



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit Pénal et Sciences Pénales
Dirigé par le M. le Professeur Yves MAYAUD
2011

***La lutte contre la récidive : tropisme de la
politique pénale contemporaine.***

Auteur Chloé ARNOUX

Sous la direction de M. le professeur Didier REBUT

Remerciements

À M. Rebut, pour m'avoir permis de traiter de ce sujet qui me tenait à cœur, et m'avoir guidée, au travers de mes doutes, qu'ils aient été d'ordre juridique ou plus personnel, tout en me laissant l'autonomie nécessaire pour m'épanouir dans ce travail et me confronter à moi-même. Votre soutien fut d'une importance capitale dans la réalisation de ce mémoire.

À M. Mayaud, pour m'avoir offert cette année d'élévation intellectuelle, et pour votre attachement sans pareil à votre "*grande famille*" dont je suis fière de faire partie.

Aux autres professeurs du Master II, et aux autres élèves de la promotion.

À Clément.

À Elisabeth, Yvette, Adrien, Arthur, et Émile.

À Marie, Valérian, Kerry, Thibault et Q., pour votre soutien, de près ou de loin.

Liste des abréviations et acronymes

AJP	<i>Actualité Juridique Pénal</i>
al.	Alinéa(s)
ANPE	Agence nationale pour l'emploi
APC	<i>Archives de Politique Criminelle</i>
ASSEDIC	Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
art.	Article(s)
Bull. Crim.	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
c/	Contre
c. pén.	Code pénal
c. pr. pén.	Code de procédure pénale
c. santé publ.	Code de la santé publique
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
cf.	Confer
chap.	Chapitre
coll.	Collection
cons.	Considérant
Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
D	<i>Recueil Dalloz</i>
DAP	Direction de l'administration pénitentiaire
DC	Décision du Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution
dir.	Sous la direction de
Dr.	Docteur
éd.	Édition
FFP	Fédération française de psychiatrie
FIJAIS	Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, rebaptisé en 2005 en fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes, sans que l'acronyme ne soit modifié.
ibid.	Au même endroit
IFOP	Institut français d'opinion publique
in	Contribution à l'ouvrage
infra	Ci-dessous
JCP G	<i>Juris-Classeur périodique (Semaine Juridique), Édition Générale</i>
JO	<i>Journal Officiel</i>
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
n°	Numéro
op. cit.	Ouvrage ou référence précité(e)
ord.	Ordonnance
p.	Page
para. (ou §.)	Paragraphe(s)
Pr.	Professeur
RDP	<i>Revue Droit Pénal</i>

req.	Requête
RFDC	<i>Revue Française de Droit Constitutionnel</i>
RPDP	<i>Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal</i>
RSC	<i>Revue de Science Criminelle</i>
s.	Suivant(s)
(sic)	Formulation reprise telle quelle
sect.	Section
SNCF	Société nationale des chemins de fer français
spéc.	Voir spécialement
SPIP	Services pénitentiaires d'insertion et de probation
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
trad.	Traduction
v.	Voir
v°	Mot
vol.	Volume

Sommaire

Introduction	7
Partie I – Mutation de la lutte contre la récidive : de la punition à la prévention.	12
Titre 1 – Punir : la sanction de l'hostilité	13
Chapitre 1 – Le principe d'une répression accrue	13
Chapitre 2 – Le renforcement d'une répression accrue	20
Titre 2 – Prévenir : l'appréhension de la dangerosité.....	28
Chapitre 1 – L'homme dangereux : un être à surveiller (la gestion du risque)	28
Chapitre 2 – L'homme dangereux : un être à soigner (le traitement du risque)	36
Partie II – Évaluation de la lutte contre la récidive : des critiques aux propositions.	43
Titre 1 – Critiquer : l'illusion de sécurité	44
Chapitre 1 – Des lois injustifiées et instrumentalisées.....	44
Chapitre 2 – Des lois inefficaces et impraticables	50
Titre 2 – Proposer : la réorientation vers l'efficacité.....	61
Chapitre 1 – La valorisation du temps carcéral : l'engagement dans un cercle vertueux.....	61
Chapitre 2 – L'épuration du droit positif : l'engagement dans un processus rationalisé	70
Annexe.....	77
Bibliographie	78
Table des matières	88

"Quand une vipère, un chien enragé me mord, je me soucie peu de savoir si l'animal est responsable ou non de son méfait. Je tâche de me protéger en l'empêchant de nuire et de nuire à d'autres : voilà ma seule préoccupation. Nous pouvons plaindre les individus doués d'une organisation qui les condamne aux actions mauvaises, plaindre ceux qui ont la stupidité, la laideur, ou une santé débile en partage, tout comme nous plaignons l'insecte que nous écrasons en passant ou l'animal que nous envoyons à l'abattoir ; mais c'est là une compassion vaine qui ne saurait les soustraire à leur destinée."

Dr. Gustave Le Bon¹

¹ LE BON G. – *La question des criminels* – Revue philosophique, 1881, n°1, p. 529-539, spéc. p. 538, cité par MUCHIELLI L. - *Criminologie, hygiénisme et eugénisme en France (1870-1914) : débats médicaux sur l'élimination des criminels réputés "incorrigibles"* – Revue d'histoire des sciences humaines 2000, n°3 p. 57-88, spéc. p. 64.

Introduction

"La récidive est à coup sûr l'un des problèmes les plus graves posés aux pouvoirs publics dans un État de droit"² relevait le rapport de la Commission dirigée par E. Cartier en 1994. Un des problèmes les plus graves, car un problème récurrent, effrayant, qui semble traduire l'échec des politiques pénales et *in fine*, ramener la lutte contre le phénomène à une dimension prométhéenne. Ainsi, malgré les efforts déployés par Prométhée pour dompter la nature et libérer l'humanité de la servitude où les dieux cherchaient à la maintenir, en lui donnant une forme plus noble que celle des animaux, en le faisant se tenir debout, à l'instar des dieux, et en ramenant le feu des forges d'Héphaïstos, cette tentative fut soldée par un échec, et, selon Hegel, "*le martyr de Prométhée met en pleine lumière les conséquences douloureuses d'une libération manquée*"³. Néanmoins sa libération par Héraclès, après trente ans du martyr infligé par Zeus, et la renaissance constante de son foie là où son supplice consistait à se le voir dévorer par un vautour illustrent le second aspect de ce mythe : le refus de résilience face à l'échec et le renouvellement incessant d'une lutte inégale et d'apparence infinie. La lutte contre la récidive semble s'inscrire dans cette logique. Chaque renouvellement de comportement infractionnel marque la défaillance d'une politique destinée à l'empêcher, sans pour autant que les pouvoirs publics n'abandonnent cette lutte, refusant de se soumettre à la force du phénomène, tout comme Prométhée refusa de plier sous la tyrannie de Zeus. C'est alors que les pouvoirs publics déploient leur force et redoublent de créativité pour sortir vainqueur de leur opposition aux penchants humains, de sorte que la lutte contre la récidive a pris, au fil des siècles, la figure d'une "*obsession créatrice*"⁴ sous-tendue par la peur mobilisatrice qu'est celle du crime et de l'installation de ses auteurs en son cœur.

Pour comprendre l'étendue et les enjeux de cette lutte, et évaluer l'effectivité des innovations qu'elle engendre dans un dynamisme d'apparence ininterrompu, il est dans un premier temps crucial de comprendre ce que recouvre la notion de récidive. Le droit positif n'en donne pas de définition générale. Toutefois, les articles 132-8 et suivants du code pénal permettent d'appréhender le sens de la conception juridique du terme. La récidive ainsi comprise existe lorsqu'une personne ayant commis une infraction renouvelle son acte après avoir été définitivement condamné pour son premier méfait. Le terme de personne est intéressant puisque, rappelons-le, depuis la réforme du code pénal entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, complétée en ce point par la loi du 9 mars 2004⁵, les personnes morales sont pénalement responsables de leurs actes au même titre que les personnes physiques. Cette étude se concentrera néanmoins sur la récidive de ces dernières, car il s'agit d'analyser comment le droit pénal cherche à dompter les comportements humains que la société réprouve, notamment lorsqu'ils sont répétés. La lecture des articles précités révèle toutefois que la récidive ne se réduit pas à l'existence d'une première condamnation et la commission d'une seconde infraction, puisque d'autres critères conditionnent sa reconnaissance, qu'il s'agisse du temps qui sépare les actes les uns des autres ou la nature même de ces actes. Ainsi, lorsque les deux éléments axiaux sont réunis mais que les autres critères manquent, l'infacteur ne sera pas en état de récidive légale mais en état de réitération. Cette

² CARTIER E. (dir.) – *Rapport à M. le Garde des Sceaux – Commission d'étude pour la prévention de la récidive des criminels*, Ministère de la Justice, 1994, cité par PONCELA P. – *Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité* – in ALVAREZ J., BASEX H., MBANZOULOU P., RAZAC O. (dir.) – *Les nouvelles figures de la dangerosité* – L'Harmattan, coll. Sciences Criminelles, École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2008, spéc. p. 96-97.

³ Œuvre d'Hegel, analysée dans l'ouvrage ARVON H. – *La philosophie du travail* (1979), cité par FARAGO F. (dir.) – *Philosophie, Terminales L-ES-S* – Bréal, 2004, p. 211.

⁴ SCHNAPPER B. – *La récidive : une obsession créatrice au XIX^e siècle* – Colloque du XXI^e congrès de l'Association française de Criminologie : Le récidivisme, 1983, cité par BRIEGEL F., PORRET M. – *Récidive, récidivistes et droit de punir* – in BRIEGEL F., PORRET M. (dir.), *Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du Moyen-Âge au XX^e siècle* – Recherches et rencontres, Publications de la Faculté de lettres de Genève, Droz, 2006, p. 9-22, spéc. p. 11-12.

⁵ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

notion a en effet été consacrée par la loi du 12 décembre 2005⁶, afin de donner à une situation de fait la qualification juridique qui lui faisait défaut, et qui était ainsi source d'interrogations concernant le traitement d'une situation que le droit pénal lui-même ne prévoyait pas. Juridiquement distinctes, la récidive légale et la réitération se confondent néanmoins lorsqu'il s'agit d'aborder la récidive en termes sociologiques. En effet, le droit pénal prend ses distances avec la sociologie, car les impératifs de répression et de maintien de l'ordre public qu'il sert ne sont pas ceux des sciences humaines, de sorte que son acception des termes est stricte voire parfois restrictive là où ils peuvent s'étendre en sociologie. Ainsi, de la même façon que l'inceste n'est sociologiquement pas limité à la définition qu'en donne la loi du 8 février 2010⁷, puisqu'il peut notamment être question d'inceste au sens sociologique du terme même lorsque la victime est majeure⁸, et de même que le suicide, est, en droit, l'acte de se donner la mort, dans un strict respect de l'étymologie du terme, le suffixe '-cide' évoquant la mort, et le préfixe 'sui-' étant réflexif, alors que E. Durkheim pose qu'en sociologie *"il n'est pas nécessaire que l'acte émané du patient ait été l'antécédent immédiat de la mort pour qu'il en puisse être regardé comme l'effet"*⁹, le phénomène récidiviste n'est pas limité, en sociologie, aux actes correspondant à la définition limitative de la récidive légale. Ce décalage dans les contours du phénomène est n'a donc rien d'exceptionnel, mais il porte en lui le risque de prêter à confusion, notamment lorsque l'on aborde les chiffres de la 'récidive'. Il est dès lors important de toujours situer quelle 'récidive' est envisagée, afin d'employer les bons moyens au bon endroit, et notre étude révélera que tel n'est à l'heure actuelle pas tout à fait le cas.

Quoi qu'il en soit, la récidive légale et la réitération sont marquées par un élément important, à savoir le fait que la personne présentée au juge l'est pour la seconde fois, de sorte que cette dernière a déjà reçu un avertissement formel de la justice, et, le cas échéant, une peine. Ainsi, ces deux situations juridiques se distinguent du concours réel d'infraction, puisque précisément, *"il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction"* (art 132-2 c. pén.). De cette gradation entre concours réel et récidive légale une ressort hiérarchie significative en termes pénologiques. En effet, la récidive légale est la plus sévèrement punie, puisqu'elle entraîne un doublement des peines encourues. La réitération se place sur la marche inférieure de l'échelle répressive, avec un cumul non-plafonné des peines, là où concernant le concours réel, *"lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé"* (art 132-3 c. pén.), le code pénal prévoyant également des possibilités de confusions lorsque les infractions en concours font l'objet de poursuites séparées (art. 132-4 c. pén.). Il est à noter que cette échelle à trois niveaux connaît des exceptions, à l'instar de celle prévue par l'article 222-24 du code pénal tel qu'issu de la loi précitée du 12 décembre 2005¹⁰, érigeant en circonstance aggravante le fait qu'un viol ait été commis *"en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes"* (art 222-24-10°), afin de sanctionner la répétition plus sévèrement, bien que la justice ne soit pas intervenue entre la commission des différentes infractions¹¹. Néanmoins, ce traitement du concours

⁶ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, art. 3.

⁷ Loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux

⁸ LEPAGE A. – *Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010* – JCP G 2010, p. 335.

⁹ DURKHEIM E. – *Le suicide, étude de sociologie* (1897), consultable à l'adresse suivante : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/suicide/suicide_intro.pdf. Ainsi, en termes sociologiques, *"L'iconoclaste qui, pour conquérir les palmes du martyr, commet un crime de lèse-majesté qu'il sait être capital, et qui meurt de la main du bourreau, est tout aussi bien l'auteur de sa propre fin que s'il s'était porté lui-même le coup mortel ; du moins, il n'y a pas lieu de classer dans des genres différents ces deux variétés de morts volontaires, puisqu'il n'y a de différences entre elles que dans les détails matériels de l'exécution. Nous arrivons donc à cette première formule : on appelle suicide toute mort qui résulte médiatement ou immédiatement d'un acte positif ou négatif, accompli par la victime elle-même"*.

¹⁰ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 32.

¹¹ Le traitement sériel des infractions en concours permet une répression accrue. En effet, en vertu des règles classiques relatives au concours réel d'infractions (art. 132-3 et 132-4 c. pén.), une personne ayant commis une

réel par le biais du concept d'infraction sérielle reste à la marge, et l'idée directrice est celle qu'une personne ayant déjà pénétré l'enceinte d'un prétoire doit être sanctionnée plus sévèrement que celle qui, à comportement égal, n'aura pas été confrontée à la justice, et n'aura pas subi de peine. Si la peine n'a pas toujours eu la fonction de corriger et dissuader, et qu'elle fut d'abord justifiée par une simple visée rétributive, la répétition de forfaits après une première condamnation est aujourd'hui perçue comme "*révél(ant) l'échec du système pénal dans son ensemble et remet(tant) en question les solutions répressives retenues au regard notamment des finalités de la peine*"¹². La récidive, comme la réitération, renvoient en effet aux pouvoirs publics le message selon lequel la première peine n'a pas suffi à dévier leurs auteurs de leur trajectoire infractionnelle. Dès lors, le législateur leur renvoie à son tour un message tout aussi fort, passant par la bouche des juges : une peine plus sévère.

Le débat sur le sens de la peine est cependant un débat plus philosophique que juridique, dans lequel se mêlent des voix philanthropes, des voix plus résignées, et d'autres dans lesquelles la peur et la douleur se confondent. Il n'est pas question ici de clore le débat, ou de prétendre pouvoir trouver une réponse univoque à cette polyphonie inextricable. Il est néanmoins possible d'observer le sens de la peine au travers du prisme de la lutte contre la répétition de forfaits, et dès lors, l'objectif de correction du récidiviste par la peine prend le pas sur la volonté de rétribution. C'est alors que se pose la question de la pertinence de la sévérité, et deux alternatives apparaissent, en fonction du résultat recherché. En effet, la lutte contre la récidive peut tout d'abord passer par un enfermement des agents mis en cause, pour le temps le plus long possible, afin de leur retirer leur capacité matérielle de récidiver, puisqu'ils ont prouvé qu'ils avaient cette capacité, en faisant un mauvais usage répété de leur libre-arbitre. La privation de liberté apparaît en effet comme un moyen simple de réduire la récidive comme son risque, en éloignant les individus de la société qui les craint. Toutefois, il est un autre résultat, plus humaniste, et tout aussi réaliste, consistant non à priver les individus de leurs capacités mais de leurs propensions à récidiver. La privation de liberté est-elle un bon moyen d'accéder à ce second objectif ? Nous verrons à travers notre étude que la réponse est nuancée. L'idée principale est que la prison se doit d'être perçue comme un moyen et non comme une fin, et au delà d'être conçue comme telle, il est nécessaire de lui donner effectivement les moyens de s'imposer dans cette dimension dynamique.

Il est cependant important de souligner que si l'on en vient à parler d'"*obsession créatrice*" en évoquant la lutte contre la récidive, c'est parce que cette entreprise ne se limite pas à un traitement pénal plus sévère des récidivistes, voire des réitérants, et qu'elle est en également à l'origine de véritables innovations. De manière significative, il est intéressant de voir que la lutte contre la récidive fut à l'origine du développement de l'identité judiciaire. En effet, durant la période "*pré-bertillonienne*"¹³ comme dans celle qui a succédé l'identification anthropométrique, la volonté de "*découvrir une caractéristique de l'individualité suffisamment nette pour permettre d'affirmer, d'une façon certaine, que le sujet chez qui on la relève en est seul porteur, du moins à ce degré*"¹⁴, vient de celle de savoir si l'individu en cause a déjà été condamné pour des faits infractionnels, en d'autres termes, s'il s'agit d'un récidiviste, au sens large. L'obsession créatrice peut donc être porteuse, puisqu'elle a donné l'impulsion première à la création de techniques aujourd'hui essentielles. La question se pose pourtant de savoir si toutes les innovations ayant trait ou ayant pour origine ou motivation la lutte contre la récidive sont aussi heureuses. En effet, au delà des techniques d'identification, la volonté d'enrayer la récidive a également et surtout été à la source d'une démultiplication des mesures visant à la prévenir. Cette dynamique remonte principalement au XIX^e siècle, et au développement des théories positivistes. En effet, sous l'influence des travaux de C.

dizaine de viols encourra quinze ans de réclusion criminelle, maximum légal le plus élevé, de la même façon que la personne n'ayant commis qu'un viol isolé (art 222-23 c. pén.). Le fait d'ériger le concours réel en circonstance aggravante permet ainsi de faire passer le maximum encouru par le 'violet en série' de quinze à vingt ans de réclusion criminelle.

¹² CARTIER E. (dir.) – *Rapport à M. le Garde des Sceaux – op. cit.*, cité par PONCELA P. – *op. cit.*

¹³ QUINCHE N. – *Les techniques d'identification des récidivistes – in BRIEGEL F., PORRET M. (dir.), Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du Moyen-Âge au XX^e siècle – op. cit.*, p. 355-367, spéc. p. 356.

¹⁴ LOCARD E. – *L'identification des récidivistes* (1909), cité par QUINCHE N. – *op. cit.*

Lombroso, E. Ferri en vint à écrire que "*la récidive constitue non pas l'exception mais la règle dans la vie criminelle*"¹⁵ de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'attendre une seconde infraction pour agir au nom de la lutte contre la récidive. Le législateur n'est jamais allé jusqu'à consacrer des mesures strictement *ante delictum*, mais cette l'idée de prévention de la récidive a permis à la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes de voir le jour, afin d'éloigner ceux qui, par leur acte récidiviste, avaient fait la démonstration de leur 'incurabilité', afin d'éviter que ces "*terroristes du mal*"¹⁶ ne commettent d'autres méfaits. La volonté d'agir avant la commission effective d'une nouvelle infraction a connu un remarquable renouveau à l'aube du XXI^e siècle. Le législateur a en effet créé, durant la dernière décennie, un grand nombre de mesures de sûreté ayant pour objectif clairement affiché de prévenir la récidive des individus dangereux. Ces mesures interviennent lorsqu'une personne a commis une première infraction et que les experts considèrent que son état de dangerosité constaté nécessite qu'elle soit suivie, encadrée, voire enfermée, après avoir subi sa peine. Il s'agit donc de mesures tournées vers l'avenir, même si elles sont nécessairement liées au comportement passé qui a généré leur prononcé et il semble que la tendance actuelle soit de favoriser la prévention, au détriment de la répression, par ce développement des mesures post-sententiels.

L'objectif préventif est loin d'être inconnu en droit pénal. En effet, dans le processus même d'incrimination, celui-ci est déjà présent et s'exprime par l'existence dans notre droit pénal d'infractions formelles et d'infractions obstacles. Le seuil de consommation de ces dernières est, sur l'*iter criminis*, antérieur à la réalisation du résultat redouté¹⁷, de sorte que la survenance effective de ce dernier est indifférente, même s'il sous-tend le mécanisme d'incrimination. Ainsi, une personne sera reconnue coupable d'empoisonnement dès lors que, animée par une intention homicide, elle aura administré à sa victime une substance mortifère, même si cette dernière ne décède pas effectivement (art. 221-5 c. pén.). De même, le délit de risques causés à autrui sera constitué dès lors que l'agent aura "*expos(é) directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement*" (art. 223-1 c. pén.), bien que la mort ou ces blessures caractérisées ne soient pas survenues. Il s'agit par ces incriminations de sanctionner un comportement et non un résultat, c'est-à-dire de faire réagir la justice avant que l'atteinte aux valeurs sociales protégées ne soit effectivement réalisée. Cependant, cette anticipation répressive nécessite que des précautions soient prises, car "*si l'objectif de prévention n'est pas contestable, il peut passer par des modalités confinant au dérapage*"¹⁸ et de là tendre à verser dans de purs "*procès d'intention*"¹⁹, ce que le législateur doit garder à l'esprit et ce à quoi le Conseil constitutionnel veille.

Bien qu'elles répondent à une logique différente, la nécessité d'éviter cet écueil se retrouve concernant les mesures de sûreté. En effet, si elles sont tournées vers l'avenir et dictées par des impératifs de sécurité et de paix publiques, et qu'elles sont distinctes des peines et sanctions ayant le caractère d'une punition, selon l'expression du Conseil constitutionnel²⁰, les mesures de sûreté sont restrictives, voire privatives de liberté, de sorte que la réalisation de la prévention n'est pas sans conséquence pour celui qui en est l'objet. L'anticipation est même encore plus forte que pour les infractions de comportement, car ici la réaction ne fait pas suite à une action ou omission répréhensive précise, mais à une évaluation expertale de la dangerosité de l'individu. Ces mesures doivent donc être créées, comme prononcées, avec une retenue particulière, afin de concilier utilement sécurité et liberté, et de conserver l'équilibre qu'impose un État de droit. Or, ayant atteint son paroxysme avec la création, par la loi du 25 février

¹⁵ FERRI E. – *Sociologie criminelle* (1893), cité par CHAVAUD F. – *Repris de justice et incorrigibles* – in BRIEGEL F., PORRET M. (dir.), *Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du Moyen-Âge au XX^e siècle* – op. cit., p. 251-262, spéc. p. 259.

¹⁶ CHAVAUD F. – *op. cit.*, spéc. p. 254. L'auteur cite ici un terme employé en 1841 pour désigner les récidivistes.

¹⁷ MAYAUD Y. - *Droit pénal Général* – PUF Droit, Collection Droit Fondamental, 3^e éd., 2010, p. 213.

¹⁸ *Ibid.*, p. 220.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ V. par exemple la décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, cons. 12, et la décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, cons. 8.

2008²¹, de la rétention de sûreté, il semble que l'objectif de prévention ait pris une part trop importante dans la lutte contre la récidive. Il apparaît en effet que l'orientation ainsi choisie de démultiplier les mesures de sûreté en espérant que le risque zéro ressortira de cette effervescence n'est pas la plus pertinente, que le suivi infini comme le soin imposé ne sont pas les clés du combat contre la récidive, ou, que si elles constituent des maillons de la chaîne tendant à la faire diminuer, il leur est accordé une place qui n'est pas à la mesure des résultats pouvant véritablement être attendus.

Il ne s'agit pas de nier que la récidive soit un problème grave, bien que les chiffres affichés pour illustrer son existence soient en réalité biaisés, et éloignés de la réalité. La récidive est en effet une difficulté à laquelle il faut s'attaquer, mais il s'agit pour cela de s'armer correctement. En d'autres termes, nonobstant la connotation négative que prend le terme d'obsession, le caractère créateur de la lutte contre la récidive n'est pas mauvais en lui-même. Toute la question est cependant celle de savoir ce qu'il est nécessaire de créer, et distinguer ces éléments des créations d'apparence attractives, mais en réalité inefficaces en termes de lutte effective, et empiétant sur les libertés fondamentales que la lutte contre la récidive cherche pourtant, *in fine*, à protéger. Le législateur a choisi d'aborder le phénomène par deux voies : d'une part, en infligeant aux récidivistes une sévérité sans commune mesure avec la répression réservée aux primo-infracteurs, et d'autre part, en restreignant la liberté de ceux dont il semble qu'ils soient susceptibles de récidiver, ce second volet ayant progressivement pris une place centrale dans la lutte ainsi engagée (Partie 1). Il apparaît pourtant que ces choix, s'établissant au fil d'un processus de création normative qui a tous les traits d'une "*boulimie législative*"²² ne soient pas les bons pour lutter efficacement contre le phénomène de répétition de forfaits, si l'on vise le seul objectif véritablement acceptable et durable d'extraire les individus de leur dynamique infractionnelle au lieu de seulement les empêcher de la perpétuer par l'éloignement, la surveillance et le traitement. Les choix réalisés se comprennent en ce qu'ils sont rassurants, spectaculaires, efficaces à court terme, et donnant l'illusion temporaire de l'éradication totale du risque. Il devraient pourtant être relégués au second rang, à la faveur de mesures dont les recherches, pourtant sporadiques dans notre pays, ont prouvé la véritable efficacité, et qu'il serait, aux prix d'un inversement des tendances et des opinions, possible de consacrer et favoriser (Partie 2).

*
* *

²¹ Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

²² DEBOVE F. – *L'overdose législative* – RDP 2004, n°10, étude 12.

Partie I – Mutation de la lutte contre la récidive : de la punition à la prévention.

La récidive est, de manière ancestrale, une cause d'aggravation de la sanction. Les raisons de cette aggravation, sa forme, tout comme les objectifs qu'elle a permis de servir, n'ont pas toujours été les mêmes, mais l'équation est demeurée relativement identique : la répétition d'une infraction après une première condamnation est punie plus fortement. Cette équation a néanmoins su s'affiner dans le temps, passant d'une réalité sociologique à un concept juridique, de sorte que l'on parle désormais de récidive *légale*, et que ses conditions de réalisation obéissent à une classification stricte, basée sur le double critère de la nature des infractions et du temps qui les sépare. Néanmoins, la lutte contre la récidive, *a posteriori*, lorsque celle-ci s'est réalisée, est en réalité sous-tendue par la peur de la récidive, *a priori*, la peur du crime et de la criminalité. Cette peur s'est avérée être aussi mobilisatrice que créatrice, entraînant un véritable tournant dans la façon dont le législateur embrasse le phénomène qui dérange. Ainsi, à l'axe principal de la rétribution s'est substitué celui de la prévention. Dès lors, les récidivistes continuent à être punis plus sévèrement, sévérité qui s'est par ailleurs développée ces dernières années, qu'il s'agisse du *quantum* de la peine encourue ou de la manière dont celle-ci est ensuite exécutée (Titre 1). Cependant, c'est aujourd'hui sur les récidivistes *en puissance* que s'abat l'opprobre sociale, et ce sont eux qui sont principalement concernés par les multiples lois récemment adoptées dans l'objectif médiatiquement affirmé d'annihiler le phénomène. De là, les médecins qui s'étaient un temps érigés en porte-paroles de l'incorrigibilité des hommes criminels sont à nouveau placés à l'épicentre de la lutte contre la criminalité. C'est en effet à eux que revient le rôle de repérer la dangerosité, pour ensuite, puisque l'incorrigibilité n'est en théorie plus présumée, la soigner. La prévention ne s'arrête cependant pas à la médicalisation, le législateur estimant la société plus en sécurité lorsque ces nouveaux hommes dangereux sont, pour le temps le plus long possible, suivis, voire neutralisés (Titre 2).

*
* *
*

Titre 1 – Punir : la sanction de l'hostilité

À l'origine, la lutte contre la récidive concernait exclusivement l'intérieur du phénomène : il s'agissait d'aggraver la répression de ceux qui s'installaient dans la délinquance ou la criminalité. L'objectif sous-tendant cette répression accrue a évolué au fil du temps, pour finalement viser à sanctionner ceux qui, par la répétition d'infraction, manifestaient une hostilité particulière aux valeurs sociales protégées, ce que la société ne pouvait que réprouver, idée entérinée par le code pénal réformé. Cependant, le système de 1994, reflet d'une évolution historique longue et tortueuse, apparut finalement insuffisant pour sanctionner le phénomène de répétition de forfaits. C'est ainsi qu'il connut plusieurs évolutions, vers un élargissement (Chapitre 1) mais aussi une plus grande certitude quant à la répression (Chapitre 2).

