et institutions traités en partenaires ;*
- *A cette fin, créer un comité interministériel de la probation, de la réinsertion et désistance des personnes condamnées.*

#### Article 14 –une prétendue clarification des relations JAP/SPIP

**L'article 14 Répète** ce qui est déjà mentionné à l'article 707 mais en tire les conséquences pour les SPIP (et cette disposition est insérée de manière tout aussi regrettable que l'article 13, au sein de la loi pénitentiaire alors que cela relevait du CPP et notamment de la partie D *in fine*), selon laquelle les SPIP évaluent régulièrement la personne et sa situation et définissent en conséquence les modalités de sa prise en charge.

Encore plus *regrettable* : le JAP est mentionné dans ce texte... pénitentiaire non codifié et il est dit qu'il peut procéder en conséquence à des modifications jugées nécessaires quant à l'intensité du suivi. Il est par contre *réjouissant* que la décision du Conseil d'Etat relative aux très contestables décret et circulaire de décembre 2011 relatifs à la répartition des compétences entre le JAP et le SPIP, ait été ici prise en compte<sup>29</sup>.

Précisément, les relations JAP/SPIP sont déjà largement clarifiées par le droit positif<sup>30</sup> et il n'était pas nécessaire de reprendre l'écheveau en la matière. Bien plus urgente était la question de leur travail en commun, d'une grande complexité et qui devait être traitée, ici encore de manière interinstitutionnelle avec un esprit collaboratif et visant à l'efficacité plutôt qu'aux enjeux « territoriaux »<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> C.E. 13 février 2013, n° 356852, *Ajpénal* avril 2013: 230-231

<sup>30</sup> V. Herzog-Evans M., *Le juge de l'application des peines... spe.* pp. 196-201 et *Le juge de l'application des peines : Monsieur Jourdain de la désistance, op. cit.* : 196-197.

<sup>31</sup> Sur ces rapports, v. Herzog-Evans M., *Le juge de l'application des peines : Monsieur Jourdain de la désistance, op. cit.* :144-208.



## Dispositions renforçant les pouvoirs de la police et la gendarmerie en cas de violation des obligations par les condamnés (article 15 du projet)

Une fois de plus un constat s'impose : il s'agit de montrer à l'opinion publique que le gouvernement mène une politique qui n'est point angélique. La ficelle est d'ailleurs éculée : ce sont les mêmes approches aux Etats-Unis et en Angleterre-Pays-de-Galles qui ont conduit, nous l'avons vu, à un retour massif de condamnés en prison suite à des révocations.

Fort heureusement, ici, le Ministère de la justice a été bien plus prudent.

Je relève toutefois que *l'enjeu véritable est de développer d'authentiques partenariats (c'est donc ce que je propose ici)* entre justice/probation et police-gendarmerie, ce qui ne peut se décréter uniquement par voie législative, mais impose une volonté interinstitutionnelle et une vision claire des objectifs attendus<sup>32</sup>.

Je ne rentre pas ici dans le détail des dispositions. Il s'agit de **permettre contrôles et perquisitions pour vérifier le respect des interdictions** d'entrer en relation, de paraître en certains lieux et de ne point avoir d'arme. En d'autres termes c'est uniquement le volet répression qui est ici envisagé et non point le volet détection et information réciproque police-probation.

Est repris le principe d'une **garde à vue** d'exécution des peines (**art 709-1** CPP recyclé alors que cette question était traitée auparavant à l'article 712-16-3 CPP. Ces déplacements de normes sont dommageables à leur lisibilité). Ce n'est donc *pas nouveau*.

Si le gouvernement avait véritablement voulu donner un contenu plus crédible au volet contrôle et encadrement de la probation – un enjeu tout à fait raisonnable et valable, il aurait travaillé de manière systématique sur les quelques questions suivantes et fait des propositions législatives, mais surtout, développé des politiques partenariales et institutionnelles en la matière (c'est donc l'objet de mes propositions ici) :

- *Sans tomber dans les excès américains visant à un zéro tolérance en matière de consommation d'alcool et de stupéfiants, nous devons abandonner le « tolérance totale », notamment en matière d'alcool, qui a pour résultat d'abandonner les condamnés à leur problématiques addictives et de rendre impensable toute évolution favorable sur le plan de la récidive et de l'insertion de ces personnes qui représentent pourtant une majorité des personnes suivies. Il faut donc s'astreindre à définir ce juste milieu et cette définition ne peut faire l'économie d'un partenariat avec les associations, les services de santé et ministères concernés par le traitement de l'addiction. Pour l'heure, à titre d'exemple, un condamné sous PSE alcoolique au dernier degré sera considéré comme « en règle » dès lors qu'il se rendra*

---

<sup>32</sup> Herzog-Evans M., All hands on deck, *op. cit.*

*chez un généraliste, en justifiera auprès du SPIP tous les deux mois et... passera pourtant chaque soir chez Carrefour remplir son caddy de bière ou autres alcools qu'il consommera jusqu'au vertige une fois rentré chez lui conformément à ses horaires d'assignation. Il lui sera dans le meilleur des cas demandé de justifier d'analyses qu'il aura fait faire lui-même dans des conditions de totale prévisibilité dans son laboratoire de quartier... et dont les résultats ne seront guère lisibles pour JAP et CPIP... et au demeurant dont l'appréciation n'a été fixée par aucune norme (à quel niveau la consommation est acceptable/inacceptable : ceci doit être clair et prévisible).*

- *Une augmentation conséquente du nombre d'entretiens avec l'agent de probation (en Angleterre la norme pour un suivi ordinaire est une fois par semaine... en France une fois tous les deux mois), ce qui impose, pour avoir un sens, de donner un contenu à ces entretiens, à sortir de sa dimension essentiellement administrative pour intégrer les données acquises de la science et les meilleures pratiques étrangères<sup>33</sup>.*

Si le suivi français était incontestablement lâche et nécessitait un renforcement, c'était donc sur des points spécifiques qu'il fallait le faire porter en sus de la collaboration que je recommande entre police et probation<sup>34</sup>.

*Surtout, le gouvernement passe à côté d'un renforcement autrement plus important, celui du contenu du suivi et de l'aide concrète apportée aux condamnés. A cette fin, je propose la refonte de l'article 132-46 du Code pénal sur le modèle qui suit et le renvoi de l'ensemble des dispositions techniques relatives aux peines en milieu ouvert et aménagements de peine à cet article 132-46. Ceci est d'autant plus important au vu de ce qui sera dit infra concernant et la contrainte pénale et la libération sous contrainte, mon propos étant similaire sur ces deux points : l'habillage juridique ne change pas la donne, l'essentiel est non seulement le suivi, mais plus encore et au-delà, l'accompagnement de la désistance des personnes condamnées au travers de politiques publiques systématiques en ce sens.*

### **Article 132-46**

---

<sup>33</sup> V. not. les règles européennes de la probation et le Manuel de l'Onu préc.

<sup>34</sup> A ceux que ces partenariats rebueraient au nom de grands principes philosophiques, c'est précisément cette collaboration police-professionnels, mais aussi citoyens, qui fait le succès incontestable des COSA (cercles de soutien et de responsabilité) qui se développent dans le monde, pour l'accompagnement et le suivi des délinquants sexuels les plus dangereux avec des résultats spectaculaires : Wilson, R.J., Leaver, W., Whealy, G. (2007), *Collaborative care: Pairing police supervision and community volunteers to manage risk. Poster presented at the 26th Annual Conference of the Association for the Treatment of Sexual Abusers*, San Diego, CA, November et pour une lecture en français: Wilson R. et McWhinnie A. (2012), « Les cercles de soutien et de responsabilité. Un partenariat international pour le management du risque en milieu ouvert », *Ajpénal* : 636-639

« Le service pénitentiaire d'insertion et de probation soutient activement, en partenariat avec l'ensemble des autres services de l'Etat, les autorités judiciaires, les services de santé, les collectivités territoriales, les associations, voire, s'agissant de l'emploi, les entreprises privées, la réinsertion, la désistance et l'accompagnement des personnes condamnées. Le cas échéant, ces entités peuvent mettre en œuvre le soutien des personnes condamnées par des mentors et des programmes de justice.

Le service pénitentiaire d'insertion et de probation et ses partenaires réalise ces objectifs au travers de programmes globaux de réinsertion et de désistance sur l'ensemble du territoire national. Ces programmes sont mis en œuvre et adaptés aux besoins criminogènes et niveau de risque de récidive présentés par chaque personne condamnée.

Le service pénitentiaire d'insertion et de probation et ses partenaires visés à l'alinéa précédent, peuvent apporter au condamné une aide matérielle aux personnes condamnées afin de seconder leurs efforts en vue de leur réinsertion et de leur désistance. »

## **LIBERATION SOUS CONTRAINTE**

### **Articles 16 et 17 – instauration d'un régime de libération sous contrainte aux 2/3 de peine**

Fort heureusement l'on n'a pas versé dans les systèmes expérimentés à large échelle aux Etats-Unis de libération obligatoire et automatiques qui ne valent guère mieux que les fins de peine sèche (et au contraire coûtent plus cher parce qu'elles fabriquent de la récidive produisent récidive et des retours massifs en détention pour cause de violations)<sup>35</sup>.

Toutefois le système proposé est à la fois inapplicable et en réalité tout aussi dangereux que les systèmes dont je viens de faire état car ils **ignorent totalement l'intéressé, ignorent son autodétermination, violent ses droits de la défense et lui imposent le cas échéant contre son gré du contrôle social**. Je m'étonne et suis choquée que des défenseurs des droits des détenus aient pu soutenir un tel texte.

C'est en outre **totalement inapplicable** sauf à ce que les SPIP et JAP ne fassent plus que cela – et le suivi réel et sérieux des condamnés en milieu ouvert (censés au surplus être plus nombreux si la contrainte pénale atteint les objectifs de ses promoteurs). En l'état actuel de la probation, cesera nécessairement une usine à gaz consistant à préparer de manière nécessairement vite l'aménagement de peine de tout le monde et on ne peut alors raisonnablement ni préparer les

---

<sup>35</sup> Kuziemko I. (2007), *Going Off Parole: How the Elimination of Discretionary Prison Release Affects the Social Cost of Crime*, Thèse, Harvard University, Kuziemko I. (2013), *How Should Inmates Be Released from Prison? An Assessment of Parole Versus Fixed-Sentence Regimes*, *The Quarterly Journal of Economics*, 128(1): 371-424. Herzog-Evans M. (à paraître), *Offender release and supervision: the role of courts and the use of discretion*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.

conditions d'une existence digne en milieu ouvert ni les suivre correctement – pas plus que ceux soumis à la contrainte pénale.