*
* *

Chapitre 1 – Le principe d'une répression accrue

L'aggravation de la peine de celui qui commet plusieurs infractions est connue depuis le Moyen-Âge. Cependant, la finalité attribuée à cette sévérité accrue n'a pas toujours été la même. En effet, d'abord exclusivement disciplinaire, cette sévérité est ensuite devenue rétributive, pour enfin être assimilée à des objectifs sociaux. C'est alors qu'est née l'idée d'élimination, permettant la purification du corps social, en se débarrassant de ceux qui avaient fait le choix d'être mauvais, puis, plus tard, de ceux que l'on pensait destinés à l'être. Le droit pénal est ensuite revenu sur cette conception, pour lui préférer celle de rétribution, avec un espoir de rédemption. C'est ainsi qu'à la fin du XX^e siècle, si les récidivistes sont plus punis, c'est pour l'atteinte réitérée qu'ils ont porté aux valeurs sociales protégées, manifestant ainsi leur hostilité envers celles-ci. Dès lors, bien que marqué par l'évolution historique qui l'a précédé, le code pénal réformé entré en vigueur en 1994 sanctionnait plus sévèrement les récidivistes pour ce que leurs comportements hostiles répétés représentaient de mal, exprimant ainsi la réprobation de la société à leur égard (I). Toutefois, le système ainsi retenu apparut ensuite incomplet, ce qui donna lieu à la consécration de la notion de réitération, en même temps qu'était augmenté le champ d'application de l'état de récidive légale (II).

I. La répression de la récidive : une sévérité augmentée

La répression de la récidive est de longue date marquée par une accentuation graduelle de la sanction. Néanmoins, la visée de cette répression particulière s'est transformée au fil du temps, d'abord focalisée sur l'individu, puis, dans un second temps, sur la protection de la société, qu'il s'agisse de dissuader les candidats au crime comme d'éloigner voire d'éliminer ceux qui s'y sont appliqués (A). Le système retenu en 1994 est ainsi le fruit de cette évolution sinusoidale, tout en se voulant en rupture avec toute position trop radicale. Ainsi, il ne s'agira plus à proprement parler d'éliminer, mais toujours de réprimer plus sévèrement, par le jeu de la circonstance aggravante, ceux qui auront démontré leur hostilité répétée aux biens juridiques collectifs (B).

A. Les fondements d'une répression renforcée : une finalité évolutive

Selon F. Briegel et M. Porret²³, les magistrats ont commencé à utiliser le verbe 'récidiver' empruntant au latin médiéval (*recidivare*), pour qualifier l'acte de commettre une seconde fois une infraction malgré une première condamnation pénale, dès 1488, et le nom commun 'récidive', néologisme également issu du latin médiéval (*recidivia*), apparut en 1560. Cependant, l'idée d'un traitement spécifique de la répétition de forfaits a précédé la naissance de ces termes. En effet, "*les premières traces d'une gradation pénale fondée sur la réitération de l'acte criminel et sur*

²³ BRIEGEL F., PORRET M. –*op. cit.*, spéc. p. 10.

*l'accumulation des châtiments se rencontrent dans les pénitentiels rédigés à l'usage des moines*²⁴ au VI^e siècle, dans le but de restaurer la discipline monastique. Par un glissement de l'ordre religieux à l'ordre laïc, les capitulaires du siècle suivant reprirent l'idée de hiérarchie pénale en fonction de l'addition des infractions. Ainsi, en 779, un capitulaire de Charlemagne pose qu'à "la première fois, le voleur ne mourra pas, mais il perdra un œil, à la deuxième fois, on lui coupera le nez et à la troisième fois, il mourra (s'il ne s'est pas racheté)"²⁵. Ces textes marquaient une tentative de restauration de l'autorité publique, tentative qui fut cependant tenue en échec par la progression de la féodalité. Ce n'est qu'au XII^e siècle que l'on s'intéressa à nouveau à la récidive. La redécouverte du droit romain consacra l'émergence de la notion de volonté dans le crime, amenant avec elle celle de volonté dans la répétition du crime, et de la nécessité de la réprimer plus sévèrement. Cette idée appartenait d'abord au droit canon, puis apparut dans l'esprit des coutumiers, qui réinstaurèrent le principe de répression graduelle. Cependant, à l'époque, il s'agissait moins de prévenir le crime ou de protéger la société que de punir durement le scélérat, la fonction d'une répression renforcée étant alors exclusivement punitive, et concernait en premier lieu les larrons. En revanche, à partir du XV^e siècle, se fonda l'idée selon laquelle la justice "doit donner exemple que nul ne doit faire meffait sur meffait" et qu'il était nécessaire "d'oster les mauvais des bons"²⁶. C'est donc à ce moment là qu'apparut un véritable enjeu social dans la répression de la récidive, enjeu bipolaire, d'une part dans un but d'exemplarité, et donc de dissuasion, et d'autre part dans une visée purificatrice, la peine étant alors, après divers châtiments corporels, la mort par pendaison. À ces fonctions est venue s'adjoindre, à la fin du Moyen-Âge, un objectif politique. En effet, la restauration du pouvoir royal s'est appuyée sur l'exploitation des rumeurs et les peurs collectives, de sorte "l'opinion réclam(ait) des mesures exemplaires, tandis que le pouvoir royal instrumentalis(ait) la notion d'incorrigibilité pour affermir ses prérogatives judiciaires"²⁷. Par la suite, et jusqu'au premier Empire, deux idées ont primé, celle de rétribution, qui s'exprimait par une peine plus sévère, et celle d'épuration du corps social, par la déportation ou la mort des criminels les plus endurcis.

Vers la fin du XIX^e siècle, un véritable changement de perspective s'est opéré. En effet, l'émergence des théories positivistes emporta avec elle l'idée que ce n'était pas du fait d'une mauvaise utilisation de leur libre-arbitre que certains hommes commettaient des crimes, mais parce qu'ils y étaient physiologiquement destinés. Reprenant les travaux de phrénologie de F.-J. Gall, initiateur de l'idée selon laquelle certains individus, ont, par nature, la "bosse du crime" (1810), C. Lombroso (1876) et ses disciples, R. Garofalo et E. Ferri, préconisèrent ainsi l'élimination de ceux qui, par leurs particularités morphologiques, liées à un phénomène atavique, étaient inévitablement portés vers le crime, même s'ils n'en avaient pas encore commis. Leurs thèses faisaient donc passer la prévention avant la répression. Ces théories ont eu des conséquences sur le traitement pénal des récidivistes en France, soutenues dans l'opinion publique par l'essor des tenues de compte en matière de crime et par une presse, nouvellement libre, et alarmiste. Sans aller toutefois jusqu'à éliminer les individus de manière *ante delictum*, l'idée fut acceptée que lorsqu'ils avaient démontré par leurs forfaits qu'ils étaient bel et bien 'incorrigibles', il fallait alors éliminer les récidivistes, ou du moins les "éloigner de France"²⁸, dans un objectif prophylactique, et c'est ainsi que fut créée la loi sur la relégation des récidivistes du 27 mai 1885²⁹, mise en œuvre de la "politique du débarras"³⁰. Au XX^e siècle cependant, la notion d'*Untermensch* ayant mené aux pires atrocités, les opinions changèrent, de sorte

²⁴ TOURELLE V. – *Larrons incorrigibles et voleurs fameux* – in BRIEGEL F., PORRET M. (dir.), *Le criminel endurci, Récidive et récidivistes du Moyen-Âge au XX^e siècle* – op. cit., p. 43-53, spéc. p. 44.

²⁵ *Ibid.*, p. 45.

²⁶ *Ibid.*, p. 48. L'auteur cite ici la coutume de Bretagne, telle que relatée dans PLANIOL M. – *La très ancienne Coutume de Bretagne, avec les Assises, Constitution de Parlement et Ordonnances ducales, suivies d'un recueil de textes divers antérieurs à 1491* – Rennes, 1896.

²⁷ *Ibid.*, p. 53.

²⁸ Loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, art 1.

²⁹ SANCHEZ J.-L. – *La relégation (loi du 27 mai 1885)* – Criminocorpus 2005, revue hypermédia, Autour des Archives d'anthropologie criminelle, accessible à l'adresse suivante : <http://criminocorpus.revues.org/181>

³⁰ Expression que l'on doit à C. Lucas, cf. RENAUT M.-H. – *Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive (de la notion de 'consuetudo delinquendi' au concept de dangerosité)* – RSC 2000, p. 319.

qu'une véritable réticence s'établît à l'égard de la pensée selon laquelle certains hommes seraient mauvais par nature. Apparut alors, sous l'influence de M. Ancel, la théorie de Défense Sociale Nouvelle, et l'idée le récidiviste n'était plus nécessairement un ennemi de la société, mais était néanmoins un échec de celle-ci. On cessa alors l'élimination au sens propre de ces derniers, sans toutefois supprimer l'idée de rétribution accrue. Les récidivistes devaient ainsi être plus punis car si la cause de leurs forfaits n'était plus vue comme endogène, l'atteinte répétée aux valeurs sociales protégées méritait tout de même une sanction plus forte. Il s'agissait alors non plus d'épurer mais de maintenir le tissu social. Le résultat peut être vu comme étant analogue, puisqu'en privant de liberté pour un temps plus long, on éloigne plus longtemps. L'idée force était néanmoins celle de la répression des hostiles et non plus l'élimination des dangereux, en vue, *in fine*, de leur amendement et reclassement social. Cette seconde idée va renaître de ses cendres, nous le verrons, mais il demeure que le système de 1994, qui s'illustre par sa complexité tant il est vrai qu'il reste lourdement marqué par l'héritage de ces évolutions, était axé sur la rétribution, expression de réprobation, avec un espoir de rédemption.

B. Le système de 1994 : le jeu de la circonstance aggravante

Lors de la réforme du code pénal, le système de répression de la récidive fut réaménagé, tout en s'inspirant de certains mécanismes des systèmes précédents. Reprenant ainsi à son compte le principe de la circonstance aggravante entraînant un doublement des peines, établi dès 1791, bien qu'absent du code pénal révolutionnaire³¹, de même que les distinctions entre récidive spéciale ou générale, temporaire ou perpétuelle nées en 1810³², le code réformé se voulait, quant au traitement pénal de la récidive, être marqué du double sceau de la simplification et de l'aggravation. Cependant, si l'objectif d'aggravation semble avoir été atteint, celui de simplification est moins évident. Le système d'identification et de répression de l'état de récidive légale tel qu'issu de la réforme était donc un système complexe, qu'il convient de décrire³³, car en dépit des modifications subséquentes, il est demeuré inchangé en trame de fond.

En termes d'identification tout d'abord, le raisonnement s'effectue à partir de la notion de 'terme', que représentent la première infraction (premier terme) et la seconde (second terme), qui doivent être séparées par une condamnation définitive, et varie en fonction de la gravité des infractions en cause, pour former trois sous-ensembles. En premier lieu, la récidive légale peut être *générale et perpétuelle* (art. 132-8 c. pén.), si une personne condamnée pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi commet par la suite un crime, quel que soit le délai séparant l'expiration ou la prescription de la première peine de la commission du nouveau crime. En second lieu, la récidive est dite *générale et temporaire* dans deux hypothèses distinctes (art. 132-9 c. pén.). D'une part, si, après avoir commis un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement, la personne commet un délit puni de dix ans d'emprisonnement, dans un délai³⁴ de dix ans ou, d'autre part, si après cette même première infraction, elle commet un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à dix ans mais supérieure à un an, dans un délai ici porté à cinq ans. Enfin, la récidive est *spéciale et temporaire* (art. 132-10 c. pén.) lorsqu'une personne ayant commis un premier un délit, dans un délai

³¹ Loi du 19 et 22 juillet 1791 relative à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle disposant que "la peine sera doublée en cas de récidive" pour les délits qu'elle vise. Le code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791 ne consacrait quant à lui que deux articles à la récidive, prévoyant ainsi que "*Quiconque aura été repris de justice pour crime, s'il est convaincu d'avoir, postérieurement à la première condamnation, commis un second crime emportant l'une des peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne, de la détention, de la dégradation civique ou du carcan, sera condamné à la peine prononcée par la loi contre ledit crime ; et, après l'avoir subie, il sera transféré, pour le reste de sa vie, au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs*" (Titre II, art. 1)

³² ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive*, 2007, p. 15. Pour une définition de ces notions, v. *infra*.

³³ Nous laisserons volontairement de côté la récidive contraventionnelle (art. 132-11 c. pén.), comme celle des personnes morales (art. 132-12 à 132-15 c. pén.), éloignés de l'objet de notre étude.

³⁴ Là encore, comme pour toutes les hypothèses ou un délai est pris en compte, ce dernier court à compter de l'expiration ou de la prescription de la peine précédente.

de cinq ans, en commet un second, identique ou légalement assimilé³⁵. Dans toutes ces hypothèses, mais dans ces hypothèses seulement, la personne sera en état de récidive légale. Cette brève description démontre que l'objectif de simplification n'a pas été atteint, d'autant plus que l'appréhension de l'état de récidive légale se complexifie davantage lorsqu'il s'agit d'aborder les cas d'assimilation. L'aggravation quant à elle se reflète dans la prise en compte, pour tout type de récidive, de la peine encourue, et non de la peine prononcée, ce qui n'était pas le cas dans le système antérieur. Quant à la répression relative à l'état de récidive légale, le mécanisme retenu lors de la réforme fut celui du doublement de la peine privative de liberté encourue, étant précisé que lorsque la peine encourue pour un primo-infracteur est de vingt ou trente ans de réclusion criminelle, celle-ci est portée à la perpétuité. On peut ici éventuellement parler de simplification, puisque si le mécanisme de doublement des peines était déjà connu en droit, dans le code de 1810, les peines correctionnelles étaient doublées, mais les peines criminelles changeaient de nature³⁶. Il est néanmoins possible de penser que cette innovation tient principalement à la place prépondérante progressivement prise par la privation de liberté dans l'éventail des peines. En ce qui concerne la sévérité, elle s'exprime par l'extension des effets de la récidive à la peine d'amende, qui se voit également doublée.

Il est cependant à noter que complexité n'est pas nécessairement synonyme de complétude, et la prise en compte de la récidive par le législateur de 1992 en est une belle illustration. En effet, si par sa précision, le système permettait d'intégrer un certain nombre de situations, une multiplicité d'autres restait hors du champ de la répression renforcée. Il en était ainsi de tous les cas qui n'étaient ni de récidive légale, car n'entrant dans aucune des catégories précédemment définies, ni de concours réel (art 132-2 et s. c. pén.), parce que les infractions en cause étaient séparées par une condamnation définitive. La jurisprudence, inspirée de la doctrine, avait, dans une certaine mesure, pallié cette lacune, en appliquant un régime juridique *a contrario* de ceux de la récidive légale et du concours réel, c'est-à-dire en permettant un cumul non-plafonné des peines³⁷, mais se posait alors la question de la légitimité d'une solution répressive prétorienne. La grande loi de réforme de 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité³⁸ n'avait que dans une très faible mesure traité de la question de la récidive. Le législateur est par conséquent par la suite intervenu pour compléter le système. Ainsi, la loi du 12 décembre 2005³⁹, dont on peut saluer certains apports, marquait alors le début d'une véritable course au "*traitement*"⁴⁰, à la "*lutte*"⁴¹, et à la recherche d'un 'amoindrissement du risque'⁴² de récidive.

II. L'affinement du système vers plus de sévérité : la loi du 12 décembre 2005

Les bases du système établi lors de la réforme, qu'il s'agisse de la distinction entre les différents types de récidive, et la logique de leur répression, vont connaître une certaine immutabilité. Néanmoins, le législateur va, en 2005, intervenir d'une double manière dans la prise en compte du phénomène de répétition de forfaits. Il s'agira pour lui, d'une part, de combler la lacune née de l'absence traitement légal spécifique pour les situations exclues du champ de la récidive et du concours réel d'infraction en consacrant la notion hybride de réitération, ce qui est louable dans son principe même si des incertitudes demeurent quant aux choix opérés relativement à cette nouvelle notion (A). D'autre part, le législateur va œuvrer dans une optique avérée de sévérité, en élargissant de manière notable le champ d'application de la récidive légale, faisant ainsi tomber plus d'infracteurs sous le coup du régime, par ailleurs encore endurci, de répression de la récidive légale (B).

³⁵ Pour une définition de l'assimilation, v. *infra*, p 17.

³⁶ Ancien art. 56 c. pén.

³⁷ DARSONVILLE A. – *La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride* – D 2006, p. 2116 ; CLEMENT P., LEONARD G. – *Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales* – Assemblée Nationale, n°1718, 7 juillet 2004, p. 12.

³⁸ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*

³⁹ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au *traitement* de la récidive des infractions pénales.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la *lutte* contre la récidive des majeurs et des mineurs.

⁴² Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à *amoindrir le risque* de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale

A. La consécration de la notion de réitération

Comme nous l'avons souligné précédemment, le sort des délinquants ou criminels dont les actes correspondaient à une "*récidive avortée, à laquelle manque soit la condition de spécialité, soit la condition de délai, mais qui comporte le prononcé d'une condamnation devenue définitive*"⁴³, empêchant ainsi par ailleurs l'application des règles relatives au concours réel d'infractions, était réglé par la jurisprudence, inspirée de la doctrine⁴⁴, en permettant un cumul des peines sans plafonnement. Suivant directement la proposition n°9 du rapport Clément et Léonard⁴⁵, la loi du 12 décembre 2005⁴⁶ a apporté une consécration législative au concept de réitération, permettant à la fois de combler un vide juridique, mais également clarifier la notion⁴⁷. Ainsi, l'article 132-16-7, alinéa premier, du code pénal dispose, de manière inchangée depuis cette date, qu'"il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale". Cette définition négative et large permet donc, lorsqu'elle est combinée à la récidive légale, de couvrir, sinon l'ensemble, du moins une grande partie du phénomène 'récidiviste' au sens large du terme. C'est d'ailleurs de cette manière que les services statistiques du Ministère de la Justice (et des Libertés) l'observent désormais⁴⁸. En effet, comme le souligne E. Camous, "*la récidive et la réitération bordent les frontières d'un même phénomène criminologique*"⁴⁹.

La différence de nature entre la récidive légale, le concours réel d'infractions, et la réitération, amène, logiquement, une différence de régime. Ainsi, le second alinéa de l'article 132-16-7 dispose que "*les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente*", et les avis diffèrent quant à la pertinence de cette solution. Bien que ce régime soit plus indulgent que celui existant pour la récidive légale⁵⁰, lors des débats parlementaires au Sénat, R. Badinter tenta en vain⁵¹ de ne pas permettre ce cumul non-plafonné des peines, marque pour lui d'une excessive sévérité. Il est vrai que ce cumul sans limitation de *quantum* était déjà appliqué en jurisprudence, de sorte que là encore, il s'agit plus d'une consécration que d'une véritable innovation, mais pour certains commentateurs, "*en faire le rappel dans le cadre d'une loi sur la récidive vise à n'en pas douter à encourager les juges à ne pas faire preuve d'indulgence lors de la fixation de la peine*"⁵². Pour d'autres, en revanche, si la solution ainsi choisie était inadéquate, cela n'était pas en raison de sa sévérité, mais d'une bienveillance injustifiée à l'égard des réitérants, par rapport aux récidivistes, "*alors même que les attitudes semblent répondre à une volonté similaire de violer à de multiples reprises les prescriptions légales, après une première condamnation*"⁵³, de sorte que "*la mince nuance qui les oppose rend inappropriée l'application d'un système distinct de peines à leur*

⁴³ ROBERT J.-H. – *Les murailles de silicium* – RDP 2006, n°2, étude 2., para. 5.

⁴⁴ La doctrine employait pour la plupart déjà le terme de réitération, bien que d'autres parlaient alors de "*récidive de fait*", cf. MERLE R., VITU A. – *Traité de droit criminel* – Cujas, t. I, 7^e éd., 1997, n° 824, p. 984.

⁴⁵ CLEMENT P., LEONARD G. – *op. cit.*, p. 62.

⁴⁶ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 3.

⁴⁷ Exposé des motifs de la proposition de loi n° 1961, relative au traitement de la récidive des infractions pénales, déposée par MM. CLEMENT P. et LEONARD G. à l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004.

⁴⁸ CARRASCO V., TIMBART O. – *Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération* – Infostat Justice, Bulletin d'information statistique n°108, septembre 2010. Il est cependant à noter qu'avant la consécration de la notion, les études statistiques mesuraient déjà, dans leurs études sur la "*récidive*", ce qui correspondait à la récidive légale mais aussi à la réitération, sans nécessairement faire la distinction. V. *infra*, p. 44-45.

⁴⁹ CAMOUS E. – *Un droit de la récidive en quête de cohérence* – RDP 2009, n°3, étude 3.

⁵⁰ MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 518.

⁵¹ Amendements déposés et rejetés lors de la deuxième lecture du texte au Sénat, les 25 et 26 octobre 2005.

⁵² HERZOG-EVANS M. – *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005* – D 2006 p. 182.

⁵³ DARSONVILLE A. – *op. cit.*

*encontre*⁵⁴. La question de la compatibilité du système ainsi retenu avec le principe de nécessité des peines de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme⁵⁵ ne fut pas posé au Conseil Constitutionnel, qui n'y répondit donc pas dans sa décision de conformité⁵⁶, pas plus qu'il ne fut par ailleurs répondu aux doutes quant à la pertinence d'une distinction dans le régime des peines entre récidivistes et réitérants. Ainsi, tout autant que la définition de la réitération, son régime de répression ne fut pas par la suite modifié. Et, qu'il soit excessif pour certains ou inadéquat pour d'autres, ce dernier marque néanmoins une volonté du législateur de ne pas traiter les personnes ayant déjà reçu un *"avertissement solennel de la justice"*⁵⁷ comme des primo-infracteurs, bien qu'il n'attache pas pour autant pas la même attention à la réitération qu'à la récidive légale. Cette dernière reste en effet le point d'attachement principal du législateur qui, non content d'avoir apporté une solution aux lacunes du système antérieur, a également élargi celui-ci de sorte que la réitération nouvellement consacrée a vu d'emblée son champ d'application réduit.

B. L'élargissement du champ d'application de la récidive légale

La loi du 12 décembre 2005 a fortement élargi le champ d'application de la récidive légale, par l'effet cumulé de modifications portant sur plusieurs points distincts. Tout d'abord, et c'est là sans doute la modification la plus importante, il fut créé de nouveaux cas d'assimilation. Rappelons en effet que la récidive spéciale et temporaire existe lorsque dans un délai de cinq ans, une personne ayant été condamnée pour un délit commet à nouveau un délit identique ou assimilé, c'est-à-dire un délit que la loi considère comme de la même famille, *"afin de mieux répondre à la philosophie de l'institution, qui entend sanctionner moins une spécialité figée entre deux qualifications, qu'un rapport significatif de similitude entre deux actions"*⁵⁸. À l'origine, seul l'article 132-16 du code pénal prévoyait que *"le vol, l'extorsion, le chantage, l'escroquerie et l'abus de confiance sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction"*. Puis la loi du 17 juin 1998⁵⁹ est venue assimiler les délits d'agressions et d'atteintes sexuelles (art. 132-16-1 c. pén.), et celle du 12 juin 2003⁶⁰ un certain nombre de délits relatifs à la violence routière, volontaire ou non (art. 132-16-2 c. pén.). Cependant, pour P. Clément et G. Léonard, du fait de la limitation des cas d'assimilation à ces trois hypothèses, *"un très grand nombre de délits contre les personnes n'entr(aient) pas dans le champ des délits assimilés bien qu'ils possèd(aient) d'évidentes parentés en termes criminologiques"*⁶¹, de sorte qu'ils considéraient qu'un élargissement était nécessaire⁶², vœu auquel le législateur a accédé. En effet, la liste existante fut complétée par deux articles⁶³. L'article 132-16-3 du code pénal, tout d'abord, procède de manière habituelle, à savoir en énumérant une série de délits qui *"sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction"*, en l'occurrence les délits relatifs à la traite des êtres humains et au proxénétisme. L'article 132-16-4 du code pénal innove quant à lui, en fondant l'assimilation non sur une énumération de délit, mais sur un élément matériel, les violences, qu'elles soient constitutives du délit en cause ou simple circonstance aggravante de celui-ci. Il est à noter que, comme le souligne J.-H. Robert, *"selon la jurisprudence, la violence comprend bien sûr les coups, infligés avec ou sans l'usage d'une arme ou d'un objet quelconque, solide, liquide, ou gazeux, mais aussi des voies de fait*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, appartenant au *"bloc de constitutionnalité"* depuis la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (dite décision Liberté d'Association)

⁵⁶ Décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005, *op. cit.*

⁵⁷ DARSONVILLE A. – *op. cit.*

⁵⁸ MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 520.

⁵⁹ Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, art 4.

⁶⁰ Loi n°2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, art 10.

⁶¹ CLEMENT P., LEONARD G. – *op. cit.*, p. 13.

⁶² *Ibid.*, proposition n°4, p. 60.

⁶³ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art 1.

qui, même sans contact avec le corps de la victime lui on causé un choc émotif⁶⁴, de sorte que "la portée de l'article 132-16-4 est donc considérable"⁶⁵. On le voit, par ces nouveaux cas d'assimilation, le nombre de situations entrant dans le champ de la récidive légale est donc grandement rehaussé, entraînant de manière subséquente un rehaussement de la répression, puisque les individus concernés sont ainsi sanctionnés selon les règles relatives à la récidive et non celles de la réitération.

D'autre part, la loi⁶⁶ avait créé un article 132-16-6 dans le code pénal, qui prévoyait que les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un État membre de l'Union européenne seraient prises en compte pour la récidive au même titre que les condamnations prononcées par les juridictions nationales⁶⁷. Contrairement aux cas d'assimilation précédemment évoqués, cette disposition n'avait pas pour but premier de faire entrer plus de situations sous le joug de la récidive légale, mais d'appliquer le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements, pour la première fois affirmé lors du Conseil Européen de Tampere en 1999⁶⁸. Cependant, la différence de cause n'entraînait pas ici de différence d'effet⁶⁹. Cette disposition fut néanmoins abrogée par la loi du 10 mars 2010⁷⁰, en faveur de l'insertion dans le code pénal des articles 132-23-1 et 132-23-2, plus généraux⁷¹, mais ne modifiant pas le fond de ce qui avait été établi en 2005.

Enfin, deux autres modifications ont été apportées, agrandissant encore l'embrace de la récidive légale. Ainsi, l'article 132-16-5 du code pénal pose désormais que l'état de récidive peut être relevé d'office par les juridictions de jugement⁷², notamment parce que les informations inscrites au casier judiciaire peuvent ne pas être à jour au moment de la saisine de cette juridiction, tant que les droits de la défense sont respectés, c'est-à-dire que la personne en a été informée en cours d'audience et a été mise en mesure de faire valoir ses observations. Cet apport législatif vient mettre un terme aux incertitudes prétoriennes en la matière, certains arrêts émanant du Quai de l'Horloge soumettant la possibilité de relever cette circonstance aggravante à l'acceptation par l'accusé ou prévenu⁷³, ce qu'il n'avait évidemment aucun intérêt à faire. Il est vrai que la jurisprudence la plus récente s'en tenait au principe du respect des droits de la défense⁷⁴, mais une clarification par la loi est positive, au regard des conséquences que l'état de récidive emporte. D'autre part, il a été explicitement prévu que la

⁶⁴ ROBERT J.-H. – *Les murailles de silicium* – *op. cit.*, para. 6. Il est à noter que depuis la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (art. 31), l'article 222-24-3 du code pénal dispose, entérinant la jurisprudence antérieure, que "*Les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques*".

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 2.

⁶⁷ Cette disposition était une généralisation de la disposition spéciale prévue pour le délit de fausse monnaie, qui avait été inséré par la loi n°2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, dans un nouvel article 442-16 du code pénal, qui a par conséquent été corrélativement abrogé.

⁶⁸ Cette nouvelle disposition correspond plus précisément à l'application du programme de mesures destiné à mettre en oeuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, adopté par le Conseil le 29 novembre 2000, suite au Conseil Européen de Tampere, et prévoyant "*l'adoption d'un ou de plusieurs instruments instaurant le principe selon lequel le juge d'un État membre doit être en mesure de tenir compte des décisions pénales définitives rendues dans les autres États membres pour apprécier le passé pénal du délinquant, pour retenir la récidive et pour déterminer la nature des peines et les modalités d'exécution susceptibles d'être mises en œuvre*", JO des Communautés européennes, 2001/C 12/02, 15 janvier 2001.

⁶⁹ Il y a en effet ici également un élargissement du champ d'application du régime de la récidive légale, même si son effectivité est dépendante de l'interconnexion des casiers judiciaires nationaux, non encore achevée à ce jour.

⁷⁰ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010, *op. cit.*, art 17.

⁷¹ Ces articles sont l'application de la décision-cadre n°2008/675/JAI du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions des condamnations entre États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, art 3.

⁷² Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 16.

⁷³ Cass. Crim., 20 février 1979, Bull. Crim. 1979 n°74 ; Cass. Crim. 26 octobre 1987, inédit, pourvoi n°87-80708.

⁷⁴ Cass. Crim., 20 septembre 2000, Bull. Crim. 2000 n°274 ; Cass. Crim. 21 novembre 2000, Bull. Crim. 2000 n°347.

réhabilitation n'empêchait pas l'état de récidive légale d'être établi (art. 133-16 c. pén.). Il est vrai que l'on doit cet apport à la loi du 5 mars 2007⁷⁵ mais il convient de l'évoquer ici, étant directement en rapport avec l'élargissement du champ d'application de la récidive. Il est également intéressant de souligner que par un arrêt du 11 janvier 2011⁷⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé un avis pris par la Haute Juridiction deux ans plus tôt⁷⁷ : puisque, en l'absence de définition légale du non-avenue en matière de sursis, la chambre criminelle l'a toujours assimilé à la réhabilitation⁷⁸, celle-ci a décidé, au moyen d'un raisonnement par analogie, que la règle de l'article 133-16 du code pénal s'appliquait également à une condamnation avec sursis réputée non-avenue, qui peut donc fonder le premier terme de la récidive⁷⁹.