Certes la ministre de la justice a réussi à obtenir la création de 3000 postes sur trois ans, ce qui est remarquable. Il semble en outre qu'il ne s'agira pas que de CPIP, mais également de psychologues – et, je l'espère vivement, de travailleurs sociaux ou assistantes sociales, ce qui permettra peut-être d'inverser la tendance lourde et irrationnelle de ces dernières années d'une probation détachée du social et du psychologique.

Certes aussi la ministre a également compris qu'il fallait réfléchir aux métiers des SPIP.

Toutefois, elle n'a pas vu que les SPIP n'ont pas à eux seuls la propriété de la réinsertion – en atteste la composition des groupes de travail – et qu'il convient de manière constructive de travailler aussi à la collaboration entre tous les acteurs, comme indiqué supra.

Concrètement on recycle une fois de plus un nouvel article du CPP (faute de codification qui, elle, aurait eu de l'épaisseur, c'est juridiquement écologique et donc plutôt bien), **l'article 720**, qui était aux oubliettes depuis la loi du 10 mars 2010.

Et là... C'est **monstrueux : nous revenons au Moyen-Age des libertés individuelles qu'était la Commission de l'application des peines (CAP)** d'avant les lois Guigou et Perben, **en marginalisant** – c'est une constante dans cette loi décidément **liberticide – le débat contradictoire**. On va décider du sort de l'intéressé sans l'entendre, sans avocat....

Outre l'absence de débat et de droits de la défense – **sans parler des droits des victimes alors qu'il est proclamé à l'article 707, nous l'avons vu, qu'elles peuvent saisir l'autorité judiciaire** – c'est le principe de **l'absence totale de mobilisation par la personne elle-même sur un projet** qui inquiète. Les détenus pourront donc ne rien faire, ne rien préparer, ne pas se projeter du tout dans l'avenir (Dieu sait qu'hélas beaucoup pour diverses raisons ont du mal à le faire, mais au moins le système antérieur les incitait à le faire) de toute façon ils sortiront plus tôt. C'est l'assistanat généralisé, l'absence totale d'agency des condamnés, condition essentielle de la désistance.

A ce sujet il serait heureux qu'en France, l'on étudie les travaux relatifs à la légitimité de la justice<sup>36</sup> ainsi que ceux relatifs à la 'compliance'<sup>37</sup> – soumission/respect des peines, de leur exécution et de la probation – comme à ceux de la désistance, dont les résultats combinés sont très clairs :

---

<sup>36</sup> Tyler T.R. (2006) *Why People Obey the Law*, New Haven, CT, Yale University Press, 2e éd.; Tyler T.R. (2007) *Legitimacy and Criminal Justice. International Perspectives*, Russel, Sage Foundation, New York;

<sup>37</sup> Lire le tout dernier Ugwudike et Raynor (eds.) (2013), *What Works in Offender Compliance. International Perspectives and Evidence-Based Practice*, Palgrave Macmillan. V. aussi Crawford A. et Hucklesby A. (2012), *Legitimacy and compliance in criminal justice*, Routledge ; Tyler T. R. (2012), « The virtues of self-regulation », in A. Crawford and A. Hucklesby (dir.), *Legitimacy and compliance in criminal justice*, Abingdon, Routledge.

- 1) Les condamnés sont parfaitement capables de se soumettre à la mesure sans jamais y adhérer<sup>38</sup> – et, dès lors, ne pas s'insérer, voire à continuer à commettre durant celle-ci plus discrètement des infractions et violations ; en sorte que la mesure n'aura eu aucun impact.
- 2) L'adhésion à la mesure (et l'envie de désister) est un processus complexe, qui peut être favorisé par la justice à la condition qu'elle :
  - Comprene que les mesures ne sont intégrées par le condamné et utiles à celui-ci que si la justice s'est comportée de manière « légitime », ce qui implique respect, care et respect du procès équitable (ce sont les résultats des travaux de Tyler, préc., en particulier)
  - Si les juges et/ou agents de probation sont dans une démarche collaborative avec lui.

En d'autres termes **la France avait raison d'avoir juridictionnalisé l'application des peines**. Cela permettait à l'intéressé de se projeter, de défendre « son » projet, de l'investir, et de l'élaborer en collaboration (services de probation, famille, avocat, associations...) + de bénéficier de ce procès équitable dont nous venons de parler. C'était SON projet qu'il défendait et non une libération sous contrainte qui lui était imposée, fabriquée pour lui et malgré lui, et qu'il n'allait même pas défendre devant son juge. S'il en était besoin, l'expérience mondiale des « juridictions résolutive de problèmes », qui sont, après tout, la reprise et modernisation du JAP, en démontrent l'efficacité sur la récidive<sup>39</sup>.

Nous sommes mauvais en matière de probation scientifique ; nous avons tout à apprendre des méthodes criminologiques qui marchent. La seule chose intéressante et en plein dans le mille que nous avons sur le plan criminologique était précisément cette notion de mesure sollicitée, préparée, défendue, investie. C'est précisément ce que nous nous apprêtons à faire disparaître.

C'est donc criminologiquement aberrant....