*
* *

Chapitre 2 – Le renforcement d'une répression accrue

La redéfinition extensive du champ d'application de la récidive légale n'a pas semblé suffire au législateur qui a par ailleurs entrepris de la sanctionner plus sévèrement. Ce faisant, il souhaitait punir de manière plus ferme ceux qui avaient méconnus les interdits pénaux, après avoir pourtant reçu un premier avertissement de la justice, pour l'hostilité accrue aux valeurs sociales qu'ils manifestaient ainsi. Cette volonté rétributive n'est pas sans emporter avec elle la neutralisation temporaire des individus ainsi punis, puisque l'emprisonnement est devenu la peine de principe pour les récidivistes, peine qui s'impose à eux autant qu'aux juridictions de jugement (I). Mais la sanction de l'hostilité ne s'est pas arrêtée là. En effet, en plus d'encourir et de se voir prononcer une peine plus élevée que s'ils avaient été primo-infracteurs, les récidivistes ont vu les possibilités d'aménagement s'offrir à eux dans le cadre de l'exécution de ladite peine, progressivement s'amoinrir (II).

I. Le renforcement de la sévérité au stade du prononcé de la peine

Comme nous l'avons vu précédemment, la loi du 12 décembre 2005 avait pour objectif d'élargir le champ d'application de la récidive. Ce n'était cependant pas la seule évolution qu'elle portait quant au traitement de la récidive. En effet, la loi⁸⁰ avait inséré un second alinéa à l'article 132-19 du code pénal, disposant que les juridictions n'avaient pas à motiver leur choix en cas de prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis à l'encontre d'un récidiviste⁸¹. Cet article avait été neutralisé par la loi du 5 mars 2007⁸², modifiant l'article 132-24 du code pénal en rétablissant une exigence de motivation spécifique du "*choix de la nature, du quantum et du régime de la peine*", pour les prévenus en état de récidive ou de réitération, mais supprimée cinq mois plus tard⁸³. Quoi qu'il en soit, et au delà de l'instabilité législative que l'évolution ci-dessus rapportée révèle, par le choix explicitement opéré en 2005 de supprimer la motivation concernant l'emprisonnement des récidivistes, "*le législateur incite implicitement, mais nécessairement le juge, en cas de récidive, à prononcer l'emprisonnement*"⁸⁴. On peut penser que cette disposition était un pis-aller, dans la mesure où la proposition d'instauration des peines plancher avait été rejetée, notamment en raison de l'opposition de

⁷⁵ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, art. 43.

⁷⁶ Cass. Crim., 11 janvier 2011, à paraître au Bulletin, pourvoi n°10-81781

⁷⁷ Cass. Avis, 26 janvier 2009, Bull. Crim. 2009, avis n°1

⁷⁸ Cass. Crim., 28 novembre 1978, Bull. Crim. 1978 n°335 ; Cass. Crim., 20 mai 2006, Bull. Crim. 2006 n°355.

⁷⁹ Il s'agissait en l'espèce d'un sursis avec mise à l'épreuve, mais la Cour de cassation ne fait pas la distinction dans la décision, et affirme "*qu'une condamnation assortie du sursis, bien que réputée non-avenue, peut constituer le premier terme de la récidive*".

⁸⁰ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 3 et 17.

⁸¹ Il s'agit des juridictions correctionnelles, les décisions de cour d'assises n'étant, par hypothèse, pas motivées.

⁸² Loi n°2007-297 du 5 mars 2007, *op. cit.*, art. 68.

⁸³ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art. 4.

⁸⁴ BENILLOUCHE M. – *À propos des lois du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et du 23 janvier 2006* – APC 2006, n°28, p.167

P. Clément, alors devenu Garde des Sceaux⁸⁵. Il suffisait, pour leur consécration, qu'une nouvelle législature s'ouvre et qu'un nouveau Garde des Sceaux soit nommé. C'est ainsi que par la loi du 10 août 2007⁸⁶, le législateur a instauré un système de peines plancher, valant tant pour les majeurs (A) que pour les mineurs (B).

A. Les cas des majeurs : des peines prononcées plus longues par l'effet des planchers

Les *minima* de peines étaient connus du système antérieur à la réforme. En effet, bien qu'éloigné du principe révolutionnaire de la fixité des peines, le système retenu en 1810 ne laissait au juge de choix dans le prononcé de la sanction que dans le cadre d'une fourchette donnée⁸⁷, établie infraction par infraction. Ce double critère de définition des peines fut abandonné, pour toutes les peines prévues dans comme hors du code pénal⁸⁸, à l'exception des peines criminelles pour lesquelles un minimum général a été maintenu, mais uniquement de deux ans si la réclusion criminelle à perpétuité est encourue, ou d'un an concernant la réclusion criminelle à temps (132-18 c. pén.). En dépit de cet article cependant, le repli du principe était manifeste⁸⁹. Le législateur de 2007 décida toutefois, dans un objectif de sévérité, de réinstaurer des *minima* de peine pour la répression des crimes ou délits commis en état de récidive légale. Il est à noter que la loi dite "*Sécurité et Liberté*" du 2 février 1981⁹⁰ avait, au temps de l'existence d'un double seuil minimal et maximal, déjà pris pour cible certains récidivistes, en instaurant à leur égard une peine en dessous de laquelle le juge ne pouvait pas descendre, même par le jeu des circonstances atténuantes. Ces dispositions avaient cependant été abrogées par la loi du 10 juin 1983⁹¹, du fait de l'alternance, pour redonner au juge la plus grande marge de manœuvre possible dans le prononcé de la sanction⁹². La loi du 10 août 2007, vue par certains comme une "*session de rattrapage*"⁹³ de celle du 12 décembre 2005, remet donc cette idée à l'ordre du jour.

Ainsi, si les peines encourues par les récidivistes ne furent pas modifiées, des seuils furent quant à eux instaurés aux articles 132-18-1 et 132-19-1 du code pénal, en dessous desquels les juges ne peuvent, en principe, descendre, lorsqu'ils prononcent une sanction contre un récidiviste⁹⁴. On voit donc par l'établissement de ceux-ci que la peine de principe réservée aux récidivistes est l'emprisonnement, ce qui marque un fort contraste avec l'article 132-24, dernier alinéa, du code pénal tel qu'issu de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009⁹⁵, qui dispose qu'"*en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale (...), une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate*"⁹⁶. Il convient toutefois de préciser que les seuils établis ne concernent pas les peines d'emprisonnement inférieures à trois ans, et qu'ils correspondent environ au tiers du *quantum* de la peine encourue par les primo-infracteurs, soit au sixième de la peine maximale encourue par les récidivistes. Ces seuils peuvent

⁸⁵ CLEMENT P. – *Mieux prévenir la récidive* – AJP 2006 p. 345.

⁸⁶ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art. 1 et 2.

⁸⁷ À l'époque, les circonstances atténuantes permettaient alors au juge de descendre en dessous des seuils minimaux ainsi fixés (ancien article 463 c. pén.)

⁸⁸ Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, art. 322.

⁸⁹ MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 509.

⁹⁰ Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes

⁹¹ Loi n°83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale

⁹² ZOCETTO F. – *Rapport sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* – Sénat, n°358, 3 juillet 2007, p. 23-24.

⁹³ HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – AJP 2007, p. 357

⁹⁴ Contrairement au système de 1810, les seuils visent les infractions selon leur classification (crime ou délit) au lieu d'imposer des seuils différents pour chaque qualification.

⁹⁵ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, art. 65.

⁹⁶ Le fait que cet article ne traite que des peines correctionnelles se justifie par sa lecture combinée avec l'article 132-18 précité, qui impose un *minima* en matière de réclusion criminelle.

donc paraître bas, et largement inférieurs à la peine encourue en raison du système californien "*three strikes and you're out*"⁹⁷, auquel il est généralement fait référence lorsque sont évoquées les peines plancher. Néanmoins, il est important de noter deux éléments. D'une part, comme le souligne M. Herzog-Evans, même si les seuils semblent pour l'instant peu élevés, "*le précédent a été créé : il suffira d'un nouveau fait divers, d'une nouvelle campagne électorale, pour s'engouffrer dans la brèche*"⁹⁸. Du moins, cette hypothèse est à craindre, même si elle ne s'est pas encore avérée, car, comme elle le souligne par ailleurs, "*l'expérience montre que ces extensions ultérieures soulèvent moins de débats et intéressent moins les media*"⁹⁹. Par ailleurs, comme le révèle le rapport du sénateur F. Zochetto¹⁰⁰, les seuils retenus sont supérieurs aux *quantums* moyens antérieurement prononcés en cas de récidive, du moins par les juridictions correctionnelles. Ainsi par exemple, lorsqu'un primo-infracteur encourait dix ans d'emprisonnement et donc, en raison du principe du doublement des peines, lorsqu'un récidiviste encourait en principe vingt ans d'emprisonnement, le *quantum* moyen prononcé contre un récidiviste par le tribunal correctionnel ne s'élevait qu'à un an et demi. Le système des peines plancher ramène ce minimum à quatre ans¹⁰¹. Aux vues des chiffres ci-dessus rapportés, la question de savoir si la loi ne visait pas en réalité surtout à pallier un prétendu laxisme des juges s'est posée¹⁰², et semble légitime. La réponse n'est pas véritablement tranchée, et l'exposé des motifs de la loi affirme que "*les dispositions du projet de loi donnent aux juridictions des directives claires et cohérentes de fermeté à l'égard des récidivistes (...)*"¹⁰³, le terme "*directives*" laissant planer l'ambiguïté sur le véritable objectif premier de la loi. Quoiqu'il en soit, les chiffres rapportés démontrent également l'existence d'une sévérité nouvelle à l'égard des récidivistes, passant par un rallongement du temps moyen qu'ils ont à passer en prison.

Pour terminer, rappelons qu'en dépit de la force contraignante effective des articles 132-18-1 et 132-19-1 du code pénal pour le juge, ce dernier garde la faculté de déroger aux seuils qui y sont fixés, sur un modèle proche de celui des anciennes circonstances atténuantes. En effet, les articles précités, après avoir énuméré les seuils minimaux obligatoires, prévoient des possibilités pour le juge pénal d'y faire échec, sur motivation spéciale pour les juridictions correctionnelles, selon un "*régime graduel*"¹⁰⁴, c'est-à-dire en vertu de conditions qui diffèrent et vont crescendo, selon que l'auteur soit une première, ou une "*nouvelle fois en état de récidive légale*"¹⁰⁵. Dans cette seconde hypothèse, la faculté de dérogation tient alors à la présentation de "*garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion*"¹⁰⁶, condition quasiment impossible à remplir¹⁰⁷. Néanmoins, puisque le principe d'individualisation des peines avait été, en 2005¹⁰⁸, "*agrégé aux règles de valeur constitutionnelle*"¹⁰⁹, ces possibilités de dérogations étaient nécessaires pour que la loi nouvelle passe avec succès le filtre

⁹⁷ "*La loi adoptée par l'État de Californie en 1994 oblige le juge à prononcer une peine s'échelonnant de vingt cinq années d'emprisonnement à la réclusion à la perpétuité lorsque la même personne est condamnée pour la troisième fois, sans que la nature des infractions ou à la prescription des faits ne soient prises en considération.*" – CLEMENT P., LEONARD G., *op. cit.*, p. 14.

⁹⁸ HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – *op. cit.*

⁹⁹ HERZOG-EVANS M. – *La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* – AJP 2008, p. 161.

¹⁰⁰ ZOCETTO F. – *op. cit.*, p. 33.

¹⁰¹ Pour un tableau comparatif complet, v. *Annexe*, annexe 1.

¹⁰² GARCON E. – *Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal* – JCP G 2007, I, p.196.

¹⁰³ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, exposé des motifs.

¹⁰⁴ GEOFFROY G. – *Rapport sur le projet de loi, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* – Assemblée Nationale, n°65, 11 juillet 2007, p. 24.

¹⁰⁵ Art. 132-18-1, al. 3, c. pén. ; art. 132-19-1, al. 3, c. pén.

¹⁰⁶ Art. 132-18-1, al. 3, c. pén. ; art. 132-19-1, al. 4, c. pén.

¹⁰⁷ "*Ainsi que l'a souligné M. Bruno Cotte, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, une infime partie d'entre eux serait en mesure de présenter un projet suffisamment solide en terme d'emploi dans un environnement social et économique qui n'est pas particulièrement favorable, spécialement à l'égard des anciens détenus.*" – ZOCETTO F. – *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁸ Décision n°2005-520 DC du 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cons. 3.

¹⁰⁹ ROBERT. J-H. – *Le plancher et le thérapeute* – RDP 2007, n°10, étude 20.

du Conseil constitutionnel¹¹⁰. En tout état de cause donc, le système des peines planchers ainsi établi aggrave la répression des délinquants récidivistes, et assure celle des criminels récidivistes, sous la seule réserve qu'il faut pour cela que les autorités de poursuites, ou les juridictions, relèvent l'état de récidive légale, ce qui est loin d'être toujours le cas¹¹¹, même après l'insertion dans le code pénal de l'article 132-16-5¹¹². L'aggravation ici rapportée concernait exclusivement les majeurs, mais il ne faut pas omettre que la loi d'août 2007 avait pour but de renforcer "*la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*"¹¹³

B. Le cas de mineurs : entre peines plancher et atténuation de l'excuse de minorité

L'année 2007 fut marquée par une attention particulière du législateur à la délinquance et criminalité juvénile. Ainsi, après avoir adopté le 5 mars 2007 une loi comportant des dispositions tendant à prévenir la délinquance des mineurs¹¹⁴, la loi du 10 août 2007 s'attacha à rehausser la sanction des mineurs récidivistes¹¹⁵. Tout d'abord, la loi transposa et adapta le système des peines plancher aux mineurs. L'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante¹¹⁶ intégra donc ce principe de seuils minimaux, tout en précisant que ceux-ci doivent alors être divisés par deux. En effet, les règles essentielles relatives à la mise en œuvre de la responsabilité pénale des mineurs, au premier rang desquelles figure le principe de l'atténuation de la peine, également appelé excuse de minorité, ont été élevées par le Conseil constitutionnel au rang de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹¹⁷, de sorte que ce principe doit être respecté, même si nous verrons par la suite qu'il peut y être dérogé. Il convient cependant de rappeler que seuls les mineurs de treize ans ou plus peuvent se voir appliquer une peine au sens du droit pénal classique (art. 122-8 c. pén.), et que par conséquent, seuls eux sont en réalité concernés par les peines plancher, à condition qu'il ait été décidé qu'il y avait lieu d'appliquer au mineur une condamnation pénale, les mesures et sanctions éducatives continuant à primer sur cette dernière¹¹⁸.

Cependant, comme le souligne J.-H. Robert, "*les innovations légales (de la loi d'août 2007) affectent moins les minima des peines qui sont infligées (aux mineurs) que leurs maxima*"¹¹⁹. En effet, si les peines plancher furent bel et bien transposées, c'est principalement à l'excuse de minorité que la loi d'août 2007, dans la lignée du mouvement initié quelques mois plus tôt, par la loi du 5 mars 2007, s'attache, pour en amoindrir la portée. Ainsi, dès la réforme, il était accepté qu'il puisse, à titre exceptionnel, être décidé que le mineur âgé de plus de seize ans ne bénéficierait pas du principe d'atténuation de la peine, "*compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur*" (art. 20-2 ord. 2 février 1945). La loi du 5 mars 2007 avait rajouté que cette décision, qui n'était alors plus qualifiée d'exceptionnelle, était également possible "*parce que les faits constituent une atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne et qu'ils ont été commis en état de récidive légale*"¹²⁰, sans nécessité de motivation, l'état de récidive légale fournissant une justification suffisante en tant que telle. La loi du 10 août 2007¹²¹ pousse encore plus loin l'exception. Cette dernière ajoute que l'excuse de minorité peut également être écartée pour les mineurs de plus de seize ans "*lorsqu'un délit de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec*

¹¹⁰ Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *op. cit.*

¹¹¹ ZOCHETTO F. – *op. cit.*, p. 13.

¹¹² v. *supra*, p. 18.

¹¹³ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs *et des mineurs*.

¹¹⁴ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, chap. 4.

¹¹⁵ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art 5.

¹¹⁶ Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

¹¹⁷ MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 340-341. Pour une illustration récente, v. Décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cons. 26.

¹¹⁸ Notons que la loi du 10 août 2007 précitée vient également préciser à l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, à l'initiative de R. Badinter, que "*les mesures ou sanctions éducatives prononcées contre un mineur ne peuvent constituer le premier terme de l'état de récidive.*"

¹¹⁹ ROBERT J.-H. – *Le plancher et le thérapeute* – *op. cit.*

¹²⁰ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007, *op. cit.*, art 60.

¹²¹ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art 5.

la circonstance aggravante de violences a été commis en état de récidive légale". De manière plus significative encore, la loi innove en inversant le principe et l'exception lorsque ces mêmes mineurs se trouvent "une nouvelle fois en état de récidive légale". Pour eux, la règle est donc l'application des pénalités doublées et des peines plancher réservées aux majeurs récidivistes, sauf décision, spécialement motivée lorsqu'elle est prise par le tribunal pour enfants, de faire bénéficier au mineur de l'atténuation de la peine. Or, dès lors que l'excuse de minorité est écartée pour un mineur en état de récidive légale, par choix ou par principe, le *quantum* de la peine qu'il encourt représente "le quadruple de celle ordinairement réservée aux mineurs délinquants primaires"¹²². La sévérité concernant les mineurs récidivistes atteint donc ici un paroxysme indiscutable¹²³.

II. Le renforcement de la sévérité au stade de l'exécution de la peine

Comme le souligne le Pr. Y. Mayaud, "le prononcé de la peine n'est qu'une étape, qui trouve son prolongement et son aboutissement dans la manière dont elle va être appliquée"¹²⁴, de sorte que le législateur a décidé d'établir un régime d'exécution des peines propres aux récidivistes, reflétant la sévérité de la peine encourue et prononcée, afin de s'assurer que cette dernière ne se trouve pas neutralisée au stade de l'application. Par conséquent, il a, par à-coups, établi à leur égard un régime de défaveur, qui s'illustre par la limitation des possibilités d'aménagement de peine, autant au moment de son prononcé, par la juridiction de jugement (A), que lors de son exécution (B).

A. Réduction des possibilités d'aménagements de peine par les juridictions de jugements

La juridiction de jugement "n'épuise (...) pas sa compétence par le prononcé de la sanction, mais peut encore se projeter au delà, en fixant elle-même les règles de son exécution"¹²⁵ de sorte qu'elle est la première à intervenir concernant ses modalités d'application. Là encore, contrairement à l'axe pris par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 d'éviter au maximum l'emprisonnement effectif pour les primo-délinquants, posant ainsi que lorsqu'une peine d'emprisonnement est prononcée, elle "doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28" (art. 132-24 al. 3 c. pén.), les possibilités d'aménagements sont réduites pour les récidivistes. Il faut cependant souligner que ce mouvement défavorable aux récidivistes a précédé la loi pénitentiaire. En effet, la loi du 12 décembre 2005¹²⁶ fut la première à intervenir dans ce sens, relativement au sursis avec mise à l'épreuve. Si, d'une part, cette loi a modifié l'article 132-41 du code pénal pour permettre qu'un sursis avec mise à l'épreuve assortisse un emprisonnement prononcé pour une durée de dix au lieu de cinq ans, ce qui peut être vu comme une mesure de bienveillance, elle a par ailleurs limité le nombre de sursis intégraux avec mise à l'épreuve pouvant être prononcés à l'encontre du même récidiviste à deux, voire un, et étendu le délai d'épreuve les concernant à cinq ans, ou même sept ans lorsque la personne se trouve une nouvelle fois en état de récidive légale (art. 132-42 c. pén.)¹²⁷.

¹²² ROBERT J.-H. – Le plancher et le thérapeute – *op. cit.*

¹²³ Pour être exhaustif sur l'existence de peines plancher en droit français, il est nécessaire de préciser que la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2), a créé, par son article 37-I, un nouvel article 132-19-2 dans le code pénal, prévoyant des peines plancher applicables aux primo-délinquants ayant commis des violences aggravées puni d'au moins sept ans d'emprisonnement (l'article 37-II prévoyait la transposition de ce nouveau seuil pour les mineurs, mais le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition, cf. décision n°2011-625 DC, *op. cit.*, cons. 26-27). La sévérité ne concerne donc ici plus récidivistes, mais il demeure que c'est à leur égard que les peines plancher ont fait leur nouvelle entrée en droit pénal français.

¹²⁴ MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 567.

¹²⁵ MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 568.

¹²⁶ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 5.

¹²⁷ Ici encore, dans un souci d'exhaustivité, soulignons, puisqu'il s'agit d'une décision pouvant être prise par les juridictions de jugements, et même s'il ne s'agit pas d'un aménagement de peine, que la loi du 12 décembre 2005, art. 7, a également ajouté un article 465-1 au code de procédure pénale permettant, voire, dans certaines circonstances, obligeant le juge correctionnel à décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu, quel que soit le quantum de la peine d'emprisonnement prononcée, là ou en principe, en vertu de l'article 465 du

Bien qu'elle l'ait précédée, l'existence de moindres possibilités d'aménagements de peine par les juridictions de jugements à l'égard des récidivistes a toutefois été confirmée par la loi pénitentiaire de 2009. En effet, celle-ci a doublé le seuil des peines aménageables¹²⁸ par rapport à celui initialement retenu par la loi Perben II du 9 mars 2004, mais uniquement pour les primo-délinquants, de sorte que ceux-ci peuvent voir leur peine aménagée lorsque le *quantum* ferme prononcé est égal ou inférieur à deux ans, là où pour les récidivistes le seuil reste fixé à un an¹²⁹. Cela concerne autant la semi-liberté et le placement à l'extérieur (art. 132-25 c. pén.), que le placement sous surveillance électronique (art. 132-26-1 c. pén.), ou encore le fractionnement de peine (art. 132-27 c. pén.), toutes ces mesures étant soutenues par le législateur à l'article 723-19 du code de procédure pénale¹³⁰. La lecture de ces dispositions doit être combinée avec celles relatives aux peines plancher. Ainsi, comme nous l'avons vu, en vertu de l'article 132-19-1 du code pénal, dès lors qu'une personne en état de récidive légale aura commis un délit puni de trois ans d'emprisonnement, elle ne pourra, en principe, être condamnée à moins d'un an, de sorte que très peu de récidivistes seront, en pratique, condamnés à moins d'un an d'emprisonnement, et seront donc éligibles à un des aménagements de peine précités. Cette situation est antérieure à la loi pénitentiaire, qui, rappelons-le, n'a fait qu'augmenter le seuil applicable hors état de récidive légale, de sorte que certains voient dans les dispositions de cette loi moins une mesure de sévérité à l'égard des récidivistes qu'une mesure de bienveillance à la faveur des primo-délinquants. Il n'en demeure pas moins que par l'œuvre de celle-ci, l'écart de traitement entre les deux a été renforcé.

B. Réduction des possibilités d'aménagements de peine postérieures.

L'existence de peines plancher, ainsi que le peu de possibilité d'aménagements de peines ouvertes aux juridictions de jugements à l'égard des récidivistes emportent pour conséquence nécessaire que la grande majorité d'entre eux se trouveront privés de liberté. Alors, comme si tous les éléments précédemment évoqués n'étaient pas suffisants, une sévérité renforcée à l'encontre des récidivistes se retrouve également à ce stade. Tout d'abord, évoquons les crédits de réduction de peine. La loi Perben II du 9 mars 2004¹³¹ avait transformé les anciennes réductions ordinaires de peine, dont l'obtention était conditionnée par la bonne conduite du condamné en crédits réduction de peine, dont "*aucun condamné n'est privé, y compris en cas de réclusion à perpétuité*"¹³², leur octroi étant automatique et calculé sur la durée de condamnation prononcée. La loi du 12 décembre 2005¹³³ a, ici encore, introduit un régime de défaveur pour les récidivistes. Ainsi, alors qu'auparavant tous les condamnés obtenaient une réduction automatique de peine "*à hauteur de trois mois pour la première année, de deux mois pour les années suivantes (...)*", depuis cette loi, les récidivistes, ne bénéficient de ce crédit qu'"*à hauteur de deux mois la première année, d'un mois pour les années suivantes (...)*" (art. 721 al. 1 et 2 c. pr. pén.). Cela est encore une marque de sévérité à leur égard, alors que, comme le souligne M. Herzog-Evans, cette réforme fait "*totalemt fi du fondement même de l'article 721, qui,*

même code, il ne s'agit que d'une faculté pour le juge, à la double condition que la peine d'emprisonnement soit au minimum d'une année sans sursis et que "*les éléments de l'espèce justifient une mesure particulière de sûreté*"

¹²⁸ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 66.

¹²⁹ De même, la juridiction de jugement a la faculté de décider que la peine sera exécutée en semi-liberté (art. 132-25 al. 2) ou que le condamné sera placé sous surveillance électronique (art. 132-26-1 al. 2) en cas de prononcé d'une peine emprisonnement partiellement assortie d'un sursis simple ou avec mise à l'épreuve, lorsque la partie ferme de la peine est inférieure ou égale à deux ans pour les primo-délinquants, ce seuil restant fixé à un an pour les récidivistes.

¹³⁰ Cet article dispose en effet que : "*les personnes détenues condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à deux ans ou condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à cinq ans et dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à deux ans bénéficient, sauf impossibilité matérielle et si leur personnalité et leur situation le permettent, d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique ou d'une libération conditionnelle, conformément à la procédure prévue par le présent paragraphe. Les durées de deux ans prévues par le présent article sont réduites à un an si le condamné est en état de récidive légale*", cf. loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 84.

¹³¹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*, art 193.

¹³² MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 594

¹³³ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 12.

*jusqu'ici, sans complexe, visait uniquement à 'tenir' les établissements pénitentiaires*¹³⁴. Il est à voir que, bien qu'étant automatiquement octroyés, ces crédits peuvent être, dans une certaine mesure, retirés en cas de mauvais comportement. Dans ce cas, il est vrai que le retrait s'effectue de manière plus large pour les primo-infracteurs, à savoir trois mois par ans et sept jours par mois, que pour les récidivistes, pour qui le retrait s'élève à deux mois par ans et cinq jours par mois (art. 721 al. 3 et 4 c. pr. pén.). Cependant, ce retrait diminué n'est pas une mesure de clémence tardive envers les récidivistes, mais seulement la conséquence d'un octroi originel moindre.

L'autre disposition importante en défaveur des récidivistes relative à l'exécution de leur peine concerne la libération conditionnelle. Il est admis depuis la réforme du code pénal, qui a rendu nécessaire la modification de certaines dispositions du code de procédure pénale, que si en principe, pour pouvoir faire une demande de libération conditionnelle, la durée de la peine accomplie doit être au moins égale à la durée de la peine restant à subir, les récidivistes doivent avoir accompli au moins le double de la durée restant à subir (art. 729 al. 3 c. pr. pén.). Le délai pendant lequel une demande n'est pas possible s'appelle le temps d'épreuve, et la règle à double vitesse rappelée ci-dessus est générale. Toutefois, dans le prolongement de cette règle, la loi avait arrêté un plafond à ce temps d'épreuve, qui ne pouvait, en tout état de cause, excéder quinze années et était fixé à quinze années pour les réclusionnaires à perpétuité. La loi du 12 décembre 2005 a modifié ces données¹³⁵. Ainsi, le plafond a été rehaussé à vingt années pour les récidivistes condamnés à temps. Quant au temps d'épreuve fixe concernant les réclusionnaires à perpétuité, il est passé à dix-huit années pour les primo-criminels, et à vingt-deux pour les récidivistes, qui ne peuvent donc demander de libération conditionnelle avant l'expiration de ce délai (art. 729 al. 3 et 4. c. pr. pén.). Par ailleurs, moins importante mais toute aussi significative de la sévérité à l'encontre des récidivistes, la libération conditionnelle 'parentale' de l'article 729-3 du code de procédure pénale, qui n'existait pourtant que dans l'intérêt de l'enfant, a été totalement supprimée à l'égard des récidivistes par cette même loi, alors qu'elle ne concernait pas les plus dangereux d'entre eux, puisqu'elle ne pouvait être accordée que pour une peine inférieure ou égale à quatre ans. Pour conclure, il faut voir que la réforme du régime de la libération conditionnelle dans un objectif de sévérité n'est peut être pas celle qui a le plus d'impact, mais elle demeure la moins raisonnable, dans la mesure où, comme nous aurons l'occasion de le voir, la libération conditionnelle est un bon moyen de lutter contre la récidive, et donc, partant, la multirécidive¹³⁶.

*
* *

Par ces augmentations récurrentes de sévérité envers les récidivistes, sur la base d'un régime qui était déjà aggravé, le législateur exprime ainsi son hostilité envers ceux qui lui sont eux-mêmes hostiles. Il n'est pas interdit de voir dans cette course à la sévérité qui met en exergue les peines d'emprisonnement, un retour sous-jacent de la volonté de neutralisation. À ce titre, il est intéressant de noter que, selon un rapport public de la Cour des Comptes publié en 2010, l'effet des cinq lois relatives à la lutte contre la récidive promulguées entre 2005 et 2010 sur la population pénale, tout comme sur la population carcérale, est "*significatif*"¹³⁷. Il n'en demeure pas moins, et l'on ne peut que s'en féliciter, que cette volonté n'est toutefois pas clairement affirmée. Aucun doute sur la sévérité ne peut naître quant à lui. Cependant, aussi élargi qu'il soit, suite aux différentes réformes contemporaines, le système de répression de la récidive n'est plus l'unique, ni le principal biais de lutter contre celle-ci.

¹³⁴ HERZOG-EVANS M. – Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 – *op. cit.*

¹³⁵ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 14.

¹³⁶ v. *infra*, p. 63 et s.