C'est donc dans **l'abominable CAP** d'avant les lois qui m'avait fait écrire une thèse pour le moins dépressogène<sup>40</sup> avec son lot de mise sous silence du condamné et **d'absence totale des droits de la défense**, de **pressions pénitentiaires**, d'instrumentalisation du JAP.... Qui existaient avant et existent

---

<sup>38</sup> L'on parle alors de soumission instrumentale – opposée à l'adhésion ou « substantive compliance », sans intérêt aucun en termes de désistance au-delà de la mesure. En ce sens, v. Robinson G. and McNeill F. (2010), "The dynamics of compliance with offender supervision", in F. McNeill, P. Raynor and C. Trotter, *Offender Supervision. New Directions in theory, research and practice*, Cullompton, Willan Publishing: 367-383; McNeill F. and Robinson G. (2013) "Liquid Legitimacy and community sanctions", in Crawford A. and Hucklesby A. (eds.), *Legitimacy and compliance in criminal justice*, Routledge : 116-137 et surtout Bottoms A. (2001), "Compliance with community penalties", in A. Bottoms, L. Gelsthorpe and S. Rex (dir.), *Community Penalties: Change and Challenge*, Cullompton, Willan Publishing: 87-116.

<sup>39</sup> Herzog-Evans M. (2011), « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine », Recueil Dalloz, 2011, n° 44, pp. 3016-3022.

<sup>40</sup> Herzog-Evans M. (1994), *La gestion du comportement du détenu*, thèse Poitiers, publié chez l'Harmattan en 1998.

toujours largement aujourd'hui pour les réductions supplémentaires de peine, les retraits de crédits de réduction de peine et les permissions, qui reprend de la vigueur<sup>41</sup>.

Le condamné, lui n'apparaît à aucun moment dans ce système.

En résumé, le JAP va libérer la personne sous « *libération sous contrainte* » - *le poids politique des mots* afin de montrer ici encore à l'opinion publique que le ministère de la justice a voulu également être répressif, est en réalité sévère alors qu'il s'agit ni plus ni moins de libérations quasi automatiques puisqu'à aucun moment la personne concernée n'intervient.

Au demeurant cette prétendue libération sous contrainte couvre en réalité une réalité choquante : on prononce bel et bien une semi-liberté, un placement à l'extérieur, un placement sous surveillance électronique et une libération conditionnelle (ci-après, respectivement, SL, PE, PSE et LC).... Sans que la personne n'ait rien sollicité, voulu, préparé, anticipé, compris.... Et toujours sans procès équitable.

Bien des condamnés préfèrent finir leur peine tranquillement plutôt que de se voir imposer un contrôle social obligatoire qu'ils n'ont pas demandé. **Ici on ne leur laisse pas le choix de refuser** (contrairement au régime de droit commun de la LC) – sauf pour les longues peines – et pour autant... les droits de la défense sont inexistants. C'est *parfaitement scandaleux en termes de libertés individuelles*.

Rappelons qu'en pratique les détenus refusent souvent des mesures qui leur imposent une probation après la sortie et préfèrent achever leur peine pour ne rien devoir à personne une fois libérés. Ceci a été montré par une étude empirique en Allemagne<sup>42</sup>)

Il convient également de rappeler que **nous avons déjà connu l'absence de procès équitable** et de recours contre les décisions des JAP en matière d'aménagements de peine, avant les lois Guigou de 2000 et Perben 2 de 2004. Outre l'absence de droits de la défense et ses effets tant juridiques que criminologiques signalés *supra*, cela avait notamment pour conséquence *qu'aucune jurisprudence* n'existait en la matière et que par conséquent :

- les *illégalités* n'étaient **jamais sanctionnées** ;
- **des inégalités choquantes** dans l'application du droit choquantes sur le territoire : chaque ressort pouvant pratiquer sa « petite cuisine » sans qu'aucune jurisprudence nationale (Cour de cassation) ne vienne jouer son rôle naturel d'uniformisation.

Si en droit français l'on peut admettre qu'existe un pouvoir discrétionnaire chez les juges de premier degré, c'est parce que celui-ci est ensuite contrôlé et unifié d'abord au niveau régional par les cours d'appel, puis au niveau national avec la Cour de cassation. A défaut, c'est l'arbitraire que nous avons connu antérieurement. Notons au passage que la tentation de la prise de décision au niveau exécutif

---

<sup>41</sup> Pour un constat similaire en Allemagne où le contexte de la prise des décisions est fortement pénitentiarisé : Streng F. (2012): *Strafrechtliche Sanktionen*. 3rd ed, Kohlhammer, Stuttgart. Pour un avertissement sur l'instrumentalisation pénitentiaire des aménagements de peine en Espagne, v. Cid J. et Tebar B. (2012), « Revoking early conditional release measures in Spain », *European Journal of Probation*, n° 4(1) : 112-124.

<sup>42</sup> Böhm, A. et Erhard, C. (1984), Die Praxis der bedingten Strafrestausssetzung – Eine Untersuchung zur Anwendung des § 57 StGB in Hessen, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* n°67: 365-378.

ou quasi-exécutif (SEFIP) sans plus de contrôle judiciaire nationale présente exactement les mêmes risques. L'exécutif n'est pas plus à l'abri de l'arbitraire que le judiciaire.

S'agissant d'arbitraire, des jugements juridictionnels, comme c'est le cas actuellement, doivent être motivés, soit expliqués au condamné, au parquet, et, in fine, au peuple français au nom duquel la justice est rendue. Les décisions en CAP n'ont jamais été motivées ; elles ont toujours consisté en une page A4 avec des petites croix correspondant à des choix de type 'prématuré' ; 'pas d'effort d'insertion' ou 'pas de paiement des dommages et intérêts'. Voilà vers quoi nous retournerions pour l'essentiel des aménagements de peine des condamnés à des peines allant jusqu'à cinq ans. En effet la motivation ne se pratique que lorsque, d'une part, une décision présente la nature d'un jugement et, d'autre part, que lorsque, en conséquence, elle peut faire l'objet d'un appel. Point de recours, **point de motivation**... et point d'explication – et de justification en droit et en fait – des raisons qui ont conduit le JAP à prendre telle ou telle décision. Que l'on soit de droite ou de gauche cela est inadmissible. Si l'on est de gauche l'on ne peut manquer de voir que cela restaurera l'arbitraire d'antan, sur fond, nous l'avons dit, de contenu presque purement pénitentiaires et donc criminologiquement absurdes (comportement), comme naguère<sup>43</sup> des causes de prise des décisions ; si l'on est de droite, l'on ne peut qu'être choqué par le fait que des décisions aussi importantes et sensibles soient prises dans de telles conditions d'indigence processuelle sans qu'elles soient justifiées solidement.

Un autre point : il est annoncé dans la presse et dans l'exposé des motifs, que cela concernera les 2/3 de peine. En réalité, l'article 720 rétabli vise « la durée de la peine accomplie... au moins égale au double de la durée de la peine restant à subir », une formule que l'on connaît déjà pour le délai d'épreuve de la libération conditionnelle. Précisément, cette formule ne vise **non pas les 2/3 réels de la peine telle qu'elle a été prononcée, mais les deux tiers au regard de ce qui reste à subir déduction faite des réductions de peine**. C'est en réalité **pour une peine d'un an par exemple environ à mi peine** que la mesure sera accessible. Ceci aura pour effet de rendre inutiles dans bien des cas, la procédure contradictoire **marginaliser les demandes d'aménagement de peine de droit commun et contradictoires**, pour lesquelles l'intéressé doit déposer une requête, se projeter dans l'avenir, préparer sa sortie, et présenter un projet crédible. Ici, le condamné aura meilleur compte à ne rien faire du tout, en attendant que le temps passe plutôt que de se mobiliser, dès lors que, de toute façon, il sortira dans un délai similaire.

**Concrètement** (et je remercie à la JAP anonyme ici qui m'a aidée à faire ces calculs) à supposer un détenu qui touche la totalité de ses réductions de peine, i.e. n'ait aucun problème de comportement et fasse le maximum d'efforts d'insertion en détention :

- **pour une peine d'un an** soient 12 mois. 10 jours révolus après sa condamnation, on lui octroie 3 mois de crédits de réduction de peine de l'article 721 du CPP. S'il ne se les fait pas retirer, il lui reste 9 mois à faire et au bout de 4 mois et 15 jours il peut avoir sa libération

---

<sup>43</sup> Seule la Grèce pratique un système où la libération des détenus est encore assise *de jure* sur le comportement des détenus. V. Padfield N., van Zyl Smit, Dinkel F. (2010), *Release from Prison. European policy and practice*, Willan publishing, chap. 9, Greece; 213-236.

conditionnelle par exemple (LC ordinaire, hors LC 729-3 ou + 70 ans ni avec mesure probatoire un an avant, qui ne s'applique pas en pratique pour ces quanta de peines là) et en tout état de cause peut avoir toutes les mesures sous écrou (semi-liberté, placement à l'extérieur ou placement sous surveillance électronique statique). Comme il lui reste 9 mois à exécuter, si la CAP lui accorde des réductions supplémentaires de peine de l'article 721-1 du CPP ( $9 \times 7 = 63$ ) avant qu'il ne soit dehors, il aura 6 mois 27 jours à exécuter et donc ici encore **libération conditionnelle possible en théorie au bout de 3 mois 14 jours** mais en réalité il en aurait déjà fait bien plus... Là encore PSE, PE et SL sont possibles de toute façon.