¹³⁷ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, Cour des Comptes, juillet 2010, p. 18 du document numérique disponible à l'adresse suivante : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=104000386&brp_file=0000.pdf

Elle est désormais véritablement axée sur la prévention, qui laisse les récidivistes de côté pour s'attacher à ceux qui risquent de le devenir.

*
* *

Titre 2 – Prévenir : l'appréhension de la dangerosité

Bien qu'effectivement appliqué aux infracteurs se trouvant en état de récidive légale, il est important de voir que le volet répressif ci-dessus exposé porte en lui-même un volet préventif en ce qu'il est censé agir en tant qu'arme dissuasive. Ainsi les peines plancher ont clairement été annoncées comme étant *"un signal fort et dissuasif donné aux personnes déjà condamnées qui savent désormais clairement les sanctions qu'elles encourent en cas de récidive"*¹³⁸. Plus généralement, à celui qui a déjà subi une première peine, la perspective d'une peine aggravée en cas de récidive devrait suffire ou du moins contribuer à le détourner de sa trajectoire infractionnelle. C'est ainsi par ailleurs que la même loi du 10 août 2007 a inséré un article 132-20-1 au code pénal¹³⁹, permettant aux juridictions, sur le modèle de l'article 132-29 du code pénal concernant le sursis, d'adresser au condamné un avertissement lors du prononcé de la première peine, sur les conséquences d'un état de récidive légale¹⁴⁰. Cependant, répression et dissuasion ne semblent pas suffire, aux yeux du législateur, pour une lutte efficace contre la récidive. La sévérité s'exprime ailleurs, autrement, et plus subrepticement : par l'instauration de toute un arsenal, reposant sur la notion de dangerosité, et explicitement axée vers une prévention de la récidive, avant toute réalisation de celle-ci. En effet, un véritable tournant fut ainsi pris, durant la dernière décennie, par le législateur. Il ne s'agit plus tant de réprimer la récidive que de réduire le risque que celle-ci se réalise. Les lois successives de 2005, 2007, 2008 et 2010 vont en ce sens, créant de plus en plus de mesures de sûreté (Chapitre 1) et généralisant le recours aux soins (Chapitre 2). Plus que de sanctionner l'hostilité répétée aux valeurs sociales, le but est à présent de repérer la dangerosité, de la suivre, et de la traiter. Sans pour autant supprimer le premier objectif, il a été relégué à un second rang, de sorte que la lutte contre la récidive est passée de la répression d'une réalité à la prévention d'une potentialité.

*
* *
*

Chapitre 1 – L'homme dangereux : un être à surveiller (la gestion du risque)

"Désormais, toutes les sanctions pénales seront sans distinction des peines" posait solennellement l'exposé des motifs code pénal réformé¹⁴¹. Ainsi, ce dernier ne connaissait pas la catégorie des mesures de sûreté. Le législateur est cependant, par ses interventions successives, ostensiblement revenu sur ce choix puisque les mesures de sûreté ont été largement développées pour succéder aux peines. Il est vrai néanmoins que ce faisant, le législateur ne se dédit pas totalement, puisque la mesure de sûreté n'est pas donnée comme une 'sanction'. En effet, G. Cornu la définit comme une *"mesure de précaution destinée à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant qui (...) ne constitue pas un châtement mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futurs qu'il pourrait commettre et que son état rend*

¹³⁸ Actualité du Ministère de la Justice, 17 août 2007, cité par GARCON E. – *op. cit.* V. aussi l'exposé des motifs de la loi du 10 août 2007 qui affirme que *"le projet de loi a pour objet de sanctionner de manière ferme la récidive des majeurs et des mineurs afin d'être dissuasif"*.

¹³⁹ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art 3.

¹⁴⁰ Cette disposition a une finalité dissuasive évidente. Le Sénat souhaitait que cette mise en garde soit généralisée, mais tel n'a pas été la solution retenue en Commission mixte paritaire, puisque son prononcé n'est pas obligatoire et que son absence n'est pas sanctionnée par une nullité. Le choix de faire de cet avertissement une faculté pour les juridictions, permet, selon G. Geoffroy, d'éviter les *"situations malencontreuses"*. La question a cependant été posée en doctrine de savoir si l'existence même de cet avertissement ne revenait pas à *"admettre que l'on ne croit guère à la fonction dissuasive de la première peine"*, cf. GARCON E. – *op. cit.*, de sorte que la disposition traduirait *"le peu de crédit que la justice accorde à sa propre sanction"*, cf. HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale – op. cit.*

¹⁴¹ Exposé des motifs cité par LAZERGES C. – *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel – RSC 2008, p. 731.*

*probables, l'aider ou le soumettre à un traitement*¹⁴². Aux termes de cette définition, on voit donc que c'est une mesure tournée vers l'avenir et non vers le passé, qui ne cherche pas à punir mais à prévenir. Le Conseil constitutionnel la distingue quant à lui expressément des "*peines et (...) sanctions ayant le caractère d'une punition*"¹⁴³ et attache à cette distinction des effets juridiques sur lesquels nous reviendrons. Pour autant, cette catégorie de mesure n'était pas présente lors de la réforme, alors qu'elle est maintenant florissante. Ce "*retour en force*"¹⁴⁴ est significatif d'une mutation dans les moyens de lutte contre la récidive engagés par le législateur. Ce dernier, sans abandonner la sévérité renforcée réservée aux récidivistes, s'est cependant principalement attaché à prévenir celle-ci avant qu'elle se réalise, en multipliant les mesures permettant de surveiller les condamnés qu'une expertise aura déclarés dangereux (I). Toutefois, si elles interviennent après la libération des condamnés, il est permis de voir dans l'essor des mesures de sûreté une réactualisation de l'objectif de neutralisation, puisqu'elles entraînent une restriction, voire une privation de liberté pour ceux qui la subissent (II).

I. De la répression à la prévention

Après les avoir ignorées, le législateur a, durant ces cinq dernières années, réinstauré puis multiplié les mesures de sûreté, de sorte qu'aujourd'hui, l'arsenal existant en droit positif offre des possibilités variées et combinables de suivre une personne après sa libération (A), répondant par là à la volonté posée à l'article 707 du code de procédure pénale¹⁴⁵ d'"*éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire*", dès lors qu'elle aura été déclarée criminologiquement dangereuse (B).

A. Élément distinctif : les mesures de sûreté

La volonté d'agir de manière post-carcérale pour la lutte contre la récidive a tout d'abord été consacrée par l'instauration, par la loi du 17 juin 1998¹⁴⁶, du suivi socio-judiciaire (art. 131-36-1 et s. c. pén.), permettant à la juridiction de jugement d'imposer aux condamnés un certain nombre d'obligations à respecter après leur libération, qui sont en réalité celles du sursis avec mise à l'épreuve (art. 131-36-2 c. pén., renvoyant aux art. 132-44 et 132-45 c. pén.). Le suivi socio-judiciaire, selon la Cour de cassation¹⁴⁷, est une peine complémentaire. Cependant, il n'a volontairement pas été explicitement présenté comme tel, en dépit des prévisions du projet initial, et la doctrine n'est pas unanime sur sa nature, de sorte qu'est souvent évoqué son caractère *sui generis*¹⁴⁸. Cette mesure étant, comme les mesures de sûreté postérieurement développées, destinée à prévenir la récidive et est ainsi plus tournée vers la commission potentielle d'une infraction future que sur la culpabilité de l'auteur, nous l'observerons au travers d'un prisme finaliste, de sorte que, à l'instar de J.-L. Senon et J. Pradel, "*on admettra donc que le suivi socio-judiciaire est formellement une peine mais substantiellement, fondamentalement, une mesure de sûreté*"¹⁴⁹, et dans un objectif de simplicité et de clarté, nous l'engloberons sous cette appellation pour la suite de nos développements. Quoiqu'il en soit, le suivi socio-judiciaire, d'abord réservé aux auteurs d'infractions sexuelles, a été ainsi le précurseur d'une nouvelle forme de lutte contre la récidive : la prévention de la commission de nouvelles infractions par une surveillance après la libération, basée sur deux critères, à savoir le caractère de la première infraction et le risque, nécessairement exprimé en termes probabilistes, d'en commettre une seconde¹⁵⁰.

¹⁴² CORNU G. – *Vocabulaire Juridique* – PUF, coll. Quadrige, 7^e éd., 2005, p. 577. Cette définition fait référence : elle est en effet citée notamment par le rapport GARRAUD J.-P. – *Réponses à la dangerosité*, 2006, Annexes, p. III et reprise par FENECH G. – *Rapport sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* – Assemblée Nationale, n°497, 2007, p. 35

¹⁴³ V. par exemple la décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *op. cit.*, cons. 8.

¹⁴⁴ MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 597.

¹⁴⁵ Art. 707 c. pr. pén., tel qu'issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*, art 159.

¹⁴⁶ Loi n°98-468 du 17 juin 1998, *op. cit.*

¹⁴⁷ Cass. Crim., 2 septembre 2004, Bull. Crim. 2004 n°197.

¹⁴⁸ ZOCHETTO F. – *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁹ SENON J.-L., PRADEL J. – *De la prévention et de la répression des infractions sexuelles (commentaire de la Loi n°98-468 du 17 Juin 1998)* – RPDP 1998, p. 208.

¹⁵⁰ Il est à noter qu'avant même la création du suivi socio-judiciaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait déjà explicitement utilisé le terme de 'mesure de sûreté' concernant un homme auquel il avait été

Suivant les jalons posés par la loi de 1998, la loi du 12 décembre 2005 a grandement œuvré pour le développement des mesures de sûreté. En effet, celle-ci a tout d'abord élargi le spectre d'application du suivi socio-judiciaire afin qu'il puisse être prononcé à l'encontre d'auteurs d'infractions dénuées de caractère sexuel¹⁵¹. Ce faisant, la loi créa le groupe des 'personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru'¹⁵², socle de base sur lequel se sont développées les mesures de sûreté ultérieures. Par ailleurs, la loi de 2005¹⁵³ instaura en droit français le *placement sous surveillance électronique mobile*, "à titre de mesure de sûreté"¹⁵⁴, consacrant ainsi explicitement la notion. Cette mesure, dont le régime a été modifié par la loi du 10 mars 2010, peut être prononcée dans le cadre du suivi socio-judiciaire ainsi qu'en cas de libération conditionnelle, puisque la loi de 2005¹⁵⁵ étend les obligations du suivi socio-judiciaire à cette dernière, si la personne a été condamnée pour un crime ou un délit pour laquelle ce suivi est encouru (art. 731-1 c. pr. pén.), faisant donc usage de la catégorie de personnes nouvellement créée précédemment évoquée. Le placement sous surveillance électronique mobile peut enfin être prononcé dans le cadre de la *surveillance judiciaire des personnes dangereuses*¹⁵⁶, qui fut également créé par la loi de 2005¹⁵⁷ (art 723-29 et s. c. pr. pén.). En effet, la non-rétroactivité du suivi socio-judiciaire liée à sa nature, combinée à la volonté de pouvoir appliquer les obligations qu'il contient aux personnes ayant commis des infractions antérieurement, ont amené le législateur à créer un ersatz de suivi socio-judiciaire, sous forme de mesure de sûreté, pouvant par conséquent s'appliquer immédiatement¹⁵⁸. Là encore, les personnes concernées sont celles qui ont commis une infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire, qui se voient alors imposer par la juridiction d'application des peines¹⁵⁹ les obligations de celui-ci¹⁶⁰, pendant une durée maximale équivalente aux réductions de peine obtenues pendant leur détention. Il est vrai que l'on aboutit ici à une situation paradoxale, où les détenus qui se seront le mieux comportés, et auront alors conservé tous leurs crédits réduction de peine, seront ceux

interdit de se livrer à une activité professionnelle d'achat et de revente d'épaves de véhicules (Cass. Crim., 27 novembre 1997, inédit, pourvoi n° 97-84812). Il est vrai que la plupart des peines complémentaires peuvent être vues comme des mesures de sûreté car elles visent à prévenir le renouvellement d'une infraction ("*la technique consiste à l'éloigner de ce qui pourrait être facteur de rechute ou de récidive*", cf. MAYAUD Y. – *op. cit.*, p. 536). Il n'empêche qu'une rupture a été opérée par la loi de 1998, et les lois suivantes, car les mesures de sûreté (ou mesures *sui generis*) ainsi créées permettent un véritable suivi du condamné après sa libération et ne se contentent pas de poser une prohibition, déchéance ou incapacité en rapport direct avec la première infraction.

¹⁵¹ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 23 à 26.

¹⁵² ROBERT J.-H. – *Les murailles de silicium* – *op. cit.*, para. 29 et 32

¹⁵³ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 19 et 20.

¹⁵⁴ Le titre VII ter du Livre V du code de procédure pénale créé par cette loi s'intitule "*Du placement sous surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté*".

¹⁵⁵ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 22.

¹⁵⁶ Ci-après simplement dénommée 'surveillance judiciaire'.

¹⁵⁷ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 13. Il est à noter que depuis lors, le placement sous surveillance électronique mobile est également possible dans le cadre de la surveillance de sûreté, créée en 2008, v. *infra*.

¹⁵⁸ La possibilité d'application immédiate de la mesure s'explique par le fait que le Conseil constitutionnel limite l'application de l'art. 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, posant le principe de la non-rétroactivité *in pejus*, aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition, cf. décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005, *op. cit.*, cons. 12 : "*Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789 : 'La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée' ; qu'il s'ensuit que le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère ne s'applique qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition*".

¹⁵⁹ Depuis la loi pénitentiaire, ce n'est plus le juge d'application des peines, mais le tribunal d'application des peines qui décide de cette mesure, cf. art. 723-39 c. pr. pén. tel qu'issu de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 85

¹⁶⁰ À l'origine, la liste des obligations susceptibles d'être imposées dans le cadre de la surveillance judiciaire était édulcorée par rapport à celle du suivi socio-judiciaire. Depuis la loi du 10 mars 2010, la similitude entre les obligations pouvant être prononcées dans le cadre du suivi socio-judiciaire et de la surveillance judiciaire est totale.

susceptibles de se voir infliger une surveillance judiciaire pendant le temps le plus long. Il n'empêche que telle est la solution retenue, qui est louable en ce qu'elle ne permet pas un suivi pour un temps qui dépasserait celui de la peine initialement prononcée. Il faut cependant bien voir que du fait de son caractère palliatif, la surveillance judiciaire avait *a priori* vocation à disparaître¹⁶¹. Dans les faits, ce ne fut à l'évidence pas le cas, le législateur y voyant un moyen utile de permettre aux juridictions de l'application des peines de prononcer ce que la juridiction de jugement n'avait pas estimé utile d'imposer au condamné, ou ne l'avait pas fait, en raison de son prétendu laxisme.

La liste déjà longue des mesures de sûreté, à la fois complémentaires et imbriquées, a par la suite encore connu des extensions. En effet, la loi du 25 février 2008¹⁶² lui a apporté deux nouvelles composantes, et non des moindres : la *surveillance de sûreté*, comportant des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire, et donc du suivi socio-judiciaire, afin de prolonger les effets de l'une ou l'autre de ces mesures, et la très controversée *réétention de sûreté*, sur les modalités de laquelle nous reviendrons¹⁶³ (art. 706-53-13 et s. c. pr. pén.). Contrairement aux autres mesures de sûreté qui concernent les personnes condamnées pour des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru, le nombre des infractions permettant le prononcé d'une de ces deux mesures est réduit : il s'agit des infractions les plus graves, soit telles quelles lorsqu'elles ont été commises sur une victime mineure ou, depuis la loi du 10 mars 2010¹⁶⁴, par une personne en état de récidive légale, ce qui est par ailleurs encore une marque de la rigueur supplémentaire appliquée aux récidivistes, soit aggravées lorsque la victime est majeure. Il s'agit donc d'une mesure bien plus exceptionnelle, même si nous adhérons à la remarque de G. Fenech, qui relève qu'il n'y a aucune pertinence moduler le champ d'application de ces mesures en fonction de l'âge de la victime car "*la dangerosité d'un criminel n'est en effet pas liée à la qualité de sa victime*"¹⁶⁵. Au delà de cette différence toutefois, ces deux mesures sont bel et bien des mesures de sûreté, comme le laisse entendre leur intitulé, et comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel, dans une décision aussi attendue que discutée¹⁶⁶.

Enfin, au titre des mesures de sûreté, il est également intéressant de souligner l'existence du Fichier Judiciaire National Automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuelles (FIJ AIS, art. 706-53-1 et s. c. pr. pén.), créé par la loi Perben II¹⁶⁷. À l'instar du suivi socio-judiciaire, ce fichier était initialement exclusivement réservé aux auteurs d'infractions sexuelles, et, tout comme pour le suivi socio-judiciaire, la loi du 12 décembre 2005¹⁶⁸ a apporté de grands élargissement aux infractions susceptibles d'entraîner une entrée dans le fichier (art. 706-47 c. pr. pén), qui fut rebaptisé pour l'occasion en Fichier Judiciaire National Automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuelles et Violentes. Les personnes inscrites dans ce fichier sont ainsi soumises à une surveillance policière, puisqu'elle doivent justifier de leur adresse et informer de tous changements dans celle-ci (art. 706-53-5 c. pr. pén.), "*afin de prévenir le renouvellement des infractions mentionnées à l'article 706-47 et de faciliter l'identification de leurs auteurs*" (art. 706-53-1 c. pr. pén.).

B. Élément commun : surveiller la dangerosité déterminée par l'expert

La liste des mesures de sûreté telle qu'établie par le législateur, jusqu'à la dernière réforme à ce

¹⁶¹ ROBERT J.-H. – *Les murailles de silicium* – *op. cit.*, para. 34.

¹⁶² Loi n°2008-174 du 25 février 2008, *op. cit.*

¹⁶³ V. *infra*, p. 33 et s.

¹⁶⁴ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010, *op. cit.*, art 1.

¹⁶⁵ FENECH G. – *op. cit.*, p.33.

¹⁶⁶ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *op. cit.*, cons. 9. Il est cependant intéressant de noter que dans cette décision, comme dans toutes celles relatives à l'instauration de mesures de sûreté, le Conseil constitutionnel n'utilise par expressément le terme, mais recourt à une définition négative en posant que les mesures en cause ne sont "*ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition*".

¹⁶⁷ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*, art 48.

¹⁶⁸ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art 28. Il est à noter que la liste a par la suite encore été complétée par la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, art. 16.

sujet en date du 10 mars 2010¹⁶⁹, est donc longue et diversifiée. Ainsi, il est possible de surveiller une personne primo-délinquante, ou primo-criminelle, par un certain nombre de moyens, se complétant quant à leurs effets. La complémentarité s'exprime aussi par la possibilité de 'rattrapage' par la juridiction d'application des peines de ce que la juridiction de jugement n'aurait pas estimé utile de prononcer. Il y a également complémentarité par le fait qu'il est possible d'enchaîner les mesures, puisque par exemple la surveillance de sûreté peut être prononcée à la suite d'une surveillance judiciaire (art. 723-37 c. pr. pén.) ou d'un suivi socio-judiciaire (art. 763-8 c. pr. pén.). Cette complémentarité est néanmoins source d'obscurité du droit, sur laquelle nous reviendrons¹⁷⁰. Quoiqu'il en soit, le maître mot de ces mesures est bien évidemment la surveillance (*surveillance* électronique mobile, *surveillance* judiciaire des personnes dangereuses, *surveillance* de sûreté, etc.). Il est fondamental de voir que si l'individu n'est pas, lorsqu'il subit une mesure de sûreté, hormis la rétention de sûreté, privé de sa liberté *stricto sensu*, celle-ci demeure restreinte dans la mesure où la 'vraie' liberté est celle de pouvoir agir, dans la limite des prescriptions légales, sans avoir à rendre de comptes. La question se pose alors de savoir qui surveiller, et pour quelles raisons, ces dernières devant nécessairement surpasser l'atteinte portée à la liberté afin de la justifier, exigence qui, aux yeux du Conseil constitutionnel, a à chaque fois été atteinte.

L'impératif de surveillance vient de la volonté d'assurer à la société une certaine sûreté, voire une sûreté certaine, répondant au "*mouvement général de notre société qui réclame toujours plus de sécurité par le renforcement de la surveillance*"¹⁷¹. Aux yeux du législateur, il apparaît que cette sécurité est menacée non pas tant par l'infraction en tant que telle que par sa répétition. Ainsi, le suivi socio-judiciaire emporte nombre d'obligations "*destinées à prévenir la récidive*" (art. 131-36-1 c. pén.), le placement sous surveillance électronique mobile est mis en place "*lorsque cette mesure paraît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin*" (art. 131-36-10 c. pén.). De même, la surveillance judiciaire doit être prononcée "*aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré*" (art. 723-29 c. pr. pén.), et le prononcé d'une rétention de sûreté a également pour condition que la personne manifeste "*une probabilité très élevée de récidive*" (art. 706-53-13 c. pr. pén.). En revanche, il est vrai que les dispositions relatives à la surveillance de sûreté et au FIJAIS ne mentionnent pas explicitement le terme de récidive. Cependant, cela n'a pas de conséquence sur le fond puisque, concernant la surveillance de sûreté, l'article 723-27 du code de procédure pénale vise la nécessité de "*prévenir la commissions des crimes mentionnés à l'article 706-53-13*", alors que les personnes susceptibles de la subir doivent déjà avoir été condamnées pour une des infractions énumérées par ledit article. Dans le même esprit, l'article 706-53-1 du code de procédure pénale concernant le FIJAIS, parle, comme nous l'avons évoqué, non pas de la récidive mais de la prévention du "*renouvellement des infractions mentionnées à l'article 706-47*", faisant là encore la part belle à l'idée de répétition.

Comment identifier ce risque de récidive qu'il s'agit à tout prix de prévenir ? En vertu des dispositions légales, la caractéristique clé en ce domaine est celle de dangerosité. Cependant, si la dangerosité conditionne la mise en œuvre des mesures de sûreté, aucune définition de celle-ci n'est donnée par les textes. La doctrine, suivant les rapports parlementaires, s'accorde pour dire qu'il s'agit de la dangerosité criminologique, et non psychiatrique, qui se définit par un grand "*risque pour la personne condamnée de commettre une nouvelle infraction après sa libération*"¹⁷². En d'autres termes,

¹⁶⁹ Notons que la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, *op. cit.*, art. 40, a apporté des modifications aux conditions d'application de la surveillance judiciaire et du placement sous surveillance électronique mobile, rendant leur application plus souple pour les personnes "*une nouvelle fois en état de récidive légale*", en abaissant le *quantum* de peine minimale conditionnant la possibilité de leur prononcé.

¹⁷⁰ V. *infra*, p. 72 et s.

¹⁷¹ FENECH G. - *Le placement sous surveillance électronique mobile* – Rapport de la mission confiée par le Premier Ministre à M. Georges Fenech, député du Rhône, 2005, p. 16.

¹⁷² FIECHTER-BOULVARD F. – *Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité"* – Archives de Politique Criminelle 2009, n°31, p. 265, spéc. p. 276. La définition la plus généralement donnée est celle de Christian Debuyst, issue du II^e cours international de criminologie de Paris en 1953, à savoir "*un phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens*", contrairement à la dangerosité psychiatrique,

celui qui est dangereux est donc celui qui risque de récidiver. C'est ainsi par exemple que dans le cadre de la surveillance judiciaire (des personnes *dangereuses*), si les conclusions expertales font "apparaître la dangerosité du condamné", le "risque de récidive" existe (art. 732-31 c. pr. pén.). Il est néanmoins possible de souligner le caractère tautologique de la définition : ainsi, le risque de récidive existe s'il est établi que la personne risque de récidiver. C'est toutefois la pierre angulaire sur laquelle se base l'ensemble des mesures de sûreté, explicitement donnée pour la surveillance judiciaire, nous venons de le voir, mais également le placement sous surveillance électronique mobile ("*constatant la dangerosité*", art. 131-36-10 c. pén.), la surveillance de sûreté ("*constatant la persistance de la dangerosité*", art. 723-37 c. pr. pén.), et la rétention de sûreté ("*elles présentent une particulière dangerosité*", art. 706-53-13 c. pr. pén.). Cependant, bien que les rapports parlementaires insistent sur le caractère criminologique et non psychiatrique de la dangerosité en cause, cette dernière doit toujours être constatée par une expertise médicale, ou, depuis la loi du 12 décembre 2005, par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté¹⁷³ pour le placement sous surveillance électronique mobile, la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté, qui comprend sept membres dont un expert psychiatre et un expert psychologue. Cette constatation est intéressante à deux égards. D'une part, par la multiplication des mesures de sûreté, inévitablement, nous assistons à une multiplication du recours à l'expertise au stade de l'application des peines, expertise déjà fort utilisée dans les phases antérieures de la procédure pénale. À ce titre, il est intéressant de noter l'instauration par la loi du 10 mars 2010¹⁷⁴ d'un répertoire central des expertises, permettant de conserver et de rendre accessible un travail qui était auparavant perdu¹⁷⁵ (art. 706-56-2 c. pr. pén.). D'autre part, ce recours accru à l'expertise met aussi en exergue la médicalisation ou psychiatrisation du droit pénal. Nous reviendrons sur cette évolution dans les développements ultérieurs¹⁷⁶.

II. De la surveillance à la neutralisation

Comme cela a été mis en évidence, les lois récentes concernant la lutte contre la récidive se sont attachées à la surveillance d'un risque plus qu'à la répression d'une réalité. Même si rien n'exclut qu'il soit déjà récidiviste, l'homme dangereux est aujourd'hui celui qui risque de récidiver. Il est intéressant de souligner que pas une fois, la réitération n'est citée. Cependant, si la surveillance est le maître mot, et par là le maître concept choisi par le législateur pour aborder le problème de la récidive, elle permet de remettre subrepticement l'objectif de neutralisation au goût du jour, que le retour entre quatre murs soit la fait du non-respect des obligations (A), voire de la mesure de sûreté elle-même (B).

A. La privation de liberté par la sanction du non-respect des obligations

Les obligations issues des différentes mesures de sûreté sont en elle-même très contraignantes, par hypothèse restrictives de liberté, et peuvent être longues. À ce titre, citons le suivi socio-judiciaire : aux termes de l'article 131-36-1 du code pénal, il peut être prononcé pour une durée allant jusqu'à dix ans en matière correctionnelle, sauf exception où cette durée peut être portée à vingt ans, et de vingt ans en matière criminelle, voire trente ans lorsqu'il s'agit d'un crime puni de trente ans de réclusion, ou même, "*sans limitation de durée*" lorsqu'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité. La durée moyenne effectivement prononcée est inférieure, puisque, selon le rapport

définie comme "*un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délirante*", cf. FENECH G. – *Rapport sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* – *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁷³ Pour plus d'informations sur celle-ci, v. <http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-250208-sur-la-retention-de-surete-11142/les-commissions-pluridisciplinaires-des-mesures-de-surete-16212.html>

et MORICE A., D'HERVE N. – *Justice de sûreté et gestion des risques, approche pratique et réflexive* – L'Harmattan, Collection Bibliothèques de Droit Pénal, 2010

¹⁷⁴ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010, *op. cit.*, art 9.

¹⁷⁵ Cette création reprend les préconisations du *Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive* – ROBERT J.-H. (dir.), *op. cit.*, p. 26, reprenant à son compte la suggestion du rapport *Réponses à la dangerosité* – GARRAUD J.-P., *op. cit.*, p. 68, qui souhaitait la création d'un "*Répertoire des Données à caractère personnel Collectées dans le cadre des Procédures Judiciaires*".

¹⁷⁶ V. *infra*, p. 35 et s.

Zochetto, elle s'élevait à cinq ans pour les délits et près de sept ans pour les crimes en 2007¹⁷⁷. Le suivi post-carcéral peut donc s'étendre dans la durée, mais il répond néanmoins à l'objectif de surveillance explicitement posé par le législateur et ne correspond qu'à une restriction de liberté, aussi lourde soit-elle. En revanche, par les sanctions instaurées en cas de non-respect des obligations imposées dans le cadre du suivi socio-judiciaire principalement, mais également de la surveillance judiciaire, du FIJAIS, et de la surveillance de sûreté, le législateur exprime une sévérité certaine, qui semble au final servir plus l'objectif de neutralisation des personnes considérées dangereuses que celui de surveillance. Il est entendu que toute obligation, pour qu'elle soit respectée, doit être assortie d'une sanction, et cette logique est au cœur même du droit pénal. Toutefois, les sanctions choisies ici ont toutes un point commun, à savoir le retour en prison, ou du moins entre quatre murs.

Ainsi, en cas de non respect des obligations imposées dans le cadre du suivi socio-judiciaire, le retour en prison est inévitable, et il l'est pour une durée qui, si elle doit être déterminée à l'avance, peut néanmoins s'avérer être relativement longue, c'est-à-dire trois ans en matière correctionnelle et sept ans en cas de condamnation pour crime, et aucune distinction n'est faite en fonction de la peine encourue à l'origine (art. 131-36-1 al. 3 c. pén.). Notons à ce titre que lorsque le consentement de l'individu est requis, ce qui est le cas pour le placement sous surveillance électronique mobile et l'injonction de soins, le refus du condamné s'apparente à un viol des obligations, et est pareillement sanctionné, et ce dans tous les cadres dans lesquels ils peuvent être 'proposés'¹⁷⁸. La sanction en cas de non-respect des obligations imposées dans le cadre de la surveillance judiciaire est moins stricte : il s'agit non d'un temps de détention venant se surajouter à celui de la peine, mais de la suppression par la juridiction d'application des peines de tout ou partie des réductions de peine sur laquelle la durée de la mesure était calculée, lui permettant ainsi d'"ordonner (la) réincarcération" de l'individu (art. 723-35 c. pr. pén.). Bien que moins sévère, le résultat de la sanction demeure tout de même un retour sous écrou. Le non-respect des obligations imposées dans le cadre du FIJAIS est également sanctionné par un emprisonnement possible, puisqu'en vertu de l'article 706-53-5 du code de procédure pénale, un manquement délibéré à celles-ci constitue un délit puni de deux ans d'emprisonnement et trente mille euros d'amende. Enfin, la violation des obligations relatives à la surveillance de sûreté peut entraîner le placement en rétention de sûreté (art. 706-53-19 al. 3 c. pr. pén.). Il ne s'agit plus ici d'un retour en prison, mais la privation de liberté est quand même assurée. En d'autres termes, après une surveillance judiciaire prononcée pour le temps des réductions de peines, prolongée par une surveillance de sûreté renouvelable à l'infini, une personne peut être placée en rétention de sûreté, à titre de sanction, pour une durée initiale maximale de trois mois, mais pouvant devenir illimitée si la 'rétention de sûreté-sanction' est confirmée par la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Par ces mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, l'objectif du législateur, prévenir la récidive, se réalise donc par deux moyens : soit par la surveillance pour les personnes conciliantes, soit par la neutralisation pour les personnes dites dangereuses qui le sont moins.