- **Pour une peine de 2 ans** soit 24 mois. Il a droit à 5 mois de crédits de réduction de peine, qu'il conserve sauf s'il fait des bêtises. Restent donc 19 mois. La libération conditionnelle est possible au bout de 9 mois 15 jours. S'il n'est pas sorti, il a le droit à 3 mois de réductions supplémentaires de peine pour la première année. Fin de peine théorique 16 mois après la condamnation. **Libération conditionnelle à 8 mois** que l'intéressé a par hypothèse déjà fait...
- **Pour une peine de 3 ans, soient** 36 mois. Il a droit à 7 mois de crédits de réduction de peine (3 mois la première année + 2 la seconde + 2 la troisième). Il reste donc désormais 29 mois à effectuer. La libération conditionnelle est alors possible au bout de 14 mois 15 jours. Au bout d'un an il peut toutefois bénéficier de réductions supplémentaires de peine maximum de 3 mois. Restent donc 26 mois à effectuer donc la **libération conditionnelle** est accessible **au bout de 13 mois**. Toutefois, comme il a déjà fait un an de détention et que la CAP a peut-être eu lieu après la date anniversaire, il est certainement déjà conditionnable.
- **Pour une peine de 4 ans** soient 48 mois. Il bénéficie de droit de crédits de réduction de peine à hauteur de 9 mois (3 + 2 + 2 + 2). Il reste 39 mois à effectuer. Libération conditionnelle possible au bout de 19 mois 15 jours. Au bout d'un an, il peut prétendre à 3 mois de réductions supplémentaires de peine. 36 mois à faire donc. La libération conditionnelle est alors possible au bout de 18 mois. Comme il a déjà fait un an de détention, il ne lui reste plus que 6 mois à attendre.... Lors de la prochaine CAP pour statuer sur ses réductions de peine supplémentaires, il peut encore bénéficier de 3 mois. Restent donc 33 mois à faire et la **libération conditionnelle est possible au bout de 16 mois 15 jours** qu'il a déjà fait depuis plusieurs mois.
- **Pour une peine de 5 ans** soient 60 mois. Il bénéficie de droits à hauteur de 11 mois de crédits de réduction de peine (3 + 2 + 2 + 2 + 2). Il reste 49 mois à effectuer. La libération conditionnelle est alors possible au bout de 24 mois (2 ans) et 15 jours. Après la première année, en CAP, il peut prétendre à 3 mois de réductions supplémentaires de peine. Il reste 46 mois donc libération conditionnelle possible au bout de 23 mois, sachant qu'il en a fait 12... Lors de cette 2ème année, il peut bénéficier de 3 mois de réductions supplémentaires de peine. Il reste 43 mois à purger sur sa peine, mais il est accessible à la **libération conditionnelle au bout de 21 mois 15 jours** seulement, sachant qu'il a déjà fait 2 ans. Il est donc déjà admissible à la libération conditionnelle depuis plusieurs mois.

**Je suis certes une farouche partisane des aménagements de peine, mais le gouvernement ne pourra pas prétendre vis-à-vis de l'opinion que sa réforme ne revient pas bel et bien à libérer de**



**naière ultra précoce et dans des conditions d'indigence processuelle, de bien moindre sérieux (on traite 80-100 dossiers par CAP contre 6-12 en procédure contradictoire, c'est dire l'attention qu'on a le temps d'y porter !), d'impréparation et d'absence de projection et d'implication totale du condamné.**

Compte tenu de cette réalité, notamment pour les peines allant jusqu'à deux ans, il ne sera pas intéressant pour un condamné de se mobiliser dans un projet et de passer par le débat contradictoire. Il pourra se laisser porter et attendre la CAP.

Ce système aurait été plus acceptable si le projet retenait les deux tiers de peine réelle. En pareil cas l'on pourrait à la limite accepter l'idée que ceux qui ne se seraient point mobilisés plus tôt dans un projet soient contraints de libérer le lit de sa cellule pour un autre, et soit accompagné contre son gré au dehors. Mais faire primer de facto l'absence d'investissement personnel (*agency*) est une énorme erreur. J'ajoute que le projet aurait été bien moins contentieux dans l'opinion publique si l'on avait retenu les deux tiers de peine réelle.

Ma proposition est ici très simple : supprimer purement et simplement ce volet de la loi.

A défaut, revenir au principe du débat contradictoire, mais prévoir, puisque c'est l'obsession actuelle, un examen obligatoire par le JAP et une préparation réelle et authentique de la sortie des détenus par les SPIP (***le problème réel est là : ceux qui sortent sans logement, emplois, revenus, soins...***)

A tout le moins fixer à l'article 720 que cet examen obligatoire est réalisé à « Lorsque les deux tiers effectifs de la peine prononcés ont été exécutés ».

Le JAP peut certes décider de ne rien faire et alors il doit rendre là encore une malheureuse ordonnance.

Le plus grave est ici qu'il n'existe pas ***pas de recours***, ce minimum vital du procès équitable qui existait pour moins que cela (les permissions et les RP) aménagé pour le détenu à qui on impose ce dispositif. En d'autres termes non seulement le principe d'un aménagement de peine est imposé au condamné sans même qu'il ait pu s'exprimer, être défendu et exercer un recours, mais encore ne pourra-t-il pas discuter de la nature même de la mesure prise (il n'est pas indifférent qu'il s'agisse de SL, PE, PSE ou de LC) ni du contenu des obligations qui lui sont imposées, ni de la résidence (s'il en existe une !) où il lui est imposé de résider, etc. le tout, toujours sans recours. ***On peut difficilement faire plus liberticide.***

Ce n'est que **pour les longues peines que l'on retrouve un peu de raison avec un débat contradictoire** et donc par hypothèse un recours (**nouvel article 730-3**).

*Nota : dans les deux cas si le JAP ne prononce pas la décision, le président de la CHAP ou la CHAP, selon, peut le faire d'office.*

## **Article 17**

Ce texte prévoit la suppression de la PSAP et de la SEFIP

Je ne peux que me réjouir de la suppression des calamiteuses PSAP et SEFIP sur lesquels j'ai suffisamment écrit. Cependant il ne s'agit ici que d'une disposition technique destinée à tenir compte du fait que l'on crée un mécanisme général qui ne vaut guère mieux.

### **La question des seuils de l'article 723-15 (article 7 du projet)**

**Il avait été annoncé dans la presse que l'article 723-15 verrait ses quanta pourtant récemment augmentés par la loi pénitentiaire de 2009 (donc loi sous M. Sarkozy) – avec le vote unanime du PS – la version du projet déposée à l'Assemblée nationale le confirme.**

Les seuils seraient abaissés respectivement à :

- 1 an pour les primaires (soit le seuil créé par la loi Perben 2) ;
- 6 mois pour les récidivistes (soit le seuil qui existait pour tous entre 1993 et 2004).