B. La privation de liberté par la rétention de sûreté

À ce stade des développements, il est intéressant de s'arrêter un instant sur la rétention de sûreté, qui a fait couler beaucoup d'encre et a connu des retouches par la loi du 10 mars 2010. Cette mesure de sûreté est toute particulière en ce qu'elle permet d'aboutir à l'enfermement des personnes dangereuses, mais sans cette fois avoir nécessairement besoin de recourir à la sanction du non-respect ou du refus d'application des obligations. Ainsi, l'article 706-53-13 du code de procédure pénale prévoit ce placement 'indépendant'¹⁷⁹ et dispose que "*la rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté*" afin que celle-ci y reçoive "*une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure*". Il est

¹⁷⁷ ZOCETTO F. – *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁸ V. *infra*, p. 39 et s.

¹⁷⁹ D. Roets qualifie le placement en rétention de sûreté à la fin de l'exécution de leur peine de placement "*ab initio*" par opposition au placement "*ex post facto*", lorsqu'il est prononcé en tant que sanction du non respect des obligations imposées dans le cadre de la surveillance de sûreté, cf. ROETS D. – *De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la... sûreté* – RSC 2010, p. 228

vrai que l'article vise des hypothèses qu'il qualifie lui-même d'"exceptionnel(les)" (art. 706-53-13 al. 1) et que les infractions conditionnant le prononcé d'une telle mesure sont pour le moins graves, mais il demeure que ce faisant, le législateur a apporté une double innovation, voire une "double révolution"¹⁸⁰, qui ne va pas nécessairement dans le sens de la préservation des principes fondamentaux de notre droit pénal¹⁸¹.

D'une part, il est ainsi admis qu'une personne puisse être totalement privée de liberté, alors que celle-ci a exécuté l'intégralité de sa peine, sur le critère de sa dangerosité, c'est-à-dire sur le critère d'une potentialité, qui ne peut être vérifiée¹⁸². Ainsi, il est difficile de ne pas voir en cette mesure un écho à la loi de relégation de 1885, visant à une véritable élimination des personnes considérées dangereuses¹⁸³. À ce titre, il est intéressant de noter que R. Dati, à l'époque Garde des Sceaux, évoqua, à propos de la création de la rétention de sûreté, la "nécessité de mettre en place un dispositif permettant d'écarter de la société les délinquants les plus dangereux"¹⁸⁴. Et encore, dans la loi de 1885, le risque de récidive pouvait être soutenu comme plus avéré dans la mesure où celle-ci s'était déjà produite. Bien entendu, la loi vise ici la prise en charge des personnes soumises à la rétention de sûreté, dont on estime qu'elles sont curables, et l'article précité évoque expressément la "fin" de la mesure, mais la possibilité de privation de liberté au titre d'un risque, et d'un risque uniquement, est véritable. Le "malaise"¹⁸⁵ du Conseil constitutionnel sur cette innovation était palpable, de sorte qu'il a été décidé que, même s'il s'agissait d'une mesure de sûreté¹⁸⁶ qui devait en principe écarter l'application de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme, la rétention de sûreté ne devait pas, contrairement aux autres, pouvoir être d'application immédiate¹⁸⁷. Seule en effet cette idée de malaise engendré par le caractère novateur et menaçant de la rétention de sûreté permet de répondre à la question posée par W. Benessiano : "D'une nature découle un régime nous enseigne-t-on dès le début des études de droit. Pour quelle(s) raison(s) alors, opte-t-il pour une nature –il dénie à la surveillance et à la rétention de sûreté la qualification de sanctions ayant le caractère d'une punition – sans en suivre le régime ?"¹⁸⁸, hypothèse que corrobore l'article du Pr. Y. Mayaud précité¹⁸⁹.

La seconde innovation tient au caractère renouvelable à l'infini de la mesure, qui a également été prévu concernant la surveillance de sûreté. Nous nous retrouvons alors avec un droit qui permet de priver de liberté plus longtemps une personne pour prévenir le risque d'une infraction hypothétique qu'une personne qui a commis une des infractions considérées comme les plus graves, puisque, comme le note V. Lamanda, "tout emprisonnement (au sens large) a son terme", même, lorsqu'a été

¹⁸⁰ PRADEL J. – *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux* – D 2008, p. 1000.

¹⁸¹ HERZOG-EVANS M. – *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* – *op. cit.*

¹⁸² En effet, comme le soutient M. Landry, "Dire d'une personne qu'elle est capable de commettre un crime ne signifie pas, en effet, que cette personne commettra un crime, mais seulement qu'elle est susceptible d'un commettre un. Le non passage à l'acte ne l'invalidant pas, l'auteur d'un tel jugement est évidemment assuré de ne jamais se tromper", cf. LANDRY M. – *L'état dangereux : un jugement déguisé en diagnostic* – L'Harmattan, coll. Psychologiques, 2002, p. 28.

¹⁸³ Le Pr. Y. Mayaud qualifie expressément la rétention de sûreté de "forme de relégation", cf. MAYAUD Y. – *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008* – D 2008, p. 1359.

¹⁸⁴ Audition de Mme R. Dati, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le 11 décembre 2007, par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, dans le cadre de l'élaboration du rapport Fenech, cf. FENECH G. – *Rapport sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* – *op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁵ LAZERGES C. – *op. cit.*

¹⁸⁶ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *op. cit.*, cons. 9

¹⁸⁷ *Ibid.*, cons. 10.

¹⁸⁸ BENESSIANO W. – *Mesures de sûreté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. À propos, notamment, de la décision n°2008-562 DC du Conseil constitutionnel* – RFDC 2008, n°76, p. 846, spéc. p. 852.

¹⁸⁹ MAYAUD Y. – *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008* – *op. cit.*

prononcée une réclusion criminelle à perpétuité incompressible, en raison des possibilités offertes par l'article 720-4 alinéa 3 du code de procédure pénale¹⁹⁰. Ainsi, le Pr. Y. Mayaud souligne que "*ce que la culpabilité ne consacre pas, la dangerosité l'admet, bien que les réalités qu'elle tente de saisir soient d'une approche autrement plus difficile et incertaine, malgré toutes les précautions de la loi en expertises multiples ou procédures contradictoires*"¹⁹¹. La volonté de gestion du risque atteint ici des sommets, sommets qui ne seront effectivement pleinement applicables qu'aux alentours de 2023¹⁹², en raison du refus de la rétroactivité de la rétention de sûreté *ab initio* par le Conseil constitutionnel, mais qui, s'il permettront en effet une certaine prévention de la récidive, par l'application de la pensée triviale selon laquelle si quelqu'un dérange, il suffit de l'enfermer, c'est-à-dire le priver de la capacité *matérielle* de récidiver, renseignent également sur la détermination du législateur d'en découdre à tout prix avec le phénomène récidiviste par l'éradication du risque. À tout prix.

*
* *

Chapitre 2 – L'homme dangereux : un être à soigner (le traitement du risque)

Dans le *Gorgias*, Socrate évoque, au cours de sa discussion maïeutique avec son élève Polos, la justice pénale comme "*une médecine pour la méchanceté de l'âme*"¹⁹³. Le législateur contemporain s'est quelque peu éloigné de cette métaphore, puisqu'aujourd'hui, la justice n'est plus uniquement médecine en tant que telle, mais elle est également devenue prescriptrice de soins. En effet, le second objectif au cœur des évolutions récentes concernant la lutte contre la récidive est celui de soigner l'homme dangereux. L'adage selon lequel il vaut mieux prévenir que guérir est donc devenu qu'il faut mieux prévenir que guérir... en guérissant. Ainsi, bien qu'elle ait été considérée douée de discernement lorsqu'elle a commis l'infraction, puisqu'elle a accédé à la sanction pénale (article 122-1 c. pén.)¹⁹⁴, le législateur tend à considérer qu'une personne dangereuse est néanmoins une personne malade, et que son penchant pour le crime ne pourra disparaître sans un traitement, qui est, en fait, est imposé. Cette volonté de soigner s'est d'abord concentrée sur les auteurs d'infractions sexuelles, pour laquelle elle peut être justifiée (I), puis a été largement, voire excessivement, systématisée (II).

I. La justice prescriptrice de soins : une concentration originelle sur les auteurs d'infractions sexuelles

Les 'prédateurs sexuels' incarnent depuis plusieurs décennies pour l'opinion publique la figure du Mal. Le terme même de 'prédateur' les renvoie à l'animal, processus inconscient de déshumanisation qui prouve à la fois le mépris et la peur qu'ils génèrent. Dès lors, ce sont sur eux que se sont initialement concentrés les efforts pour les 'guérir du crime'. La nécessité, ou du moins l'utilité d'un tel traitement a été prouvée par des spécialistes (A), bien que ces derniers insistent davantage sur les vertus d'une psychothérapie, plus efficace même si moins spectaculaire et donc moins médiatique que les traitements inhibiteurs de libido, plus couramment, et peut-être plus cruellement, qualifiés de 'castration chimique' (B).

A. L'utilité d'un traitement spécifique des agresseurs sexuels

Les agresseurs sexuels ont été le point d'attention originel du législateur pour l'instauration du suivi socio-judiciaire, puis du FIJAIS. Il faut souligner que la possible récidive de ces derniers est

¹⁹⁰ LAMANDA V. – *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux* – Rapport à M. le Président de la République, 2008, p. 5.

¹⁹¹ MAYAUD Y. – *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008* – *op. cit.*

¹⁹² Pour un calcul de la date du début d'application de la rétention de sûreté *ab initio*, v. HERZOG-EVANS M. – *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* – *op. cit.*

¹⁹³ PLATON – *Gorgias* – Flammarion, coll. GF, trad. CANTO-SPERBER M., 1993, 478 d-e, p. 203.

¹⁹⁴ Notons que ce discernement peut avoir été altéré tant qu'il n'a pas été aboli.

sournoise, dans la mesure où les agresseurs sexuels ne sont pas nécessairement des êtres désocialisés, dont la marginalité pourrait, de manière spontanée, pousser à leur porter une attention curative. Ainsi, V. Lamanda souligne dans son rapport que *"souvent mieux insérés socialement que les autres détenus, et posant moins de problèmes disciplinaires, les délinquants sexuels ne savent pas attirer défavorablement l'attention des services pénitentiaires"*¹⁹⁵. Une des spécificités du suivi socio-judiciaire tel qu'instauré en 1998 était la possibilité, aujourd'hui devenue principe, pour le juge de prononcer, au titre des obligations auquel le condamné a à se soumettre, une injonction de soins. Cette innovation est heureuse. En effet, comme le soulignent J.-L. Senon et J. Pradel, *"toutes les études sont concordantes pour penser que la grande majorité des agresseurs sexuels ne présente aucune maladie mentale telle qu'elle peut être décrite par la clinique contemporaine, tant française qu'internationale (...) pour autant les délinquants sexuels ne sont pas indemnes de caractéristiques psychologiques qui diffèrent de la population générale"*¹⁹⁶, et souffrent ainsi de troubles de la personnalité, liés notamment à une carence affective et une inhibition surdéveloppée, une recherche de l'identité et une défaillance de l'estime de soi importante, ou encore des structures psychiques perverses. Par ailleurs, le rapport Balier a permis de prouver que la plupart d'entre eux étaient dans le déni, soit total, soit du moins ne reconnaissaient pas le caractère délictueux ou criminel de leur acte ou ses conséquences pour la victime, de sorte que *"une fois en dehors du cadre judiciaire, il(s) ne chercher(ont) nullement à tenter une démarche dont aucun bien-fondé ne (leur) apparait"*¹⁹⁷ et *"se retrouveront donc face à leur malaise interne avec aussi peu de moyens psychiques d'y faire face qu'avant"*¹⁹⁸.

Il est cependant nécessaire de distinguer trois types parmi les agresseurs sexuels. Les agresseurs incestants sont criminologiquement les moins inquiétants, car ce sont eux qui récidivent le moins¹⁹⁹, et la communauté scientifique s'accorde à dire qu'une *"prise en charge psychiatrique ou médico-psychologique sera rarement indiquée chez les pères incestueux, en particulier quand des enfants plus jeunes ne seront plus à protéger"*²⁰⁰. En revanche, les pédophiles souffrent souvent de troubles de la personnalité, et se trouvent dans le déni quant à leur acte puisqu'ils ont *"tendance à minimiser l'incidence de (leur) comportement sur la victime ; l'acte est alors présenté comme faisant partie d'une relation chaleureuse, utile à la victime demanderesse sur le plan affectif"*²⁰¹. De même, les auteurs de viols souffrent également de troubles de la personnalité, et *"dénient leur acte ou le présentent de façon déformée, persuadés que leur victime était consentante, ou qu'elle n'a pas lutté"*²⁰², de sorte que pour les uns comme pour les autres, *"une prise en charge psychiatrique sera souvent dans ces cas indispensable"*²⁰³. Le travail d'éveil et d'extirpation du déni est important puisque, comme le souligne là encore le rapport Balier, *"plus les sujets reconnaissent complètement être l'auteur du délit, plus le gradient de volonté de changement augmente, avec un passage de 8% pour les sujet qui ne reconnaissent pas du tout le délit à 92% pour ceux qui le reconnaissent complètement"*²⁰⁴. En effet, *"la question que pose celle de changer 'quelque chose' en soi pour que de tels actes ne se renouvellent pas suppos(e) que le sujet perçoive que 'quelque chose' soit à changer"*²⁰⁵. Ca n'est qu'alors que pourra commencer un véritable traitement sur les troubles de la personnalité, cause ou du moins facteur

¹⁹⁵ LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁶ SENON J.-L., PRADEL J. – *op. cit.*

¹⁹⁷ BALIER C., CIAVALDINI A., GIRARD-KHAYAT M. – *Rapport de recherche sur les agresseurs sexuels pour la Direction Générale de la Santé* – novembre 1996, p. 37.

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 36.

¹⁹⁹ J.-L. Senon et J. Pradel estiment le taux de récidive de ces derniers à environ 5%, cf. SENON J.-L., PRADEL J. – *op. cit.* De même, C. Balier dans son rapport, affirme que *"par rapport aux autres catégories, ce sont les agresseurs sexuels de mineurs non-incestants qui récidivent le plus (60%) et les violeurs de mineurs incestants qui récidivent le moins (8%)"*, cf. BALIER C., CIAVALDINI A., GIRARD-KHAYAT M. – *op. cit.*, p. 35.

²⁰⁰ SENON J.-L., PRADEL J. – *op. cit.*

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ BALIER C., CIAVALDINI A., GIRARD-KHAYAT M. – *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 37.

contribuant au passage à l'acte, sur lesquels il peut être efficacement travaillé²⁰⁶.

B. L'insuffisance de la castration chimique dans le cadre du traitement des agresseurs sexuels

Le projet initial de suivi 'médico-social' du projet présenté par J. Toubon en 1997²⁰⁷, avant la dissolution de l'Assemblée Nationale, était critiqué en ce qu'il confondait peine et soin. Le suivi socio-judiciaire les dissocie : l'injonction de soins s'effectue en principe après la privation de liberté, bien qu'elle puisse être entamée avant, et que le législateur aille en ce sens (art 763-7 al 2 c. pr. pén.). Il est cependant nécessaire de noter que, depuis la loi du 12 décembre 2005²⁰⁸, il est possible au médecin traitant, dans le cadre de l'injonction de soins, de prescrire au patient un traitement inhibiteur de libido, à l'époque, "*même si l'autorisation de mise sur le marché les concernant n'a pas été délivrée pour cette indication*" (art. L3711-1 c. santé publ.). Du fait des avancées de la science, deux médicaments disposent aujourd'hui de cette autorisation. Il s'agit d'une part de l'Androcur (acétate de cyprotérone), chimiothérapie anti-androgénique, qui, s'administrant sous forme de comprimés, fait chuter le taux de testostérone à un niveau féminin, et est alors "*censé diminuer l'intensité du désir ressenti*"²⁰⁹, et d'autre part du Salvacyl (triptolérine) qui s'administre sous forme d'injections et, schématiquement, bloque la testostérone produite et la rend inefficace, bien qu'il s'agisse initialement d'un médicament prescrit à l'homme dans le cadre du cancer de la prostate métastasée et à la femme inféconde.

Cependant, la prescription d'un traitement inhibiteur de libido, si elle n'est pas accompagné d'une psychothérapie, est inutile, à l'image d'un anesthésique qui serait administré à un patient sans qu'une opération soit effectuée sur lui pendant le temps où il sommeille. En effet, si un traitement "*freine le désir sexuel, donc l'activité sexuelle qui en résulte (...) il n'est pas capable de réorienter une sexualité déviante, prohibée*"²¹⁰. Par ailleurs, cet 'anesthésique' même peut parfois s'avérer inefficace car le traitement chimiothérapeutique repose "*sur le postulat selon lequel la libido masculine est testostérono-dépendante, ce qui n'est que partiellement exact*"²¹¹, puisque des études sur des sujets castrés ont démontré que certains pouvaient quand même avoir des relations sexuelles ou du moins des pulsions de désir. En d'autres termes, si le traitement peut être un efficace complément, il n'est ni suffisant, ni infaillible. De plus, il peut avoir des effets secondaires très indésirables, voire invalidants²¹². Le législateur semble pourtant y porter une attention grandissante, comme le démontre la loi du 10 mars 2010²¹³, qui supprime la nécessité de l'expression écrite et renouvelée chaque année par le condamné de son consentement à une telle prescription. Notons que consentement reste une condition nécessaire, même si elle n'est plus formalisée. Toutefois, comme nous l'avons dit précédemment, le refus du condamné est assimilé à une violation des obligations qui lui sont imposées, quel que soit le cadre dans lequel les soins sont enjoins, de sorte qu'il se verra contraint de retourner entre quatre murs. Ainsi, selon M. Herzog-Evans, "*le très médiatisé traitement inhibiteur de libido est rendu quasiment obligatoire*"²¹⁴. D'autre part, la loi intègre au code de procédure pénale cette faculté de recourir à un tel traitement (art. 706-47-1 al. 2 c. pr. pén.), faculté qui était jusqu'alors uniquement posée qu'à l'article L3711-3 du code de la santé publique. La castration chimique n'est donc plus reléguée à un code à droit constant, mais bien exprimée dans un code censé représenter les valeurs de la société, mouvement chargé en symbolisme. Cela reste acceptable, tant que le législateur, suivant l'opinion publique friande de solutions rapides et d'apparence radicales, ne finit pas par

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 45-46.

²⁰⁷ Projet de loi, Assemblée Nationale, n°3322, cité par CASTAIGNEDE J. – *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement* – D 1999, p. 23.

²⁰⁸ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art 27

²⁰⁹ T. et K. ALBERNHE – *Comment traiter les délinquants sexuels ?* – in CARIO R., HERAUT J.-C. (dir), *Les abuseurs sexuels : quel(s) traitement(s) ?* – L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 1999 p. 55-72, spéc. p. 70.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 71.

²¹¹ *Ibid.*, p. 70.

²¹² *Ibid.*, p. 72. V. également HERZOG-EVANS M. – *La loi "récidive III" : extension et aggravation de la "probation" obligatoire* – D 2010, p. 1428

²¹³ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010, *op. cit.*, art 10.

²¹⁴ HERZOG-EVANS M. – *La loi "récidive III" : extension et aggravation de la "probation" obligatoire* – *op. cit.*

privilégier ces traitements à la défaveur d'une véritable psychothérapie, qui, comme nous l'avons dit, est souvent nécessaire pour les agresseurs sexuels, et que les traitements chimiothérapeutiques ne sauraient remplacer. La question peut néanmoins se poser de savoir si cette nécessité se retrouve pour toute forme de délinquance et criminalité.

II. La justice prescriptrice de soins : une systématisation pour tous les auteurs d'infractions faisant encourir un suivi socio-judiciaire

L'injonction de soins que le juge avait à l'origine la faculté de prononcer pour les auteurs d'infractions sexuelles est devenue au fil des réformes le principe pour tous les condamnés à un suivi socio-judiciaire, ainsi qu'à toutes les autres formes de suivi, de sorte que certains auteurs parlent aujourd'hui d'une religion obsessionnelle du soin²¹⁵, que le législateur voit comme le moyen ultime et indispensable de prévenir la récidive (A). Il est cependant possible de relever un paradoxe dans le terme même d'"injonction", qui traduit une idée d'obligation, dans la mesure où les soins sont, pour des raisons déontologiques, toujours soumis au consentement du condamné/patient. La résolution de ce paradoxe se retrouve dans les dispositions légales puisque, si le soin n'est jamais imposé *stricto sensu*, un fort mécanisme d'incitation sous forme de sanction le rend, dans les faits, largement obligatoire dès lors qu'il est 'proposé' (B).

A. La généralisation progressive du soin comme moyen de lutte contre la récidive

L'injonction de soins était à l'origine, comme nous l'avons dit, une exclusivité du suivi socio-judiciaire, lui-même exclusivement réservé aux auteurs d'infractions sexuelles. Elle fut néanmoins fortement répandue, indirectement, par l'adjonction à la liste des personnes susceptibles de se voir prononcer un suivi socio-judiciaire nombre d'auteurs d'infractions dénuées de tout caractère sexuel²¹⁶ par la loi du 12 décembre 2005. Toutefois, le prononcé d'un injonction de soins dans ce cadre restait à l'époque pour le juge une faculté. La loi du 10 août 2007²¹⁷ est par la suite intervenue pour inverser le principe et l'exception. Ainsi, depuis cette dernière, "*sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins*" (art. 131-36-4 c. pén.), de sorte que "*la liberté d'appréciation du juge quant au prononcé de l'injonction de soins (est devenue) désormais une limite au caractère obligatoire de la mesure*"²¹⁸. L'œuvre de la loi de 2007 dans le sens de la "*systématisation de l'injonction de soins*"²¹⁹ a cependant été bien au-delà, en ne visant plus seulement ceux qui sont effectivement condamnés à un suivi socio-judiciaire, mais le groupe plus large des auteurs d'infractions pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru. D'une part, la loi offre une possibilité de "*ratrapage*"²²⁰ aux juridictions, pour les personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de cette loi à un suivi socio-judiciaire sans injonction de soins, puisque l'article 763-3, alinéa 3, du code de procédure pénale dispose depuis lors que "*si la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire n'a pas été soumise à une injonction de soins, le juge de l'application des peines ordonne en vue de sa libération une expertise médicale afin de déterminer si elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement*". D'autre part, le législateur prévoit, pour les personnes qui encouraient mais n'ont pas été condamnées à un suivi socio-judiciaire, la possibilité de leur enjoindre des soins. Dans ce cadre, l'injonction de soin devient le principe pour l'ersatz de suivi socio-judiciaire qu'est la surveillance judiciaire (art. 723-30 al. 2 c. pr. pén.). De même, concernant la libération conditionnelle, nous avons vu que la loi du 12 décembre 2005 avait donné au juge la possibilité de soumettre une personne faisant l'objet d'une telle mesure aux obligations prévues dans le cadre du suivi socio-judiciaire si elle a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel ce dernier était encouru (art.

²¹⁵ HERZOG-EVANS M. *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit – op. cit.*

²¹⁶ V. *supra*, p. 29.

²¹⁷ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art. 7.

²¹⁸ VERGES E., RIBEYRE C., ROBERT A.-G. – *Chronique législative – RSC 2007*, p. 853

²¹⁹ ZOCHETTO F. – *op. cit.*, p. 43.

²²⁰ HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale – op. cit.*

731-1 c. pr. pén.)²²¹. Ainsi, puisque l'injonction est à présent le principe dans le cadre du suivi socio-judiciaire, elle le devient par ricochet pour la libération conditionnelle, de sorte que "*désormais, si la soumission aux obligations du suivi socio-judiciaire est facultative, dès lors qu'elle est décidée, l'injonction de soins est de règle*"²²². Enfin, la loi de 2007 renforce le mécanisme d'incitation à la mise en œuvre de soins au cours de l'incarcération, nous y reviendrons. La loi du 25 février 2008 créant la surveillance de sûreté dispose quant à elle qu'il sera appliqué dans ce cadre des "*obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire, (...) en particulier une injonction de soins*" (art. 706-53-19, al. 1), et prévoit également le soin de manière non-équivoque dans le cadre de la rétention de sûreté puisque, comme nous l'avons dit, celle-ci consiste en le placement de la "*personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure*" (art. 706-53-13, dernier al., c. pr. pén.).

Nous voyons donc que par ces réformes successives, le soin occupe désormais une place centrale au cœur de toutes les mesures de sûreté. Pour le législateur, le suivi des condamnés après leur libération ne suffit pas, et bien qu'il y ait des limites à l'injonction de soins, puisque celle-ci est subordonnée à une expertise favorable, sa logique est désormais clairement de prévenir par le soin, comme si toute personne ayant commis une infraction nécessitait une prise en charge médicale sous peine de récidiver. Ne sommes-nous pas en train de confondre criminalité et maladie, dangerosité et pathologie ? Il est intéressant à ce titre de remarquer que le parallélisme entre la maladie et la récidive n'est pas récent, puisque Ambroise Paré au XVI^e siècle utilisait le terme de 'récidive' "*pour signaler la nouvelle manifestation d'une pathologie chez un sujet guéri*"²²³. Il s'agissait cependant à l'époque de l'usage d'un terme identique pour deux phénomènes différents, là où aujourd'hui récidive et maladie tendent à se confondre puisque pour prévenir la première, des soins sont considérés comme nécessaires. Il est néanmoins possible de s'interroger sur la pertinence de cette dynamique. En effet, le fait que l'utilité de soins ait été démontré à l'égard des infracteurs sexuels permet-il d'en déduire une utilité identique à l'égard de tous, justifiant une telle généralisation du soin ? Il sera répondu à cette interrogation plus tard dans cet exposé²²⁴. Voyons tout d'abord qu'en plus d'être généralisé, le soin tend de plus en plus à être imposé.

B. L'incitation au consentement dans le cadre de l'injonction de soins

En raison de règles déontologiques primaires liés notamment au respect de la libre détermination des individus et à l'inviolabilité du corps humain²²⁵, le soin ne peut en principe être appliqué sans le consentement de l'intéressé, la seule exception étant l'internement d'office de personnes atteintes de troubles mentaux (art. L3213-1 et s. c. santé publ.). Le législateur s'est donc efforcé de concilier ce principe avec sa volonté de soumettre les individus qu'il considère dangereux à des soins, et pour cela, a élaboré un système d'incitation aux soins, qui, dans les faits, pousse les individus à s'y plier quand bien même ils l'auraient *a priori* refusé. Ainsi, "*si le traitement forcé du délinquant est exclu, en revanche, le refus de suivre un traitement médical peut entraîner l'exécution de la sanction pénale : tel est l'équilibre retenu pour le régime de (...) l'injonction de soins*"²²⁶. En effet, comme nous l'avons précédemment évoqué, le refus de commencer ou poursuivre un traitement médical à l'expiration de la période de la privation de liberté, que celui-ci soit imposé dans le cadre du suivi socio-judiciaire (art. 763-5 c. pr. pén.), de la surveillance judiciaire (art. 723-35 c. pr. pén.), ou encore de la surveillance de sûreté (art. 706-53-19 c. pr. pén.), s'assimile à une violation des obligations. Cette règle néanmoins implicite avant la loi du 10 mars 2010, car n'était alors évoqués que "*l'inobservation par le condamné des obligations et interdictions qui lui ont été imposées*" (art. 723-35

²²¹ V. *supra*, p. 29.

²²² HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – *op. cit.*

²²³ BRIEGEL F., PORRET M. – *Récidive, récidivistes et droit de punir* – *op. cit.*, p. 10.

²²⁴ V. *infra*, p. 56 et s.

²²⁵ ZOCETTO F. – *op. cit.*, p. 40-41.

²²⁶ *Ibid.* p. 41.

c. pr. pén.), ou leur "méconnaissance" (art. 706-53-19 c. pr. pén.), sans plus de précision²²⁷. La loi du 10 mars 2010²²⁸ vient compléter les trois articles précités d'un alinéa disposant clairement que "constitue pour le condamné une violation des obligations qui lui ont été imposées le fait de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins". Ainsi l'équivoque n'est plus possible, et l'incitation s'en trouve renforcée car, comme nous l'avons vu précédemment, la violation des obligations prescrites dans le cadre de l'un ou de l'autre de ces suivis entraîne un retour en prison ou un placement en rétention de sûreté. Comment alors parler d'un consentement libre ? En effet, comme J. Castaignède l'écrivait déjà en 1999, "l'injonction de soins se présente comme une obligation qui ne veut pas dire son nom"²²⁹, d'autant plus que la loi de mars 2010 a également posé cette assimilation du refus de traitement à une violation des obligations concernant tous les aménagements de peine comportant une telle obligation (art. 712-21 c. pr. pén.) ainsi que pour la libération conditionnelle (art. 733 c. pr. pén.), pour qui, nous l'avons vu²³⁰, l'injonction de soin peut être de principe. Ainsi, la position du législateur est on ne peut plus claire : soit la personne dangereuse et suivie accepte de se soigner, soit elle sera neutralisée. Là encore, la prévention de la récidive semble s'effectuer à un prix fort élevé, puisque dans les faits, il est fait fi d'une règle déontologique de première importance et que l'adage selon lequel 'si la peine s'impose, le soin se propose' a largement perdu en pertinence et en véracité.