Pour rappel pour les non spécialistes, les articles 723-15 et suivant du CPP ont créé un système en vertu duquel une personne condamnée (à deux ans maximum pour un primaire et à un an pour un récidiviste) pour laquelle n'a pas été décerné un mandat de dépôt à la barre (donc ne va pas directement en détention depuis le tribunal) va voir le JAP qui peut prononcer un aménagement de peine et notamment, selon les cas :

- Semi-liberté, placement à l'extérieur, placement sous surveillance électronique ;
- Libération conditionnelle (plus rare) ;
- Sursis-TIG (donc la combinaison dont je parlais *supra* peine ferme suspendue + suivi et obligations + travail d'intérêt général, qui revient quasiment au même que la contrainte pénale... (sic)), mais ceci n'est applicable qu'aux peines jusqu'à six mois (et donc il aurait suffi d'en étendre le domaine d'application) ;
- Jours-amende (en résumé, on « rachète » sa peine), mesure qui d'après mes recherches ne profite qu'à des personnes déjà bien insérées sans risque de récidive ou tigistes venant de

trouver un vrai travail et qui n'est également applicable qu'aux peines fermes allant jusqu'à six mois.<sup>44</sup>

Qui a assisté aux procédures de l'article 723-15 et malgré les critiques que je vais faire dans un instant, sait qu'il s'agit des **plus belles procédures qui soient dans l'application des peines**.

Tel que fonctionnent nos tribunaux correctionnels, avec leur masse de dossiers écrasante, la répétition des situations identiques qui blasent et énervent (par ex. le nième alcoolique qui nie avoir un problème, mais revient pour la troisième fois pour avoir conduit en ayant bu...), l'absence d'informations sur l'intéressé (il n'existe ni le temps ni les moyens de faire un rapport présentiel), etc. la peine prononcée est le fruit d'une cote mal taillée et ne peut être rien d'autre<sup>45</sup>.

Dès lors la procédure de l'article 723-15 constitue le moment où la peine va être adaptée à la personne. Elle est d'abord de manière basique le seul moment où la peine va lui être expliquée (une bonne partie des condamnés n'y a rien compris). Elle est ensuite l'occasion de faire le tour de son contexte psycho-social et de ses passages à l'acte : pourquoi, comment, dans quel contexte, avec quelles problématiques et... que faire ? Cela aurait certes dû être fait en correctionnelle, mais ne pourra jamais l'être... soyons réalistes – le ministre de la justice n'a notamment pas eu le courage de prendre la seule mesure qui aurait eu un impact radical sur ce point : supprimer les comparutions immédiates.

La procédure de l'article 723-15 constitue le moment d'une forme d'artisanat, malgré le traitement de masse qui écrase aussi les JAP (mais moins qu'en correctionnelle)<sup>46</sup>. Cependant, cette procédure criminologiquement idéale pose effectivement des problèmes depuis que la loi pénitentiaire – dois-je le rappeler votée des deux mains par le parti socialiste sur ce sujet<sup>47</sup> – avait élevé les seuils déjà élevés par la loi Perben.

Voici ce que j'ai écrit pour un chapitre de<sup>48</sup> à venir :

« L'article 723-15 occupe actuellement une part considérable de l'activité des JAP et dans de très nombreux ressorts, le débat contradictoire n'est plus qu'un lointain souvenir au profit d'un entretien informel préparatoire et d'une décision prononcée « HDC » i.e. hors débat contradictoire. L'article 723-15 est devenu une véritable « usine à gaz ». Au surplus, en élevant ses seuils, la loi pénitentiaire a soulevé de multiples difficultés. Tout d'abord la population pénale concernée a changé. Un primaire qui se voit prononcer une peine de dix-

---

<sup>44</sup> Herzog-Evans M. (2013), *Le juge de l'application des peines : Monsieur Jourdain de la désistance*, op. cit., spe. pp. 286-290.

<sup>45</sup> L'ouvrage préc. de J. Danet, le démontre magistralement.

<sup>46</sup> Herzog-Evans M. (2008), « Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire », *AJ pénal*. 274.

<sup>47</sup> Comme le rappelait un tract du syndicat libre justice CFTC du 8 septembre 2013 : « l'actuel Premier Ministre était le président d'un groupe parlementaire. Il avait été déclaré au nom dudit groupe à Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la Justice (de l'époque) : « (...) vous régressez sur l'aménagement des peines comprises en un et deux ans de prison pour les récidivistes et ceux supposés récidiver, alors qu'ils sont certainement ceux ayant le plus besoin de ces aménagements (...) » (travaux parlementaires du 22 septembre 2009 p7409.) »

<sup>48</sup> Herzog-Evans M. (à paraître), « La perte de sens des aménagements de peine », Actes du colloque de Nice sur l'exécution des peines, Mai 2013.

mois à deux ans n'a rien à voir avec celui qui a moins d'un an à purger. Les JAP ont ainsi vu arriver dans leurs cabinets des trafiquants de stupéfiants purement mercantiles de grande banlieue et des pères incestueux. Est-il éducatif, est-il pertinent pénologiquement de prononcer une peine ferme déjà relativement lourde, compte tenu de nos pratiques, pour la transformer aussitôt en autre chose ? Est-il en outre éducatif, est-il pertinent pénologiquement d'entendre désormais des présidents ou juges de tribunaux correctionnels prononcer une peine ferme et dire à l'intéressé : « ne vous inquiétez pas le JAP vous arrangera ça ! » ? Est-il éducatif, est-il pertinent pénologiquement de voir des condamnés auteurs de faits désormais relativement sérieux venir chez les JAP comme chez l'épicier, négocier la transformation de leur peine ?

L'élévation des seuils questionne ensuite la durée maximale tolérable sous aménagement de peine sous écrou, mesures privilégiées dans le contexte de l'article 723-15, en particulier s'agissant du bracelet électronique (ci-après PSE)<sup>49</sup>. Nous avons mené une recherche durant deux ans (2009-2011) relative à la durée maximale tolérable sous mesure sous écrou. Il s'agissait d'étudier la pertinence du fameux maximum de six mois, depuis toujours présenté par les praticiens comme indépassable. Avec la loi pénitentiaire, il était en effet devenu théoriquement possible de passer deux ans sous mesure sous écrou. Fort heureusement l'intelligence des praticiens a consisté à adapter la mesure au fur et à mesure et à systématiser « l'aménagement de l'aménagement de la peine »<sup>50</sup> en sorte que les durées maximales ne sont jamais atteintes.... L'on s'imaginera sans doute que nous [...] réjouissons [du projet Taubira de réduction des quanta] compte tenu de ce qui vient d'être dit. Hélas, malgré les maux de l'article 723-15 sous sa forme actuelle, la réalité est que pour l'heure c'est une procédure qui sauve notre système pénal de l'effondrement. Si ce texte disparaissait ou voyait son domaine fortement réduit – outre qu'il faudrait en attendre une considérable augmentation des incarcérations, qui annihileraient les efforts affichés du gouvernement en la matière avec sa « peine de contrainte pénale » – les peines courtes ne seraient plus jamais individualisées et ne seraient plus jamais expliquées et donc comprises par les condamnés. Il serait en effet irréaliste d'imaginer que soudainement par enchantement les tribunaux correctionnels vont se mettre à traiter de chaque dossier de manière réellement personnalisée<sup>51</sup>, ne vont pas gérer moins de dossiers, moins d'auteurs d'infractions et ne vont pas magiquement cesser de subir la pression managériale où le seul fait de traiter des dossiers prime sur la manière dont le dossier est traité ; pas plus qu'il ne vont par enchantement législatif cesser d'œuvrer dans le contexte de l'une des justices les plus délabrée et les plus pauvre d'Europe.

---

<sup>49</sup> L'on trouve aussi naturellement pour les peines inférieures allant jusqu'à six mois les conversion-STIG et conversion-jours-amende.

<sup>50</sup> M. Herzog-Evans, "The six months limit to community measures "under prison registry": a study of professional perception", *European Journal of Probation*, 2012, n° 4(2): 23-45 et sa traduction adaptation en français: M. Herzog-Evans, "Le plafond des "six mois" pour les mesures sous écrou", in P. V. Tournier (dir.), *Une certaine idée de la criminologie. Approche indisciplinaire du processus pénal*, l'Harmattan, à paraître.

<sup>51</sup> Le projet de loi Taubira réaffirme dans diverses dispositions ce principe, toutefois une fois de plus, le réel est têtue et ne se transforme pas par prescription législative.

La question est donc d'une très grande complexité. D'un côté, l'article 723-15 est une excellente procédure qu'il serait tout à fait regrettable de marginaliser. En outre, cela va à l'exact opposé de l'objectif annoncé du gouvernement de réduire le nombre de peines fermes. Ici le résultat statistique risque d'en être particulièrement lourd. De l'autre, je viens de le dire, l'élévation des seuils avait eu un effet très délétère sur certains publics. Et pour rendre les choses encore plus complexes, si, pour les personnes primaires ayant des peines allant jusqu'à deux ans, cela revient en effet à intégrer des profils qui ne justifient pas à mon sens de la procédure, pour d'autres, notamment les personnes cumulant plusieurs peines dont le total excède un an, cela est particulièrement pratique.

*Je pense donc plus raisonnable de faire la chose suivante : Proposer un seuil unique de deux ans, récidive comprise, mais... ramener ce seuil à six mois pour les infractions à caractère sexuel et le trafic de stupéfiants (je serais tentée d'ajouter aussi les violences domestiques car lorsque l'on parvient en ce domaine à une peine ferme c'est que la situation est particulièrement dangereuse). D'autres exclusions seraient sans doute pertinentes.*

En conclusion **la vraie réforme viendra du terrain**. Le terrain et ses humains qui sont passionnés par leur métier et veulent le faire aussi bien que possible. Le terrain qui évolue en continu. Les anglais ont parfaitement raison de dire qu'il faut réformer « bottom up » plutôt que « top bottom ». A cet égard la vraie réforme de la probation que ce gouvernement aura faite aura été dans la désignation de Philippe Pottier à l'ENAP et d'Isabelle Gorce à la DAP.

*A présent, il faut qu'il fasse celle de :*

- *La collaboration institutionnelle ;*
- *La science dans la probation ;*
- *Le développement de la recherche et de l'authentique évaluation.*