Cette remarque est d'autant plus vraie que l'incitation aux soins, qui, à nos yeux, tend à prendre le caractère de soins forcés, se retrouve avant même la mise en liberté des condamnés, et donc, en principe, la mise en œuvre des mesures de sûreté. En effet, depuis l'instauration du suivi socio-judiciaire par la loi du 17 juin 1998²³¹, l'article 763-7 du code de procédure pénale dispose que "lorsqu'une personne condamnée à un suivi socio-judiciaire comprenant une injonction de soins doit subir une peine privative de liberté (...) elle est immédiatement informée par le juge de l'application des peines de la possibilité d'entreprendre un traitement". Par ailleurs, l'article 717-1 du code de procédure pénale dispose depuis la loi du 12 décembre 2005²³² que "le juge de l'application des peines peut proposer à tout condamné (pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru) de suivre un traitement pendant la durée de sa détention". Il s'agit donc en principe d'une 'possibilité' ou d'une 'proposition'. Toutefois, la loi du 10 août 2007 a également prévu des sanctions en cas de refus. Cette loi a en effet modifié les dispositions relatives à la libération conditionnelle²³³ faisant que depuis lors, elle ne peut être accordée à un individu qui a refusé "pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines en application des articles 717-1 et 763-7" (art 729 c. pr. pén.), de sorte que "le principe d'incitation aux soins en sort particulièrement renforcé puisque le refus de soins en prison (...) prive automatiquement le condamné à tout accès à la libération conditionnelle"²³⁴. De plus, la loi de 2007²³⁵ maintient et endurecit la règle ajoutée à l'article 721-1 du code de procédure pénale par la loi du 12 décembre 2005²³⁶ qui posait que les personnes refusant de suivre un traitement pendant leur incarcération "ne sont pas considérées comme manifestant des efforts sérieux de réadaptation sociale" et par conséquent, ne peuvent recevoir de réduction supplémentaires de peine, en posant explicitement que "sauf décision contraire du juge de l'application des peines, aucune réduction supplémentaire de la peine ne peut être accordée à une personne condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, qui

²²⁷ Il est à noter que, concernant le suivi socio-judiciaire, l'article 763-5 du code de procédure pénale évoquait plus précisément l'"inobservation des obligations mentionnées aux articles 131-36-2 et 131-36-3 du code pénal ou de l'injonction de soins".

²²⁸ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010, *op. cit.*, art 10.

²²⁹ CASTAIGNEDE J. – *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement* – *op. cit.*

²³⁰ V. *supra*, p 39.

²³¹ Loi n°98-468 du 17 juin 1998, *op. cit.*, art. 8.

²³² Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art 8.

²³³ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art. 11.

²³⁴ VERGES E., RIBEYRE C., ROBERT A.-G. – *Chronique législative* – *op. cit.*

²³⁵ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, *op. cit.*, art. 10.

²³⁶ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art 8.

refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines en application des articles 717-1 et 763-7". L'incitation au consentement au soin est donc présente dès avant l'application des mesures de sûreté, et ce alors que le législateur de 1998 avait considéré qu'il était "à la fois inefficace et contraire à la déontologie médicale d'imposer, sous peine de sanction, des soins à une personne déjà privée de liberté"²³⁷. On voit donc là encore que le soin prend le pas sur la déontologie, voire, ce qui est plus dérangeant, sur des considérations d'efficacité. Pour le législateur donc, le soin est devenu la clé du voûte de la lutte contre la récidive, pour toutes les personnes considérées comme dangereuses, et ce malgré la mise en garde des psychiatres sur l'illusion d'un tel recours à la médecine²³⁸.

*
* *

Par le fait des réformes récentes, une véritable mutation dans la lutte contre la récidive est palpable. Le législateur s'est en effet attaché à renforcer la sévérité à l'égard des récidivistes, afin de punir l'hostilité manifestée aux valeurs sociales protégées, et, indirectement, protéger la société en éloignant les récidivistes plus longtemps, et pour une durée minimale fixe, et difficilement aménageable. Cependant, ce dernier a aussi et surtout multiplié les mesures de sûreté, et largement répandu l'injonction de soins qui s'y trouve attachée, de sorte que l'objectif premier est passé de celui de punir à celui de prévenir, et ce à la fois par la surveillance et le soin. L'intervention du droit en rapport avec la lutte contre la récidive reste réactive, mais elle réagit désormais dès la première infraction, sans attendre que le risque soit confirmé par une seconde. Toutefois, si la mutation dans l'ordre des priorités est indubitable, en est-il autant de l'efficacité relative à ce changement ?

*
* *

²³⁷ LE GUNHEC F. – *Aperçu rapide sur les dispositions de la loi n°98-468 du 17 juin 1998 instituant le suivi socio-judiciaire des condamnés sexuels* – JCP G 1998, p. 1193, cité par VERGES E., RIBEYRE C., ROBERT A.-G. – *Chronique législative* – *op. cit.*

²³⁸ V. *infra*, p. 56 et s.

Partie II – Évaluation de la lutte contre la récidive : des critiques aux propositions.

Sanctionner les récidivistes pour l'atteinte manifeste et répétée aux valeurs sociales protégées, tout comme tenter d'éviter d'avoir à recourir à cette rétribution particulière en s'efforçant de prévenir le risque de récidive avant que celui-ci ne se réalise sont des objectifs sommes toutes honorables, dont le législateur se devait incontestablement de se saisir. Il n'est cependant pas interdit de se demander si les moyens par lui choisis afin de remplir ces objectifs ont été sélectionnés avec pertinence et s'ils sont appliqués et applicables. À ces questions, la réponse semble aujourd'hui être négative. Les différentes lois concentrées sur la lutte contre la récidive, qu'il s'agisse de leur volets répressifs ou de leur plus larges volets préventifs, visent à créer l'illusion d'une sécurité renforcée, là où en réalité, elles créent des dispositifs discutables voire dangereux, qui ne sont pas en adéquation avec la réalité sociologique ayant trait à la récidive, et ne peuvent donc efficacement la combattre (Titre 1). Critiquer est cependant plus facile qu'élaborer, c'est pourquoi après avoir mis à jour un certain nombre de défauts dans la lutte contre la récidive telle qu'elle est aujourd'hui envisagée, et sans prétendre à l'exhaustivité, nous proposerons par la suite des moyens plus efficaces de lutte contre la répétition de forfaits, et non contre la simple récidive légale, qui ne représente finalement qu'une frange marginale du phénomène pris en son entier. Ces propositions ne tendent pas à une véritable révolution, mais plutôt à une valorisation de ce qui est aujourd'hui négligé, et à une rationalisation d'un droit tout azimut, de sorte que ces dernières sont parfaitement réalisables, et ne s'inscrivent pas dans un raisonnement utopique. Leur mise en œuvre passera cependant par l'abandon d'une autre utopie, celle selon laquelle le risque zéro existe et la récidive, au sens large, peut être totalement et définitivement éradiquée (Titre 2).

*
* *

Titre 1 – Critiquer : l'illusion de sécurité

Dans ses deux versants, la sévérité comme la prévention exacerbée, la lutte contre la récidive aujourd'hui ne peut être efficace. La sévérité à l'égard des récidivistes a pour objectif leur rétribution, et elle l'atteint totalement. En revanche, si l'on replace cette sévérité dans l'optique de lutte contre la récidive, afin de la résorber au lieu ou en plus de simplement la punir, celle-ci se trouve fortement désavouée, de sorte qu'elle pourrait être abandonnée ou à tout le moins édulcorée. Concernant la prévention d'autre part, la lutte dans sa forme actuelle apparaît plus menaçante que rassurante et rencontre trop d'écueils pour pouvoir prétendre à l'efficacité. Ce double constat tient au fait que l'arsenal législatif contemporain est le fruit d'une politique de l'instant, manipulant l'opinion publique autant que les chiffres, et la loi apparaît comme un objectif de communication (Chapitre 1), plus efficaces en termes de démagogie que de criminologie (Chapitre 2).

*
* *

Chapitre 1 – Des lois injustifiées et instrumentalisées

Comme nous avons pu le voir dans la première partie de notre exposée, le législateur n'est pas avare d'interventions lorsqu'il s'agit de tenter de lutter contre la récidive. Mais de quelle récidive parle-t-on exactement ? Les occurrences répétées de faits divers surmédiatisés amènent à penser que le phénomène récidiviste est accablant, que les récidivistes sont partout, et qu'ils nous menacent tous, et à tout moment. Une étude des chiffres de la récidive nous apprend pourtant que tel n'est pas le cas, que le phénomène récidiviste est bien existant, mais qu'il n'est pas alarmant, et nous pousse à s'intéresser plus au phénomène réitérant, tout aussi supérieurement développé en fait que délaissé en droit (I). Les interventions multiples du législateur concernant la lutte contre le phénomène de répétition de forfaits sont donc mal ciblées, ce qui s'explique par le fait que la loi est utilisée en la matière plus comme un instrument de communication au service de l'opinion publique que comme instrument d'action véritable, ou du moins d'action efficace pour ralentir le phénomène médiatiquement exagéré, tout autant qu'exagérément médiatisé (II).

I. La récidive et les chiffres

La multiplication des lois concernant le traitement, la lutte ou l'amoindrissement du risque de récidive amène à penser que ce risque existe, qu'il est pesant, voire écrasant. Ça n'est cependant pas ce que traduisent les chiffres, lorsque l'on prend le temps et le recul suffisant pour les analyser objectivement. Cet exercice suppose que l'on ne saisisse pas des chiffres lancés au hasard, basés sur des critères variables, jamais donnés, et maquillés par une présentation habile (A). Une fois le recul pris, on réalise que la récidive n'est pas si élevée que les discours semblent le soutenir, et qu'elle ne connaît pas d'augmentation exponentielle (B).

A. Faire parler les chiffres

Le premier constat qui peut être fait concernant l'évaluation quantitative de la récidive, mais également tout autre approche chiffrée ou statistique, est que les chiffres ont une valeur relative, et qu'il est aisé de les faire parler dans le sens recherché, avec la force convaincante que peut avoir toute donnée d'apparence scientifique. À ce titre, deux éléments peuvent être soulignés : d'une part, la présentation des chiffres a une incidence directe sur leur perception. Ainsi, 10% apparaît mince s'il est dit qu'*uniquement* un dixième de ceci a fait cela, ou énorme si l'on souligne avec véhémence qu'il est inacceptable qu'un ceci sur dix, *chiffre pour le moins élevé*, aboutisse à faire cela. C'est une des premières leçons enseignées dans toutes les écoles de journalisme. Par ailleurs, le rapprochement de chiffres plus ou moins corrélés ou comparables entre eux, par les mots mais encore plus par les graphiques, permet de faire apparaître la pseudo réalité que l'on souhaite démontrer.

D'autre part, les modalités de calcul permettent également de faire parler les chiffres. Ainsi, et comme le souligne P. Landreville, en fonction de trois paramètres, que sont le type de population observée, la période d'observation et le critère retenu pour la récidive, le taux obtenu peut varier de 0 à 100%²³⁹. Dès lors, on peut aboutir à des résultats très différents en prenant en compte une population d'hommes jeunes, ne déclarant pas de profession, ayant subi une première condamnation, et d'observer, sur une période de dix ans, quel pourcentage d'entre eux commet à nouveau une infraction, quelle qu'en soit la gravité ; ou de prendre en compte une population d'hommes plus âgés d'un milieu social relativement aisé ayant subi une première condamnation, d'observer cette cohorte sur une période de deux ans et de relever le pourcentage de ceux qui seront effectivement réincarcérés pour une infraction commise conformément aux critères stricts de la récidive légale. Dans les deux cas, et pour l'opinion publique, il s'agira d'un chiffre de la 'récidive'. Or, dans les deux cas, ils ne seront à l'évidence pas les mêmes, le premier pouvant s'avérer plutôt alarmiste²⁴⁰ là où le second sera bien plus rassurant. À ce titre, il est important de dénoncer des propos tels que ceux relevés par P.-V. Tournier dans un texte de 1991 signé par des personnalités d'horizons politiques diverses, affirmant que "*le taux de récidive atteint presque 70% ; ferions-nous seulement baisser d'un quart ou d'un tiers ce taux de récidive que les Français éprouveraient concrètement un vif soulagement dans leur vie quotidienne*"²⁴¹. Le ton choisi est celui de l'émotion, et le taux donné est à la fois approximatif et très élevé, et ce sans qu'aucune information ne soit donnée sur les éléments ayant permis de le calculer.

B. Les chiffres de la récidive

Comme nous venons de le démontrer, il n'y a pas un, mais des chiffres de la 'récidive', et ceux-ci ne peuvent que faire apparaître des tendances, sans prétendre au caractère de vérité scientifique absolue. Néanmoins, en s'écartant des discours politiques posant inlassablement que la récidive est en constante et inquiétante augmentation, intéressons nous aux chiffres de la récidive, étudiés par des démographes et sociologues spécialistes de la question : A. Kensey et P.-V. Tournier. Il est important dans un premier temps de noter que "*les recherches réalisées sur la 'récidive' n'ont jamais concerné la récidive légale, peu instructive en termes sociologiques*"²⁴². La plus récente de leurs enquêtes nationales concerne un échantillon de libérés de prison entre le 1^{er} mai 1996 et le 30 avril 1997, et ils ont étudié, dans les cinq ans, les taux de nouvelles affaires, avec pour source le fichier national des détenus²⁴³. Ces nouvelles affaires ont été divisées en plusieurs "*niveaux*", en fonction de la gravité de la seconde peine prononcée. Afin de nous rapprocher de ce que pourrait représenter un taux de récidive au sens légal²⁴⁴, nous nous intéresserons au "*niveau 4*", qui correspond au taux de retour sous écrou²⁴⁵, à l'exclusion des niveaux inférieurs²⁴⁶, puisque, comme nous l'avons vu, la privation de liberté est de principe en cas de récidive légale. Ainsi, si le taux global de retour en prison pour cette cohorte est de 41%, ce qui apparaît objectivement élevé, il est intéressant de voir que participent à ce taux un retour en prison de 65% lorsque l'infraction initiale était un vol sans violence, 52% lorsqu'il s'agissait de recel, soit des atteintes aux biens, mais de 13% concernant les homicides volontaires, et 11% concernant les agressions ou atteintes sexuelles sur mineurs, qu'elles soient délictuelles ou

²³⁹ LANDREVILLE P. – *La récidive dans l'évaluation des mesures pénales* – Déviance et société, 1982, vol. 6, n°4, p. 375

²⁴⁰ Selon la démographe A. Kensey, "*le risque de récidive le plus fort réside dans le cumul suivant : avoir un passé judiciaire, ne pas déclarer de profession et être dans les tranches d'âge 'jeunes'*", cf. KENSEY A. – *Prison et récidive* – Armand Colin, coll. Sociétales, 2007, p. 206.

²⁴¹ TOURNIER P.-V., MARY-PORTAS F.-L. - v° *Statistiques pénales (infractions, mesures et sanctions)* - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, n°122.

²⁴² KENSEY A. – *Définir et mesurer la récidive : nécessité d'éclairer le débat* – AJP 2007, p. 393.

²⁴³ KENSEY A. – *Prison et récidive* – *op. cit.*, p. 178.

²⁴⁴ Il est impossible d'étudier ici simplement la récidive légale, puisque si la nature de la première infraction est donnée, celle de la seconde ne l'est pas, seule la peine prononcée correspondant à cette dernière étant connue.

²⁴⁵ Les auteurs incluent sous ce terme et donc dans ce niveau l'emprisonnement ferme et la réclusion criminelle, cf. KENSEY A. – *Prison et récidive* – *op. cit.*, p. 183-184.

²⁴⁶ Ces niveaux incluent incluant le sursis simple et avec mise à l'épreuve, les travaux d'intérêt général, les jour-amende, amendes, confiscations, suspensions, etc., cf. *Ibid.*

criminelles²⁴⁷. Ces chiffres apparaissent bien plus bas que ce que les discours, ciblés sur la récidive des atteintes aux personnes, veulent bien faire entendre, même si nous nous accordons à dire qu'ils ne sont pas négligeables. Le chiffre le plus intéressant qui ressort de cette étude est que la récidive criminelle dans les cinq ans qui suivent la libération se situe, quelle que soit l'infraction initiale, entre 0,5 et 1,5 pour mille. Comment alors expliquer la nécessité d'une loi "*tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle*"²⁴⁸ ?

Ces chiffres sont cependant relativement anciens, et l'on entend parler, autant que de la hauteur du taux de récidive, également de leur constante augmentation. Qu'en est-il ? Il est intéressant à ce titre d'observer les bulletins d'information publiés par InfoStat Justice, le service d'observation statistique du Ministère de la Justice. À l'inverse de l'étude précédemment citée, une approche rétrospective est ici utilisée²⁴⁹. En 2003 (pour 2001)²⁵⁰ et 2006 (pour 2004)²⁵¹, Infostat Justice ne se base pas, lui non plus, sur le taux de récidive légale, afin de permettre "*une approche plus large de la condamnation avec antécédent*"²⁵². Alors, en 2001, il fixe le taux de "*récidive*"²⁵³ à 31,3% pour les délits et 4,7% pour les crimes, et en 2004, à 31% pour les délits et 3% pour les crimes, soit non pas une augmentation mais une diminution de ces chiffres. Il est intéressant de voir qu'en 2001 comme en 2003, l'ensemble des apports législatifs précédemment analysés n'était pas encore de droit positif²⁵⁴. Il est donc difficile de dire que sans ceux-ci, la récidive augmente immanquablement. Quant aux chiffres les plus récents publiés par InfoStat Justice²⁵⁵, ils se basent cette fois-ci sur la distinction entre réitération et récidive et révèlent qu'en 2007, 8% des condamnés pour délits étaient en état de récidive légale, et 3,9% concernant les crimes.

Il faut bien noter que ces chiffres ne sont qu'une tentative d'approche quantitative de la récidive, et que le 'chiffre noir' de la récidive n'est pas connu, notamment parce que les juridictions ne relèvent pas toujours la circonstance aggravante. Par ailleurs, comme le montrent les différences selon les types d'infractions dans la première étude, ces chiffres méritent d'être affinés²⁵⁶. Néanmoins, contrairement à ce que certains disent et ce que tous les autres veulent bien entendre, les chiffres de la récidive ne sont ni en constante augmentation, ni alarmants, et ne nécessitent aucunement une action du législateur par an. Le taux de réitération est quant à lui plus élevé : Infostat Justice le situe pour 2007 à 26,7% pour les délits, soit 3,3 fois plus que le taux récidive légale délictuelle, et si l'on prend les condamnés criminels, 36,5% avaient des antécédents judiciaires, et peuvent donc être considérés comme des réitérant²⁵⁷. Cette prépondérance de la réitération sur la récidive se retrouve également en concernant les mineurs avec, en 2007, selon le site Internet du Sénat, "*un taux de 0,6 % de récidive mais de 55 % de réitération*"²⁵⁸, sans que les critères d'évaluation ne soient néanmoins précisés. Pourquoi donc la réitération, alors que son existence a été consacrée dès le début de l'excitation

²⁴⁷ Pour toutes ces données chiffrées, v. KENSEY A. – *Prison et récidive – op. cit.*, p. 188.

²⁴⁸ Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale

²⁴⁹ Cela signifie que n'est plus ici observé le 'devenir judiciaire' des condamnés après une première condamnation mais le 'passé pénal' des condamnés. Toutefois, des travaux "*ont permis de confronter les résultats obtenus selon les deux approches et de constater leur parfaite cohérence*", cf. RAZAFINDRANOVONA T. – *Les condamnés de 2004 en état de récidive* – Infostat Justice, Bulletin d'information statistique n°88, juillet 2006, p. 4.

²⁵⁰ LECOMTE C., TIMBART O. – *Les condamnés de 2001 en état de récidive* – Infostat Justice, Bulletin d'information statistique n°68, juillet 2003

²⁵¹ RAZAFINDRANOVONA T. – *Les condamnés de 2004 en état de récidive – op. cit.*

²⁵² *Ibid.*, p. 4. Ces statistiques concernent en effet les années 2001 et 2004, c'est-à-dire avant que la notion de réitération soit consacrée en droit positif.

²⁵³ Taux englobant toute personne condamnée ayant déjà été condamnée au cours des cinq années précédentes.

²⁵⁴ À l'exception du suivi socio-judiciaire pour les auteurs d'infractions sexuelles.

²⁵⁵ CARRASCO V., TIMBART O. – *Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération* – Infostat Justice, Bulletin d'information statistique n°108, septembre 2010

²⁵⁶ L'affinement peut et doit s'opérer à la fois par type d'infraction et en fonction de critères sociodémographiques.

²⁵⁷ CARRASCO V., TIMBART O. – *Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération – op. cit.*

²⁵⁸ Dossier législatif relatif à la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, réalisé par le Sénat, consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl06-333.html>

législative concernant la récidive, n'est donc jamais abordée ? Si tant est que le phénomène de répétition de forfaits soit à adresser, il devrait s'agir de se concentrer sur là où il est significatif, c'est-à-dire sur la réitération et non sur la récidive.

II. La loi et l'opinion publique

Si le législateur se concentre sur la récidive, et qui plus est sur la récidive criminelle, et non sur la réitération, c'est en raison d'un phénomène qui touche le droit pénal en général, particulièrement sensible dans le domaine qui nous intéresse, à savoir l'impact sur l'opinion publique des faits divers, romancés par les médias et récupérés par les politiques, et l'écho consécutif dont se font les médias d'une volonté d'intervention législative exprimée par cette même l'opinion publique (A), là encore récupérée par les politiques dans un but démagogique (B). L'opinion publique s'inquiète de la récidive, dont elle ne connaît cependant pas le sens légal, donc on ne parle pas de réitération.

A. Le récidiviste bouc émissaire

"*L'opinion publique n'existe pas*", tel était le titre d'un exposé fait par P. Bourdieu en 1972²⁵⁹. Son but dans celui-ci était de montrer que l'opinion publique ne pouvait être valablement mesurée dans les sondages. Mais en tant que telle, l'opinion publique existe. Elle est peut être même trop présente, ou lui est-il du moins accordé trop d'importance. Une définition en a été donnée par G. Burdeau : il s'agit d'une "*force sociale résultant de la similitude de jugements portés sur certains sujets par une pluralité d'individus qui s'extériorise dans la mesure où elle prend conscience d'elle-même*"²⁶⁰. Les médias ont un double rôle à son égard : ils la façonnent puis la diffusent. Ce double mouvement se retrouve quant à la lutte contre la récidive. En effet, les médias, dans leur rôle, se font l'écho des faits divers les plus tragiques que peuvent commettre des personnes déjà connues de la justice. Tel a été le cas de l'assassinat de Nelly Cremel²⁶¹, ou encore des actes de Francis Evrard²⁶². Et comme si les faits n'étaient pas suffisants en tant que tels, les médias les mettent en scène, les romancent et les dramatisent, au travers d'un "*prisme déformant*"²⁶³ avec peu d'égard pour le droit en vigueur. Ainsi, "*avec ses techniques de narration, son vocabulaire spécifique et stéréotypé, (le fait divers relaté par les médias) joue des résonances affectives et de la logique de l'émotion, puise ses images dans les représentations les plus archaïques et s'appuie notamment sur toutes les formes de représentation monstrueuses et leur bestiaire qui renvoient à une naturalisation du mal*"²⁶⁴. Dès lors, ces faits émeuvent l'opinion publique, qui se soulève, s'indigne et qui a peur : on laisse donc de grands criminels en liberté, on fait preuve envers eux d'un laxisme inacceptable. Nos vies sont en danger. Notre société baigne dans l'insécurité. Qui va nous protéger ?

C'est alors que les politiques récupèrent à la fois les faits et la peur qu'ils ont engendré pour se placer en sauveurs, et désigner du doigt les monstres, car la société contemporaine veut pouvoir nommer un responsable pour le moindre de ses maux. En effet, comme le souligne le rapport Burgelin, la société contemporaine est "*de plus en plus avide de sécurité, et (...) par refus de l'aléa et du risque, se caractérise par la recherche constante d'un coupable, personne physique ou institution, susceptible d'endosser la responsabilité des faits commis*"²⁶⁵. Ici, les responsables de l'insécurité sont les récidivistes, et, dans une moindre mesure, leurs 'complices', les juges. C'est ainsi qu'après l'assassinat de Nelly Cremel, le Ministre de l'Intérieur a demandé au Gardes des Sceaux "*ce qu'il allait advenir du*

²⁵⁹ BOURDIEU P. – *L'opinion publique n'existe pas* – exposé fait à Noroit en janvier 1972, consultable à l'adresse suivante : <http://www.homme-moderne.org/societe/socio/bourdieu/questions/opinionpub.html>

²⁶⁰ BURDEAU G. cité par RIEFFEL R. – *Sociologie des médias* – Ellipses, coll. Infocom, 2005.

²⁶¹ Fait divers invoqué au soutien de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*

²⁶² Fait divers directement à l'origine de la loi 2008-174 du 25 février 2008, *op. cit.*

²⁶³ LARCHER G. – *Passeur d'idées* – Les Annonces de la Seine 2010, n°61, p. 7.

²⁶⁴ CHAUVENET A. – "*Les prisonniers*" : *construction et déconstruction d'une notion* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 41-52, spéc. p. 43.

²⁶⁵ BURGELIN J.-F. – *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive* – Rapport de la Commission santé-justice, 6 juillet 2005, p. 4.

magistrat qui avait osé remettre un monstre pareil en liberté conditionnelle"²⁶⁶. Le récidiviste "qui symbolise à merveille le crime terrifiant et la peur mobilisatrice"²⁶⁷ est ainsi devenu bouc émissaire : celui sur lequel les lois répressives n'ont pas marché, parce qu'il est un monstre, et non pas en raison de défauts intrinsèques à celles-ci, et à ce titre, il ne mérite pas d'être en liberté. Chemin faisant, on aboutit à l'idée que la majorité des criminels sont des récidivistes ou ceux qui, par leur dangerosité, sont des récidivistes en puissance, et qu'en les neutralisant, la criminalité disparaîtra et l'insécurité avec. Comment soutenir cette thèse aux vues des chiffres ci-dessus rapportés ?

L'opinion publique est sensible à ce discours, qui s'articule autour d'un fait divers. C'est alors, que par l'intermédiaire des médias et à l'adresse des politiques, elle communique sa réponse : pour ramener la sécurité, il faut légiférer. En effet, "il semble si facile de légiférer qu'à la moindre gêne, le groupe ou l'individu qui l'éprouve se retourne vers (le législateur) et lui crie qu'il n'y a qu'à faire une loi"²⁶⁸. Qu'est-ce, sinon un diktat de l'opinion publique, voire la "tyrannie de la majorité" dont parlait déjà Tocqueville²⁶⁹ ? Cette dynamique, dangereuse pour le droit et en particulier pour le droit pénal que l'opinion publique voit comme un remède à tout, est du pain béni pour les politiques. Il ne faut pas omettre que par la voie du fait majoritaire, ceux qui tiennent les discours alarmistes sont ceux après qui font les lois. On crée des problèmes et on apporte des solutions : une loi, des lois, autant de lois qu'il y aura de faits divers créant l'illusion d'un besoin en ce sens.

B. La loi potion magique

En 1977, R. Savatier créait l'expression d'"inflation législative"²⁷⁰. Quelques trois ans plus tard, F. Terré parlait de la "crise de la loi"²⁷¹. Le dévoiement pénal existait déjà, malgré les avertissements dès le XIX^e siècle de Portalis qui posait qu'"il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires, elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation"²⁷². Pourtant, "alimentée par un mode de production que Stakhanov ne renierait pas lui-même, l'inflation des normes pénales n'est pas une chimère mais une réalité"²⁷³, de sorte que "depuis 2002, c'est une véritable frénésie sécuritaire qui s'est emparée de nos gouvernants, et qui se déploie dans un empiement de lois venant reformer le droit et la procédure pénale tous les six mois en moyenne"²⁷⁴. Le terme de "frénésie sécuritaire" est ici intéressant car il est la clé de voûte de la législation pénale actuelle. L'objectif de protection de la société permet de justifier à peu près tout, de la nécessité des lois pénales à leur constitutionnalité. Mais encore une fois, y a-t-il véritablement une insécurité insoutenable ? La loi est elle la solution ?

Critiquer l'exploitation des faits divers aboutissant à "un surarmement pénal qui ferait croire aux honnêtes gens que la justice a les moyens de nous prémunir contre tous les risques"²⁷⁵, là où le risque zéro n'existe pas, ne revient pas à dire qu'il ne faut jamais légiférer ou que les faits divers ne

²⁶⁶ Déclaration de N. Sarkozy, à l'époque Ministre de l'Intérieur, rapportée dans PORTELLI S. – *Traité de démagogie appliquée* – Michalon, Collection Régénération, 2006, p. 28.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 15.

²⁶⁸ CARBONNIER J. – *Droit et passion du droit sous la Ve République* – Flammarion, coll. Champs Essais, 1996, p. 111.

²⁶⁹ TOCQUEVILLE (de) A. – *De la démocratie en Amérique I* – Flammarion, coll. GF, 2^e partie, chap. VII p. 348 et s. Ainsi, comme le souligne J.-H. Robert, "L'objet à traiter n'est, apparemment, obscurci par aucune technicité juridique ou scientifique, et tout citoyen quelconque peut se flatter, comme les Américains de Tocqueville, de le comprendre dans tous ses aspects. La réponse législative ne requiert pas non plus une difficile élaboration et elle peut intervenir rapidement", cf. ROBERT J.-H. – *La politique pénale : ressorts et évolutions* – *op. cit.*

²⁷⁰ SAVATIER R. – *L'inflation législative et l'indigestion du corps social* – D 1977, p. 43.

²⁷¹ TERRE F. – *La crise de la loi* – Archives de philosophie du droit 1980, t. 25, p. 17

²⁷² PORTALIS J.-E.-M. – *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* – 1801, consultable à l'adresse : http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf

²⁷³ DEBOVE F. – *op. cit.*

²⁷⁴ MUCHIELLI L. – *Introduction* – in MUCHIELLI L. (dir.), *La frénésie sécuritaire, retour à l'ordre et nouveau contrôle social* – La Découverte, coll. Sur le Vif, 2008, p. 5-17, spéc. p. 10.

²⁷⁵ DANET J. – *Cinq ans de frénésie pénale* – in MUCHIELLI L. (dir.), *La frénésie sécuritaire, retour à l'ordre et nouveau contrôle social* – *op. cit.*, p. 20-29, spéc. p. 26.

sont jamais un bon tremplin. En droit pénal de fond comme en procédure, des faits divers ont pu être à l'origine de réformes importantes, sinon nécessaires. C'est ainsi que l'affaire Le Bonniec, auteur du livre *Suicide, Mode d'Emploi* a abouti à la loi du 31 décembre 1987²⁷⁶ et à la création des infractions de provocation au suicide et de publicité et propagande en faveur de moyens de se donner la mort, venant protéger les plus vulnérables contre une immixtion des tiers entre eux et leur propre vie (art. 223-13 et s. c. pén.). C'est, indirectement, par un fait divers également, l'affaire Omar Raddad, que l'on a finalement accepté un appel des arrêts de cour d'assises et ainsi consacré un double degré de juridiction là où son absence était une véritable lacune processuelle²⁷⁷ (art. 380-1 et s. c. pr. pén.). L'affaire Vincent Humbert a abouti à la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie²⁷⁸, qui, si elle a déçu les partisans de la dépenalisation de l'euthanasie active, a néanmoins le mérite d'exister. S'il peut être regrettable qu'il faille attendre que des scandales médiatiques révèlent des lacunes du droit pour agir, cela ne doit pas pour autant être un frein à l'action. Comme l'écrit F. Debove, *"sans doute l'inconstance est elle même préférable à l'immobilisme (...) mais il faut savoir distinguer les changements nécessaires des réformes inutilement conflictuelles ou débattues avec une hâte ou une fébrilité excessive"*²⁷⁹. Cependant, concernant la récidive, il semble que nous soyons plutôt dans la seconde hypothèse. En effet, tous les faits divers récents ont donné naissance à une loi, tous étaient cités expressément dans les motifs de ces lois de circonstances ou les communiqués de presse les accompagnant. De manière significative G. Fenech déclara à l'Assemblée Nationale à propos de la loi du 25 février 2008 : *"Oui, c'est une loi de circonstance ! C'est une loi pour les disparues de l'Yonne pour Delphine, pour Céline, pour les victimes de Fourniret (...) et nous l'assumons pleinement !"*²⁸⁰. Mais y avait-il véritablement lacune, comme celles révélées par les affaires Le Bonniec, Raddad, Humbert ? Il semble que non, aux vues des chiffres, d'une part, et des dispositions déjà en vigueur d'autre part. Une réflexion d'ensemble et profonde avait été menée lors de *"l'adaptation de la justice aux nouvelles formes de criminalité"*, elle a amené à un nombre incalculable de réformes²⁸¹. Les dispositions concernant la récidive n'avaient presque pas été modifiées. Est-il possible de penser que le législateur de 2004 était, simplement, passé à coté d'un besoin si grand qu'il méritait que quatre lois soient prises en cinq ans ? Répondre positivement serait lui porter bien peu de crédit²⁸². En tout état de cause, ce qui est sur, c'est qu'il n'y avait pas urgence. Or, pour l'adoption des lois de 2007, 2008, 2010, ainsi que la loi pénitentiaire de 2009, la procédure parlementaire d'urgence²⁸³ a été utilisée. En d'autres termes, les lois n'ont été examinées qu'une fois par chaque chambre avant que la Commission mixte paritaire soit réunie. Pourtant, *"aussi dramatique que soit un fait divers, il ne saurait justifier, à lui seul, la mise en œuvre de la procédure d'urgence, sauf à banaliser celle-ci"*²⁸⁴. Pourquoi donc y recourir ? Comme le souligne G. Carcassonne *"le Gouvernement utilise la procédure d'urgence pour montrer sa détermination, c'est souvent de la pure communication"*²⁸⁵. Nous y sommes donc : la loi est devenue un instrument de communication. Cette idée est corroborée par A. Giudicelli qui relève que *"la société hypermoderne, soumise à l'urgence, marquée par l'individualisme et l'éphémère, est aussi consommatrice de règles pénales dont l'objet n'est parfois que de répondre à des besoins ponctuels ou à des demandes de circonstances : 'droit pénal magique', 'rite incantatoire', 'instrument de politique*

²⁷⁶ Loi n°87-1133 du 31 décembre 1987 tendant à réprimer la provocation au suicide

²⁷⁷ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 81.

²⁷⁸ Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

²⁷⁹ DEBOVE F. – *L'overdose législative* – RDP 2004, n°10, étude 12.

²⁸⁰ Assemblée Nationale, 3^e séance du 8 janvier 2008, cité par MUCHIELLI L. – *Introduction* – *op. cit.*, p. 10.

²⁸¹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*, comportant 224 articles.

²⁸² PORTELLI S. – *op. cit.*, p. 102.

²⁸³ Procédure rebaptisée depuis le 1^{er} mars 2009 en procédure accélérée.

²⁸⁴ LAZERGES C. – *op. cit.*

²⁸⁵ CHASTAND J.-B. – *Assemblée : le gouvernement abuse-t-il de la procédure d'urgence ?* – lemonde.fr, 4 mars 2009, consultable à l'adresse suivante : http://www.lemonde.fr/politique/article/2009/03/04/assemblee-le-gouvernement-abuse-t-il-de-la-procedure-d-urgence_1163251_823448.html

spectacle', les expressions ne manquent pas pour désigner la fonction de communication que peut remplir à notre époque la norme pénale²⁸⁶.

C. Lazerges faisait ainsi ce constat que la loi pénale, censée être "pédagogique, expressive et répressive"²⁸⁷, s'était vue accoler une nouvelle fonction, fonction déclarative, fonctionnant par "effets d'annonce"²⁸⁸, et par la même une fonction sédative qui "naitrait de la pression sociale de tel ou tel groupe de victimes, directes ou non, voyant dans l'édiction de nouvelles normes (...), inappliquées ou inapplicables, la solution à leurs problèmes"²⁸⁹. On ne peut pas, à proprement parler, envisager les lois contre la récidive comme des lois purement déclaratives car elles ne sont pas, à l'inverse de la loi récente visant à "inscrire" l'inceste dans le code pénal²⁹⁰, sans effet sur le droit positif²⁹¹. Cependant, la fonction sédative de la loi existe tout autant, puisqu'elle rassure l'opinion publique, et la visée communicationnelle est évidente : elle permet ainsi aux politiques "d'afficher leur détermination et de montrer qu'ils agissent"²⁹², et qu'ils agissent vite, car l'opinion publique, aussi vite émue que désintéressée, ne supporte pas d'attendre. Or certaines solutions peuvent nécessiter plus temps que la durée d'un mandat politique.

Il ne faut toucher aux lois qu'avec une main tremblante disait Montesquieu²⁹³. C'est aujourd'hui plutôt l'édifice législatif qui tremble, par effet de trop-plein et de trop vite. Ainsi, on aboutit à un droit mouvant, que même les juridictions ont du mal à appliquer et qui n'a pas le temps d'être éprouvé avant qu'une nouvelle strate soit ajoutée. C'est également pour cela que les interventions sont concentrés sur la récidive, voire la récidive criminelle, spectaculaire et médiatique, alors que le phénomène découle principalement de la délinquance ordinaire, voire de la réitération. Mais qu'importe, l'opinion publique est satisfaite. Jusqu'à la survenance d'un nouveau fait divers...²⁹⁴

*
* *

Chapitre 2 – Des lois inefficaces et impraticables

Ces critiques de forme appellent des critiques de fond. La multiplication des lois et leurs liens étroits avec l'opinion publique et les faits divers, plus qu'avec la réalité du phénomène, ne seraient pas si critiquables si elles avaient une véritable efficacité. Mais il s'avère que dans les deux pôles que sont la répression et la prévention, cette efficacité est mise en doute. Tout dépend cependant du résultat recherché. Si l'on cherche à rétribuer les récidivistes et neutraliser ceux qui risquent de le devenir pour mettre *un temps* la société à l'abri de ces personnes identifiées, "tout va pour le mieux dans le meilleur

²⁸⁶ GIUDICELLI A. – *Le principe de la légalité en droit pénal français, aspects légistiques et jurisprudentiels* – RSC 2007, p. 509.

²⁸⁷ LAZERGES C. – *De la fonction déclarative de la loi pénale* – RSC 2004, p. 194.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Loi n° 2010-121 du 8 février 2010, *op. cit.*

²⁹¹ Une portée purement déclarative peut néanmoins être relevée concernant l'instauration de la rétention de sureté par la loi du 25 février 2008 car l'opinion publique a été satisfaite à 80% selon un sondage IFOP réalisé pour lefigaro.fr, malgré le recul qu'il est nécessaire de garder vis-à-vis des sondages, bien que celle-ci ne commencera à s'appliquer, hormis lorsqu'elle est déclarée en sanction du non respect des obligations de la surveillance de sureté, qu'aux alentours de 2023. Ce sondage est consultable à l'adresse suivante : <http://lci.tf1.fr/france/justice/2008-02/francais-tres-largement-accord-loi-4867913.html>

²⁹² MUCHIELLI L. – *Introduction* – *op. cit.*, p. 10.

²⁹³ MONTESQUIEU – *Lettres persanes (1721)* – Le Livre de Poche, coll. Les Classiques de Poche, 2006, lettre CXXIX.

²⁹⁴ Pour illustration, v. la proposition de loi n° 3102 visant à lutter contre la récidive, déposée par GERARD B. à l'Assemblée Nationale le 13 janvier 2011, dont l'exposé des motifs s'ouvre sur les mots suivants : "Des drames récents qui ont marqué les esprits ont soulevé une nouvelle fois le problème de la récidive (...)". De même, l'affaire Laëtitia Perrais a donné lieu à l'ouverture d'une mission de préfiguration pour la création d'un nouvel "office opérationnel de suivi des délinquants sexuels ou violents" (février 2011).

des mondes", comme le disait Leibniz, fustigé par Voltaire à travers la bouche de Pangloss, dans son ouvrage *Candide, ou de l'optimisme* (sic)²⁹⁵. Et que l'on continue à faire des lois. En revanche, si l'objectif est de résorber la récidive de l'intérieur, au lieu de simplement retirer aux individus la capacité *matérielle* de le faire, ce qui paraît être l'objectif, peut être plus long à atteindre, mais désirable et durable, les voies choisies ne sont pas les bonnes, en ce qu'elles ont été remises en causes, tant en ce qui concerne la répression (I) que la prévention (II).

I. Punir : la sévérité désavouée, la dissuasion discutée

"Notre pays n'est certes pas le premier à avoir expérimenté l'aggravation de la sévérité des peines. Les États-Unis nous ont devancés depuis déjà longtemps. Cette politique s'est traduite par une bien connue augmentation explosive de la population carcérale sans amélioration aucune de la criminalité et de la récidive comme d'ailleurs dans l'ensemble des pays ayant recouru à de tels systèmes" note M. Herzog-Evans²⁹⁶. En effet, la sévérité renforcée appliquée aux récidivistes que nous avons pu étudier dans les développements précédents s'avère inefficace en termes de lutte effective contre le phénomène qu'elle vise, tant à l'égard des récidivistes qui la subissent effectivement et en sortent punis certes, mais inchangés (A) qu'à celui des primo-infracteurs, que la menace d'une seconde peine plus dure est censée dissuader (B).

A. L'échec de la sévérité

La question qui se pose ici est celle de savoir si l'augmentation de la sévérité concernant la répression des récidivistes telle qu'elle a été constatée peut avoir un effet positif sur l'évitement d'une éventuelle nouvelle récidive, en d'autres termes, s'il y a une réelle efficacité au doublement des peines, ou si les seuls objectifs servis par celle-ci sont ceux d'une plus grande rétribution et, par effet de rebond, d'une plus longue neutralisation. Il est à noter qu'en vertu de l'article 132-24, alinéa 2, du code pénal, tel qu'issu de la loi du 12 décembre 2005²⁹⁷, le choix de la peine, même lorsqu'elle est prononcée à l'encontre d'un récidiviste, doit "*favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions*". Or, la peine de principe, quasi automatique, concernant les récidivistes, est la prison, ce que rappelle le dernier alinéa de ce même article dans sa rédaction issue de la loi pénitentiaire²⁹⁸. La prison favorise donc-t-elle la réinsertion du récidiviste et la prévention de la multi-récidive ?

Tout a été dit sur l'effet des prisons, le pire comme le meilleur, de sorte que "*les plus pessimistes diront en ce sens que la prison est l'école de la délinquance, de la récidive, ou l'école de rien ; les plus optimistes, dans l'héritage philanthropique, y verront un possible lieu d'insertion, de réinsertion, de réflexion, de correction, voire avec des perspectives plus moralistes, d'expiation et de rédemption*"²⁹⁹. Les deux thèses se comprennent et sont soutenues par l'affirmation d'arguments empiriques. La prison serait donc l'école du crime parce que "*the barren, inhumane and psychologically destructive nature of prisonisation makes offenders more likely to recidivate upon release*"³⁰⁰, d'autant plus qu'une exposition incessante à des comportements antisociaux entretiendrait le détenu dans sa propre vision des rapports sociaux comme violents et dénués de respect, basés sur des rapports de force, s'opposant à l'autorité, et l'interaction constante avec d'autres criminels favoriserait la naissance, dans l'enceinte de la prison même, de nouveaux réseaux ou contacts criminels³⁰¹. Alternativement, selon la thèse inverse, la prison serait la voie royale vers la rédemption car, en quelques sortes, en ayant le temps de réfléchir à leur faute, leurs conséquences, les détenus

²⁹⁵ VOLTAIRE – *Candide ou de l'optimisme* (1759) – Gallimard, Collection Folio Classique, 1999

²⁹⁶ HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – *op. cit.*

²⁹⁷ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 4.

²⁹⁸ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 65.

²⁹⁹ MILLY B. – *La prison, école de quoi ? Un regard sociologique* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 135-147, spéc. p. 135

³⁰⁰ GENDREAU P., GOGGIN C., CULLEN F. – *The effect of prison sentences on recidivism* – User Report 1999-3, Ottawa, Solicitor General, Canada, 1999.

³⁰¹ Cette position est notamment soutenue par FOUCAULT M. – *Dits et Écrits II (1976-1988)* – Gallimard, coll. Quatro, 2001, p. 457.

seraient amener à les regretter, voire à se repentir, durant ce processus de pénitence³⁰². Ne parle-t-on pas de centre *pénitentiaire* ? Cependant, ces affirmations empiriques et par là même quelque peu péremptives sont-elles confirmées ?

Selon l'étude de P. Gendreau, C. Goggin et F. Cullen³⁰³, aucune de ces thèses n'est juste. Ces derniers ont en effet réalisé une méta-analyse³⁰⁴ de cinquante études datées de 1958 au milieu des années 1990, concernant en tout 336 052 personnes, en ont dressé des statistiques selon un certain nombre de critères, et en concluent que "*we can put forth one conclusion with a good deal of confidence : none of the analysis conducted produced any evidence that prison sentences reduce recidivism*"³⁰⁵. Elle n'est pas pour eux cependant non plus, en soi, l'école du crime, puisque les taux de récidive sont sensiblement identiques lorsque l'on compare ceux relatifs aux individus qui ont été incarcérés et ceux des personnes ayant subi une peine alternative, pendant une durée équivalente³⁰⁶. Toutefois, les auteurs notent ensuite que "*more time served (is) positively correlated with higher recidivism rates*"³⁰⁷, avec, comparant sur 68 248 personnes, ceux qui ont passé douze ou trente mois en prison, un taux de récidive 21% plus élevé pour les seconds. Ca n'est donc pas, selon eux, la prison en soi, mais le temps qui y est passé, c'est-à-dire plus ou moins de sévérité, qui peut avoir un effet négatif sur la récidive.

Aux vues de cette étude complexe, qui, si elle date de 1999 et a été publiée au Canada, prenant majoritairement pour base des études américaines, reste l'étude de référence, citée en France par les auteurs spécialistes de la récidive³⁰⁸, nous pouvons donc dire que les lois récentes qui ont augmenté la sévérité de la répression à l'égard des récidivistes sont inefficaces pour la combattre, voire ont un effet pervers. L'établissement des peines plancher n'a pas augmenté la certitude de la répression : l'effet était bel est bien de voir des sanctions plus sévères prononcées, c'est-à-dire des peines d'emprisonnement plus longues, car rien dans cette loi ne modifie la manière dont les récidivistes sont appréhendés, arrêtés, ou n'assure que la circonstance aggravante sera relevée. Nous nous retrouvons donc avec des récidivistes enfermés plus longtemps, sans que cela ait un effet positif sur l'amointrissement d'une récidive postérieure à leur sortie, mais avec un effet négatif certain sur le budget de la Justice et les finances publiques. En effet, il faut rappeler qu'un détenu coûte environ 56 euros par jour à l'État³⁰⁹. Multiplier par deux le temps des peines encourues, c'est donc multiplier d'autant les potentiels frais totaux, auxquels s'ajoutent ceux engendrés par la construction de prisons, réponse à la surpopulation carcérale engendrée par un trop-plein de pénalité³¹⁰. Ne serait-il pas opportun d'envisager un investissement de ces sommes dans le but d'agir contre la récidive de l'intérieur ? En d'autres termes, nous voici, à ce niveau de notre étude, avec l'équation suivante : les récidivistes sont plus punis, cette peine aggravée coûte de l'argent, les récidivistes plus punis sont, il est vrai, privés de la capacité de récidiver pendant le temps durant lequel ils sont enfermés, mais "*pourtant, aussi sévère soit elle, il faut bien garder à l'esprit que cette peine aura néanmoins toujours une fin et que le condamné retrouvera*

³⁰² Déjà Aristote posait que "*le châtement est une sorte de cure*", cf. ARISTOTE – *Éthique à Nicomaque* – Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, trad. TRICOT J., 11^e tirage, 1997, 1104b17, p. 95.

³⁰³ GENDREAU P., GOGGIN C., CULLEN F. – *op. cit.*

³⁰⁴ "Méthode mathématique d'analyse quantitative et systématique des effets mesurés dans l'ensemble des études relatives à une question", cf. ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 36.

³⁰⁵ GENDREAU P., GOGGIN C., CULLEN F. – *op. cit.*

³⁰⁶ Le taux de récidive est très faiblement supérieur pour les personnes effectivement incarcérées, mais cette différence est neutralisée par l'écart-type donné dans l'étude. Ces données ont été confirmées par les études suivantes : KERSHAW C., GOODMAN J., WHITE S. – *Reconviction of Offenders Sentenced or Released from prison in 1995* – London, Home Office, Research Finding, n°101, 1999 et GENDREAU P., GOGGIN C., SMITH P. – *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism : general effects and individual differences* - User Report 2002-01, Ottawa, Solicitor General, Canada, 2002.

³⁰⁷ GENDREAU P., GOGGIN C., CULLEN F. – *op. cit.*

³⁰⁸ ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 37 ; HERZOG-EVANS M. – *v° Récidive* - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, n°37.

³⁰⁹ Chiffre donné pour 2006, cf. PORTELLI S. – *op. cit.*, p. 76.

³¹⁰ Selon S. Portelli, "*la construction de nouvelles places de prison en maison d'arrêt coûte 106 400 euros par place*", cf. *Ibid.*

à un moment ou à un autre sa liberté"³¹¹, sans que la prison l'ait privé de l'envie ou ait agit sur les causes qui l'ont amené à récidiver. Peut on tout miser sur les mesures de sûreté postérieures à la libération, et notamment sur l'injonction de soins ? Il est permis d'en douter, pour les raisons que nous verrons par la suite³¹². Il semble donc qu'il faille réduire les peines encourues et prononcées contre les récidivistes, car la sévérité contribue finalement à servir des velléités vindicatives primaires, sur fond d'anxiété, qu'elle détourne des fonds qui pourraient être autrement et mieux utilisés, participe indéniablement de l'inflation carcérale, et, qu'au final, elle concourt à mettre en danger la société. En d'autres termes, il est compréhensible que le législateur veuille punir plus ceux qui manifestent une hostilité répétée aux valeurs qu'il entend protéger, mais cela ne doit pas se faire au détriment d'une véritable recherche d'efficacité.

B. Les limites de la dissuasion

Envisager la dissuasion n'est plus cette fois se placer du point de vue des récidivistes eux-mêmes, mais des personnes ayant déjà subi une première condamnation. Dès lors, annoncer que la récidive sera plus sévèrement punie c'est annoncer aux primo-infracteur que *s'ils* récidivent, *ils* seront plus sévèrement punis, "*signal fort*"³¹³ qui devrait les en dissuader. Qu'en est-il en réalité ? Là encore, le postulat se base sur un erreur, l'existence de la récidive, alors même que les peines sont doublées, en atteste. En effet, de nombreuses études ont démontré que si la peine avait éventuellement une portée dissuasive, celle-ci ne tenait pas à sa sévérité, mais à sa certitude³¹⁴ et, accessoirement, sa célérité³¹⁵. Comme le souligne M. Herzog-Evans, "*l'agent sur le point de commettre son infraction ne se détermine en effet pas le plus souvent en termes de coût de celle-ci*", et ajoute que "*celui qui agit néanmoins sur la base d'un calcul n'intègre pas la lourdeur de la sanction dans celui-ci, mais seulement sa certitude*"³¹⁶. En d'autres termes, un *quantum* plus élevé n'a pas d'effet dissuasif sur un éventuel passage à l'acte, de sorte que l'hypothèse annoncée plus haut selon laquelle il faudrait réduire les peines encourues par les récidivistes ne semble pas trouver ici un obstacle. À titre illustratif, il est intéressant de citer l'étude de P.-V. Tournier concernant l'instauration des peines planchers qui pose trois scénarii possibles d'impact sur la population carcérale³¹⁷ : un effet déflationniste *si* le prononcé de peines plus sévères était dissuasif, un effet inflationniste à l'inverse, et un effet de statu quo, l'auteur penchant pour la seconde hypothèse³¹⁸, annonçant que "*la population pénale pourrait s'accroître d'un peu plus de 10 000 détenus*"³¹⁹ par l'effet combiné des nouveaux seuils et de l'absence de force dissuasive de ceux-ci. Cet absence d'effet dissuasif ne semble toutefois pas être comprise par les parlementaires, pour qui le scénario inflationniste, s'il se réalise, serait dû au fait que les planchers ne sont pas assez dissuasifs³²⁰, amenant alors le cas échéant à rehausser ces seuils, et non pas à celui qu'ils ne peuvent par l'être. Ainsi, de manière un peu schématique, J.-H. Robert énonce qu'"entre trente ans de réclusion criminelle et une réclusion criminelle à perpétuité, même incompressibles, les candidats

³¹¹ JANAS M. – *Le juge de l'application des peines : un acteur essentiel pour lutter contre la récidive* – AJP 2005, p. 347

³¹² V. *infra*, p. 53 et s.

³¹³ CLEMENT P. – *Mieux prévenir la récidive* – *op. cit.*

³¹⁴ CUSSON M. – *Pourquoi punir ?* – RSC 2006, p. 899. M. Herzog-Evans affirme également concernant la peine qu'"il est notoire depuis Beccaria (...) seule produit des effets la certitude de celle-ci", cf. HERZOG-EVANS M. – v° *Récidive* – *op. cit.*, n°37.

³¹⁵ Le rapport Zochetto affirme en effet que "*la rapidité de la sanction est un élément déterminant pour combattre le sentiment d'impunité*", cf. ZOCHETTO F. – *op. cit.*, p. 28. R. Gassin émet cependant des réserves sur ce point, cf. GASSIN R. – *Criminologie* – Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2007, n°774.

³¹⁶ HERZOG-EVANS M. – v° *Récidive* – *op. cit.*, n°37.

³¹⁷ TOURNIER P.-V. – *Des délits... et des peines plancher, un projet de loi déflationniste en matière carcérale ?* – Centre d'histoire sociale du XX^e siècle, Groupe d'étude de la récidive en Europe, Université Paris I, 2007, cité notamment par PRADEL J. – *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes* – D 2007 p. 2247.

³¹⁸ HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – *op. cit.*

³¹⁹ TOURNIER P.-V. – *op. cit.*

³²⁰ GEOFFROY G. – *op. cit.*, p. 29.

au crime ne voient pas la différence", et ajoute que "les citoyens s'en satisfont, ce qui prouve que, comme dans l'Antiquité et malgré les Lumières, la répression pénale garde son caractère vindicatif et sacrificiel"³²¹. On y revient.

Une autre limite à la dissuasion par l'augmentation de la sévérité est qu'il faut également tenir compte "du degré de connaissance par les citoyens du contenu de la loi pénale et de son application"³²². Ainsi, "la fiction juridique selon laquelle 'nul n'est censé ignorer la loi' n'a pas cours empiriquement et la multiplication des lois pénales contemporaines ne peut qu'accroître le degré d'ignorance des justiciables"³²³. Or, s'il est déjà difficile de penser que les individus connaissent le système complexe qu'est celui de la récidive légale, et ses conséquences en termes de peines, comment espérer qu'ils comprennent les réformes apportées à celui-ci ?

"Comme chacun sait, le délinquant ordinaire est abonné au Journal Officiel dont il suit passionnément les évolutions notamment dans la rubrique 'législation criminelle'" souligne ironiquement S. Portelli³²⁴. "On sait aussi que les moins assidus d'entre eux achètent chaque année les versions successives du Code pénal et qu'ils suivent pas à pas, ligne à ligne, mot à mot les modulations permanentes de la loi que les magistrats, eux, ont perdues de vue depuis longtemps" continue-t-il, de sorte qu' "on imagine rétrospectivement l'effroi de tous les délinquants hésitant, l'arme dans une main, l'article modificatif du Code pénal dans l'autre"³²⁵. En effet, si la publicité des lois nouvelles au Journal Officiel a pour fonction de porter la loi à la connaissance de tous, afin qu'elle soit accessible, conformément au principe de légalité, cet impératif de publicité formelle ne correspond pas forcément à une connaissance réelle, de sorte que même s'il existait une dissuasion par l'effet de lois plus sévères, celle-ci serait en pratique entravée. Effectivement, nous l'avons dit, les médias se font l'écho des réformes prises, de manière peut être plus audible que le Journal Officiel. Mais ils le font de manière simplifiée et parcellaire, voire parfois erronée, de sorte que si par ce biais on peut éventuellement, à l'instar des politiques, parler de "messages forts"³²⁶, ce ne sont pas des messages clairs, pas plus que des messages efficaces, "si ce n'est, sans doute, sur un plan purement électoral"³²⁷.

II. Prévenir : écueils théoriques et pratiques

Comme nous l'avons démontré, la prévention est devenu l'axe majeur de la lutte contre la récidive contemporaine. On recherche la dangerosité, on la surveille, on la soigne. Cette tendance n'est pas sans rencontrer des limites, autant théoriques (A) que pratiques (B).

A. Limites théoriques à l'objectif de prévention

Dans la mesure où l'essence originelle du droit pénal est de sanctionner par des peines des atteintes aux valeurs sociales protégées, identifiées *a contrario* par des formules d'incriminations qui forment autant d'infractions, l'existence même de mesures de sûreté, basées sur "la dangerosité présumée d'un auteur virtuel d'infractions éventuelles"³²⁸ semble singulière. Certes, aussi marqué qu'il soit, le caractère *ante delictum* est compensé par un aspect *post delictum* puisque le prononcé d'une mesure de sûreté intervient en toute hypothèse après la commission d'une infraction. À ce titre, le Pr. Y. Mayaud parle justement de "technique d'adossement à l'infraction"³²⁹. Par ailleurs, l'existence de ces dernières est due à la volonté de protéger la société, là où "l'ordre public et la sécurité des

³²¹ ROBERT J.-H. – *La politique pénale : ressorts et évolutions* – Pouvoirs 2009, La pénalisation, n° 128, p. 103

³²² GASSIN R. – *op. cit.*, n°775.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ PORTELLI S. – *op. cit.*, p. 39.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – *op. cit.*

³²⁸ BADINTER R. – *Le retour de l'homme dangereux* – *nouvelobs.com*, 31 janvier 2008, cité par FIECHTER-BOULVARD F. – *op. cit.*, p. 290.

³²⁹ MAYAUD Y. – *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008* – *op. cit.*

personnes (...) sont nécessaires à la sauvegarde des droits de valeur constitutionnelle³³⁰. Néanmoins, il semble qu'il faille faire preuve de prudence et de retenue lorsque l'on "quitt(e) la réalité des faits pour la plasticité des hypothèses"³³¹, car "si pas peur des crimes, on confisque la liberté, où sera le gain ?"³³². À l'heure actuelle, il nous semble que prudence et retenue ne soient pas les axes pris par le législateur, qui multiplie les mesures de sûreté, les empile, les entasse, et il nous apparaît que le train législatif en ce sens soit déjà allé trop loin. Cet appel à la raison mis à part, et sur lequel nous reviendrons³³³, la prévention telle qu'elle est aujourd'hui réalisée soulève plusieurs interrogations, qui revèlent autant de limites théoriques au système.

La première est la plus importante, car elle revient à remettre en cause, ou du moins mettre à l'épreuve la "pierre angulaire"³³⁴ des mesures de sûreté, à savoir la notion de dangerosité criminologique, qui n'est pas sans rappeler la notion d'"état dangereux" des positivistes³³⁵. En effet, pour mémoire, il faut bien voir que "la notion de dangerosité occupe à l'heure actuelle un rôle prépondérant en matière de justice pénale au point de constituer l'un des critères sur lesquels les magistrats, voire les autorités administratives, fondent leurs décisions portant sur la privation de liberté"³³⁶ ou du moins sur son amoindrissement perdurant après la sortie de prison. Dès lors, une phrase en introduction du rapport Garraud, nous interpelle : "en dépit des auditions et des recherches qu'elle implique, une mission parlementaire n'est pas en mesure (...) de définir de manière consensuelle, des critères ou des indices de dangerosité qui auraient été consacrés par la pratique des experts ou des juridictions"³³⁷, de sorte que le rapport pourtant intitulé "Réponses à la dangerosité", qui a inspiré les divers lois récentes, envisage les notions "de manière simple et relativement empirique"³³⁸, ce qui nous semble problématique. Comment en effet trouver des réponses efficaces et cohérentes contre un phénomène que l'on a du mal à saisir ? Et c'est là tout le problème de la notion, qui se décline sur deux niveaux.

D'une part, la dangerosité est un critère d'application des textes, mais elle n'est jamais définie par ceux-ci³³⁹. Il est vrai que puisqu'elle concerne des mesures de sûreté, le principe de légalité ne s'applique pas et par conséquent, le reproche ne peut se développer à un niveau constitutionnel³⁴⁰. Ce reproche pourrait néanmoins être développé à un niveau conventionnel, du moins pour la rétention de

³³⁰ Décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005, cons. 17. Il est d'ailleurs intéressant de noter que cette affirmation a été faite dans le cadre d'une mesure de sûreté établie dans le cadre de la lutte contre la récidive : "Considérant, en premier lieu, que ce placement (sous surveillance électronique mobile) a pour objet de prévenir une récidive dont le risque est élevé ; qu'il tend ainsi à garantir l'ordre public et la sécurité des personnes, qui sont nécessaires à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle"

³³¹ BADINTER R., cité par LAZERGES C. – *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel* – op. cit.

³³² SALEILLES R. – *L'histoire de la peine et l'individualisation de la peine* – in OTTENHOF R. (dir.), *L'individualisation de la peine, de Saleilles à aujourd'hui* – Ères, coll. Criminologie et Sciences de l'Homme, 2001, p. 89, cité par FIECHTER-BOULVARD F. – op. cit., p. 283.

³³³ V. *infra*, p. 70 et s.

³³⁴ FIECHTER-BOULVARD F. – op. cit., p. 269.

³³⁵ Cette notion est attribuée à R. Garofalo, disciple de C. Lombroso, lui-même père du positivisme criminologique, cf. FIECHTER-BOULVARD F. – op. cit., p. 271.

³³⁶ BURGELIN J.-F. – op. cit., p. 9.

³³⁷ GARRAUD J.-P. – op. cit., p. 20.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ Concernant la rétention de sûreté "le texte a beau enrichir la formulation de déterminants à consonnance objective, cela ne change rien à l'affaire", cf. FIECHTER-BOULVARD F. – op. cit., p. 269.

³⁴⁰ Dans sa décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, op. cit., le Conseil constitutionnel réaffirme le principe selon lequel l'art. 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne s'applique "qu'aux peines et sanctions ayant le caractère d'une punition" (cons. 8). Il est vrai que dans cette décision, les Sages de la rue Montpensier ont décidé de neutraliser en partie ce principe en écartant l'application immédiate de la mesure (cons. 10). Il n'en demeure pas moins que, hormis cette exception, l'art. 8 ne trouve pas à s'appliquer aux mesures de sûreté, et que "dès lors, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants" (cons. 9). Ainsi, il ne peut être critiqué sur le fondement de cet article l'absence de définition de la notion de dangerosité.

sûreté, bien que tel n'ait pas –encore- été le cas³⁴¹. Mais le problème n'en reste pas moins entier : appliquer des mesures restrictives ou privatives de liberté sur la base d'un état donné mais non légalement défini ne peut qu'être critiquable.

Néanmoins le concept est de droit positif, et est donc utilisé. Et de là se dessine le second niveau du problème : celui de l'évaluation, laissée, "*hors du champ pénal*"³⁴², entre les mains des experts³⁴³. Seulement, pas plus qu'elle n'a de définition légale, la dangerosité au sens criminologique n'a pas de définition scientifique, en ce qu'elle n'a pas "*un ensemble de caractères qui appartiennent aux objets de cette classe et à eux seuls et qui permettent de les distinguer de tous les autres*"³⁴⁴. Nous savons que l'individu présente un état de dangerosité s'il risque de commettre une nouvelle infraction, mais nous n'en savons pas plus. Par conséquent, faute de critères, il apparaît difficile, même pour des 'experts', dont la Fédération Française de Psychiatrie (FFP) souligne par ailleurs une absence de formation spécifique sur le sujet³⁴⁵, de savoir comment un individu, peut, ou non, être dans cet état. Ainsi, puisque "*le contenu de la notion ne peut être qu'approximatif et surtout relatif*"³⁴⁶, les évaluations sont empiriques et de là "*nécessairement subjectives*"³⁴⁷. Est-ce acceptable lorsque l'on en connaît les conséquences ? Il est à noter que des méthodes d'évaluation de la dangerosité ont été développées à l'étranger, à savoir la méthode clinique, basée sur le seul jugement du praticien, et la méthode actuarielle, qui consiste en une appréciation algorithmique sur la base d'une série de variables, mais ni l'une ni l'autre n'est pleinement satisfaisante³⁴⁸, et elles ne sont pas, à l'heure actuelle, appliquées en France. C'est donc non guidés que les experts doivent aujourd'hui appréhender la dangerosité, de sorte que la FFP décrit un "*apparent désintérêt du législateur sur le contenu, le fond de l'expertise, alors que parallèlement leur nombre ne cesse de s'accroître*"³⁴⁹. Par conséquent, il a été relevé une tendance compréhensible, mais non moins désastreuse en termes de libertés, à pêcher par excès et déclarer la dangerosité en cas de doute, alors qu'en matière pénale, le doute profite à l'accusé³⁵⁰, plutôt que de risquer de se tromper, et d'éventuellement engager sa responsabilité. Peut-il, de toutes façons, y avoir certitude en la matière ? "*Seul le mouvement positiviste de la fin du XIX^e siècle, déterministe par essence, s'est risqué à fonder des mesures privatives de liberté sur la*

³⁴¹ En effet, selon la CEDH, "*La notion de 'peine' contenue à l'article 7 possède une portée autonome. Pour rendre efficace la protection offerte par l'article 7, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une 'peine' au sens de cette clause*", cf. CEDH, 5^e sect., *M. c/ Allemagne*, req. n°19359/04, 17 décembre 2009, §. 120. Ainsi, elle a retenu, pour la détention de sûreté allemande, la qualification de peine (§.133). Or, dès lors qu'il s'agit d'une peine, le principe de légalité s'applique, et l'absence de définition textuelle de la notion de dangerosité pourrait être soulevée.

³⁴² FIECHTER-BOULVARD F. – *op. cit.*, p. 271.

³⁴³ Ou par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté pour la rétention de sûreté, mais, selon M. Herzog-Evans, cela ne change rien au problème, cf. HERZOG-EVANS M. *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* – *op. cit.*

³⁴⁴ LALANDE A. – *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* – PUF, coll. Quadrige, 2002, p. 161, cité par LAMEYRE X. – *Les dangers de la notion de dangerosité* – in CONTE P., TZITZIS S. (dir), *Peines, dangerosité, quelles certitudes ?* – Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, Institut de Criminologie de Paris, vol. 9, 2010, p. 311-322, p. 316.

³⁴⁵ ROSSINELLI G. (dir) – *Recommandations de la commission d'audition* – Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale, 25 et 26 janvier 2007, Ministère de la Santé et des Solidarités, organisé par la Fédération Française de Psychiatrie, avec le soutien de la Direction Générale de la santé et de la Haute Autorité de la Santé, mai 2007, p. 14. Consultable à l'adresse suivante : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_551918/expertise-psychiatrique-penale-recommandations-de-la-commission-d-audition

³⁴⁶ FIECHTER-BOULVARD F. – *op. cit.*, p. 284.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 279.

³⁴⁸ ROSSINELLI G. (dir) – *Rapport de la commission d'audition* – Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale, 25 et 26 janvier 2007, Ministère de la Santé et des Solidarités, organisé par la Fédération Française de Psychiatrie, avec le soutien de la Direction Générale de la santé et de la Haute Autorité de la Santé, mai 2007, p. 34. Consultable à l'adresse suivante : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_551921/expertise-psychiatrique-penale-rapport-de-la-commission-d-audition

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 14.

³⁵⁰ MAYAUD Y. – *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008* – *op. cit.*

probabilité de commission d'une infraction, croyant à l'époque qu'elle pouvait être scientifiquement évaluée, ce que plus aucun spécialiste n'admet aujourd'hui"³⁵¹. Et l'argument selon lequel le juge reste maître de la décision est bien fallacieux, car si les textes le posent, en pratique, "le juge sera souvent étranger au débat"³⁵². Ainsi, "même s'il a le pouvoir de décider, c'est sous la dictée qu'il le fera"³⁵³, c'est-à-dire en se fiant, faute de mieux, aux rapports d'expertise. La dangerosité se révèle donc, à bien des égards, être elle-même dangereuse³⁵⁴, de sorte qu'on ne peut que "condamner l'introduction de ce concept dans le droit pénal"³⁵⁵, qui, si il lui est inhérent et doit l'inspirer, ne doit pas pour autant, en tant que tel, l'alimenter.

La seconde limite théorique à la prévention n'est pas sans lien avec la première, et concerne le double mouvement de "dérive soignante de la justice"³⁵⁶ et de "détourne(ment)" simultanément de "la psychiatrie publique de sa mission, qui est bien celle de soigner des malades mentaux"³⁵⁷, par la généralisation de l'injonction de soins au cœur des mesures de sûreté. Ce second mouvement se retrouve aussi avec la multiplication des expertises de dangerosité, puisque la FFP suggère, à l'attention du législateur, et après avoir appelé à "éviter de prévoir de nouveaux cas réglementaires ou législatifs de recours à l'expertise psychiatrique"³⁵⁸, de "privilégier les missions d'expertise à visée diagnostique et thérapeutique sur l'expertise de dangerosité, de façon à répondre à la mission première du psychiatre, c'est-à-dire donner des soins au malade mental"³⁵⁹. Mais restons en à l'injonction de soins et ses conséquences. La question qui se pose est la suivante : "les auteurs de crime ne sont qu'exceptionnellement des malades mentaux : pourquoi vouloir les soigner à tout prix ?"³⁶⁰. On l'a vu, même en l'absence de pathologie véritable, l'injonction de soin peut faciliter un travail d'éveil concernant les auteurs d'infractions sexuelles, qui se trouvent dans une situation psychologique particulière. La généralisation est-elle pour autant permise ? Une réponse positive nous semble loin d'être évidente. Si l'on met de côté le contournement hypocrite de l'exigence déontologique de consentement par l'assimilation d'un refus à une violation des obligations entraînant sanction³⁶¹, il n'en demeure pas moins le "risque inadmissible (...) de laisser penser que la psychiatrie a des soins à donner au criminel, soins susceptibles de limiter les risques de récidive"³⁶² alors que cela n'est pas le cas. Si, malheureusement, dans l'inconscient collectif, une "représentation angélique et asceptisée de

³⁵¹ Lettre adressée de manière informelle aux membres du Conseil constitutionnel simultanément à la saisine de celui-ci par soixante députés et soixante sénateurs, dans le cadre de l'adoption de la loi n°2008-174 du 25 février 2008, op. cit., signée par les universitaires, magistrats ou avocats, à savoir CLAY T., DEBACQ M., DINTILHAC J.-P., FINIELZ R., GIUDICELLI-DELAGE G., JEAN J.-P., KESSOUS P., LAZERGES C., LECLERC H., LIGER D., LYON-CAEN P., MAISONNEUVE P., MASSE M., MIGNARD J.-P., MOLLA A., NATALI F., OTTENHOF R., PONCELA P., TEXIER P., citée par LAZERGES C. – *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel* – op. cit.

³⁵² MAYAUD Y. – *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008* – op. cit.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ LAMEYRE X. – *Les dangers de la notion de dangerosité* – op. cit.

³⁵⁵ FIECHTER-BOULVARD F. – op. cit., p. 286.

³⁵⁶ SENON J.-L., MANZANERA C. – *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté* – AJP 2008, p. 176.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ ROSSINELLI G. (dir) – *Recommandations de la commission d'audition* – op. cit., p. 4.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ SENON J.-L., MANZANERA C. – *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté* – op. cit.

³⁶¹ Ce point n'est cependant pas négligeable, en raison de la question de l'efficacité des soins lorsqu'ils ne sont pas véritablement consentis. Au delà de l'effet d'"éveil" particulier souligné précédemment concernant les infracteurs sexuels, le risque est qu'il n'y ait pas d'investissement personnel de la part de celui qui reçoit les soins, et que le suivi d'une thérapie corresponde alors plutôt à une "course aux certificats", cf. SENON J.-L., MANZANERA C. – *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive* – AJP 2007, p. 367.

³⁶² SENON J.-L., MANZANERA C. – *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté* – op. cit.

*L'homme*³⁶³ amène à penser que tous ses travers sont pathologiques et par conséquent littéralement curables³⁶⁴, le législateur ne devrait pas corroborer cette thèse. En effet, les psychiatres soulignent de concert qu'il ne peut y avoir de 'traitement' que lorsqu'il y a une maladie, et que "*le crime est multifactoriel et que sa prévention ne peut être que multidisciplinaire*"³⁶⁵, de sorte qu'"*un modèle de traitement psychique du crime avec une sur-sollicitation de soignants*"³⁶⁶ ne saurait être efficace, et entraîne corrélativement une "*désert(ion) de leur mission de base*", qui est aussi celle pour laquelle ils sont formés, à savoir "*celle de prendre en charge les malades mentaux et notamment les psychotiques chroniques*"³⁶⁷ dont la dangerosité (psychiatrique cette fois), quand elle existe, est souvent en rapport avec une rupture de soins³⁶⁸. C'est ainsi qu'à vouloir soigner ceux qui, considérés criminologiquement dangereux, n'en ont pas nécessairement besoin, on en vient à priver de soins ceux qui, psychiatriquement dangereux, les requièrent, de sorte qu'à vouloir traiter la dangerosité (criminologique), on tend en réalité à favoriser la perdurance de la dangerosité (psychiatrique). Il est vrai que, malgré la généralisation, l'injonction de soins ne peut être décidée par le juge, qui reste, en théorie maître de la décision, que "*s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale*"³⁶⁹, ce qui laisse à penser que les experts, encore eux, ont trouvé une nécessité en ce sens, mais cela ne tient pas. D'une part, susceptibilité n'est ni synonyme d'opportunité, ni de nécessité, et ne s'exprime pas non plus en termes d'efficacité. D'autre part, cette indication ne peut être une légitimation suffisante en raison de cette tendance que l'on retrouve des médecins à agir par excès et poser des indications larges de soins afin de "*se couvrir en ouvrant largement le parapluie*"³⁷⁰. En conclusion donc, s'il en est fait usage avec raison et en complément d'autres mesures, le soin peut éventuellement être utile, notamment lorsqu'il s'agit de traiter une addiction à l'alcool ou aux stupéfiants, ou encore quand le sujet a été trouvé avoir un discernement 'altéré' au moment des faits selon l'article 122-1 du code pénal. En revanche, l'"*instrumentalisation pénale du soin*"³⁷¹, présenté comme solution évidente, unique, et indispensable pour l'éradication du crime, est porteuse de risques et n'est d'aucune aide dans la lutte contre la récidive.

B. Limites pratiques à l'objectif de prévention

Les limites théoriques se doublent d'un certain nombre de limites pratiques, dont la première, directement reliée à la généralisation de soin et la multiplication des expertises, à savoir la pénurie de moyens, infrastructurels, financiers mais aussi et surtout humains pour les mettre en oeuvre. Concernant l'expertise tout d'abord, la FFP souligne que les experts "*sont particulièrement critiques sur la nature de leurs missions comme sur les conditions dans lesquelles elles sont réalisées*"³⁷², et raison notamment de "*la multiplication de leurs missions, la difficulté de leur pratique, notamment en milieu pénitentiaire, la lourdeur de leur prise de responsabilité, la surcharge de travail (...) comme la dégradation continue de la rémunération*", et que dès lors ils sont "*de moins en moins nombreux à*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Comme le souligne M. Herzog-Evans, "*Ils sont fous' est la réaction la plus courante à toutes formes de délinquance violente grave. Elle induit en contrepartie la volonté de soigner*", cf. HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – op. cit.

³⁶⁵ SENON J.-L., MANZANERA C. – *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive* – op. cit.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ Ces psychoses chroniques sont, en premier lieu, la schizophrénie et les psychoses paranoïaques, cf. SENON J.-L., MANZANERA C. – *Troubles mentaux et prison* – AJP 2007, p. 155.

³⁶⁸ SENON J.-L., MANZANERA C. – *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive* – op. cit.

³⁶⁹ Art. 131-36-4 concernant le suivi-socio judiciaire. Cependant, toute injonction de soin, quel que soit le cadre dans lequel elle est décidée, est conditionnée par cette expertise favorable.

³⁷⁰ SENON J.-L., MANZANERA C. – *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive* – op. cit. De la même manière, E. Archer remarque qu'il est "*exceptionnel que le psychiatre conclut à l'impossibilité des soins*", cf. ZOCETTO F. – op. cit., p. 44.

³⁷¹ HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – op. cit.

³⁷² ROSSINELLI G. (dir) – *Rapport de la commission d'audition* – op. cit., p. 13.

*solliciter leur inscription sur les listes auprès des cours d'appel*³⁷³, alourdissant d'autant la tâche de ceux qui le sont, ce qui a nécessairement un impact sur la qualité de leur travail. En effet, comme le souligne le rapport Garraud, la sur-sollicitation des experts ainsi inscrits sur les listes implique qu'ils "peuvent être amenés à consacrer une trop grande partie de leur temps aux activités expertales, pratiquées de façon répétitive, avec le risque de les couper de la réalité clinique et d'induire la dérive vers un 'corps d'experts professionnels', ce qui n'a jamais été souhaité dans notre pays"³⁷⁴. De plus, cet impact ne pourra que s'accroître puisque la FFP note par ailleurs que "compte tenu de la structure d'âge des psychiatres et des départs prochains à la retraite, les projections actuelles envisagent d'ici 2015 une diminution de leur nombre d'environ 20%. De manière assez naturelle, tout porte à craindre qu'elle s'accompagne d'une diminution corrélative du nombre des experts si l'attractivité du travail expertal n'est pas renforcée"³⁷⁵. En d'autres termes, le législateur en demande de plus en plus aux experts, mais sans les accompagner dans cette tâche en essor, ce qui est aussi paradoxal que critiquable et appelle à ce que des mesures soient prises en ce sens. La diminution annoncée du nombre de psychiatres a aussi des conséquences concernant l'injonction de soins généralisée, d'autant plus que la pénurie de psychiatres dans le secteur public est d'ores et déjà inquiétante³⁷⁶. Ainsi, alors que les moyens manquent, la systématisation de la mesure ne se trouve-t-elle pas encore plus mise en porte-à-faux ? Par ailleurs, ici aussi, au manque de moyens humains³⁷⁷ vient s'ajouter un manque "criant"³⁷⁸ de moyens financiers et infrastructurels. Dans ce contexte, une hiérarchisation des besoins est véritablement nécessaire, tout comme un investissement de l'État en la matière.

Dans un autre registre, il nous semble intéressant de relever que, toujours relativement à cet objectif d'agir vite, même si la procédure d'urgence n'avait pas été déclarée pour la loi du 12 décembre 2005, le placement sous surveillance électronique mobile a été mis en place alors que "la faisabilité technique (était) sujette à caution"³⁷⁹ et que "l'absence de nocivité n'était pas étudiée"³⁸⁰. En d'autres termes, "on commence par voter la mesure et on se demande ensuite si elle est praticable !" ³⁸¹ note R. Lévy, concernant ce placement, alors que "au delà de la question de savoir si on est pour ou contre le bracelet électronique pour des raisons philosophiques ou politiques, il est impératif d'analyser la mise en œuvre d'une mesure avant de légiférer"³⁸². Cette remarque nous apparaît pertinente, et le défaut de "méthodologie législative"³⁸³ faisant que "lors de la préparation des lois pénales, il est peu courant que l'on se préoccupe de leurs conséquences et des moyens nécessaires à leur mise en œuvre"³⁸⁴ est inquiétant. En effet, ce qui est ici relevé pour le placement sous surveillance électronique mobile peut

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ GARRAUD J.-P. – *op. cit.*, p. 32.

³⁷⁵ ROSSINELLI G. (dir) – *Rapport de la commission d'audition – op. cit.*, p. 13.

³⁷⁶ Le Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive, soulignait ainsi la faiblesse du dispositif de l'injonction de soins et rappelant que "la première de ces faiblesses réside dans la pénurie de psychiatres dans le secteur public où quelques huit cent postes sont actuellement vacants", cf. ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive – op. cit.*, p. 69. Cette situation préoccupante était déjà soulignée dans le rapport Zochetto, cf. ZOCETTO F – *op. cit.*, p. 44. M. Herzog-Evans souligne quant à elle que l'ouverture du soin à des psychologues par la loi du 12 décembre 2005 n'arrange que peu le problème, cf. HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale – op. cit.*

³⁷⁷ Cette insuffisance de moyens implique que l'"on peut raisonnablement estimer que les injonctions de soins ne peuvent être mises en place, de façon satisfaisante, dans plus de la moitié des juridictions", cf. LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 59.

³⁷⁸ SENON J.-L., MANZANERA C. – *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive – op. cit.*

³⁷⁹ PORTELLI S. – *op. cit.*, p. 60.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ LEVY R. – *Placement sous surveillance électronique : mieux évaluer avant d'aller plus loin – AJP 2005*, p. 151.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ KENSEY A. – *Prison et récidive – op. cit.*, p. 32.

être généralisé à l'ensemble des mesures créées par la "*multirécidive législative*"³⁸⁵ de ces dernières années, accentué par le recours répété et abusif à la procédure d'urgence. La mise en place d'un système de lutte efficace contre la récidive nécessite des moyens, dont le législateur semble parfois nier l'inexistence, mais également du temps et de la réflexion, et un travail approfondi, tant sur la faisabilité technique ou plus généralement matérielle des mesures prises qu'en termes de nécessité et surtout d'efficacité réelle. Comment peut-on savoir si une mesure est efficace si on ne lui laisse pas le temps de faire ses preuves avant qu'une autre soit prise ? Comment peut-on, dans ces conditions, savoir si cette nouvelle mesure est nécessaire ou si appliquer le droit positif ne serait pas déjà suffisant ? Ca n'est qu'avec le temps de la recherche et de la réflexion que l'on pourra aboutir à un système cohérent, compréhensible, réalisable, et efficace. La lutte contre la récidive n'est pas un sujet facile. Trouver un équilibre viable et opérant entre la protection de la société et le respect des libertés est un exercice délicat. Il ne nous apparaît pas infaisable. Mais il nécessite un élément clé, dont nous disposons pourtant, et qu'il s'agit de prendre, à savoir le temps³⁸⁶.

*
* *

Nous le voyons donc, le système tel qu'il a été progressivement établi par le législateur est loin d'être exempt de défauts, et ne peut prétendre à l'efficacité, voire à être simplement mis en œuvre. À ce stade, il est nécessaire de rappeler ce que nous entendons par efficacité : un système de lutte contre la récidive efficace est un système qui ne se contente pas de "*la neutralisation des auteurs pendant la durée d'exécution d'une peine*"³⁸⁷, soit de priver un temps les individus leur capacité de récidiver, mais un système qui agit sur leur volonté, détermination, pulsion, ou penchant d'agir en ce sens. L'élaboration et application d'un tel mécanisme est possible. Elles passent néanmoins par un profonde réorientation du droit, des moyens, et des opinions.

*
* *

³⁸⁵ HERZOG-EVANS M. – *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* – *op. cit.*

³⁸⁶ *V. infra*, p. 73 et s.

³⁸⁷ *Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive* – ROBERT J.-H. (dir.), *op. cit.*, p. 38.

Titre 2 – Proposer : la réorientation vers l'efficacité

La lutte contre la récidive peut être efficace, dans notre acception du terme, si les bonnes mesures sont prises et que les moyens idoines sont alloués pour leur réalisation. À ce titre, précisons néanmoins que nous envisagerons désormais le terme de 'récidive' non plus sans son sens légal mais dans son sens 'sociologique', incluant la réitération, car c'est contre l'entier phénomène de répétition de forfaits qu'il s'agit de lutter, et sur lui qu'il est, par ailleurs, possible d'agir.

Comme nous l'avons évoqué, la loi pénitentiaire de 2009³⁸⁸ a œuvré "*de manière à rendre exceptionnelle la privation de liberté, à la limite de la proscription*"³⁸⁹ en matière correctionnelle, de sorte que "*malgré son statut théorique de peine principale (...) son effectivité n'est comprise que comme ultime réponse*"³⁹⁰ (art. 132-24 al. 3 c. pén.). Cette modification est bien entendu heureuse, et nombre d'auteurs ont fait l'apologie des peines de substitution et autres aménagements de peine en termes de lutte efficace contre la récidive³⁹¹. Néanmoins, la privation de liberté demeure parfois prononcée pour les primo-délinquants, et l'est toujours pour les primo-criminels (art. 132-18 c. pén.), ainsi que pour les récidivistes délinquants comme criminels, nous l'avons vu. Cela n'est pas nécessairement un mal. Tout dépend cependant de la manière dont est envisagée la prison. La voir comme "*la privation de la liberté d'aller et venir, et rien d'autre*", à l'instar de V. Giscard-d'Estaing, est peu réaliste³⁹². Aujourd'hui, l'on considère plutôt que "*la prison doit faire peur*"³⁹³, à la société civile comme aux prisonniers eux-mêmes, et qu'elle doit punir, venger. Pourtant, la solution serait de la percevoir comme un "*espace-temps*"³⁹⁴ à investir de manière intelligente, vers un objectif réel, et non plus simplement textuel, de réinsertion, ce qui ne pourra qu'avoir une double conséquence en termes d'efficacité : "*d'ordre personnel, pour sortir le condamné de ses faiblesses, et d'ordre social, par le gain de sécurité que sa réinsertion ne pourra que consacrer*"³⁹⁵. Il est donc temps de s'engager dans un cercle vertueux, ayant pour but de valoriser le temps carcéral³⁹⁶ (Chapitre 1). Une meilleure efficacité dans la lutte contre la récidive passera également par l'épuration du droit positif, et une mise à l'épreuve des mesures engagées, sous-tendue par des efforts en termes de recherche, et d'humilité en termes de résultats attendus (Chapitre 2).

*
* *

Chapitre 1 – La valorisation du temps carcéral : l'engagement dans un cercle vertueux

Si nous nous sommes attachés à critiquer la sévérité à l'encontre des récidivistes pour son ineffectivité et les diverses voies de neutralisation qui ne sont qu'un différencement des problèmes posés par le phénomène récidiviste, la prison n'est pas pour autant, en elle-même, une mauvaise voie pour lutter contre lui. En effet, l'exploitation du temps de privation de liberté peut être un moyen efficace de

³⁸⁸ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 65.

³⁸⁹ MAYAUD Y. – *Droit pénal général – op. cit.*, p. 535.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ V. notamment TOURNIER P.-V. – *Peines d'emprisonnement ou peines alternatives : quelle récidive ?* – AJP 2005, p. 315 et PORTELLI S. – *Les alternatives à la prison* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 15-28. Cette préférence pour les peines alternatives tient notamment à l'effet subversif des courtes peines, cf. MAYAUD Y. – *Droit pénal général – op. cit.*, p. 594.

³⁹² POTTIER P. – *Repenser la peine de prison après la loi du 24 novembre 2009* - Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 149-158, spéc. 149.

³⁹³ CHAUVENET A. – *op. cit.*, spéc. p. 44.

³⁹⁴ Propos repris par POTTIER P. – *op. cit.*, spéc. p. 158.

³⁹⁵ MAYAUD Y. – *Droit pénal général – op. cit.*, p. 554.

³⁹⁶ Cette expression est empruntée au *Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive* – ROBERT J.-H. (dir.), *op. cit.*, p. 80.

lutte contre la récidive. Cela demande néanmoins une profonde refonte de celui-ci car pour l'instant, "c'est surtout la stérilité, la fragmentation et le non-sens qui caractérisent le temps de la détention"³⁹⁷. Le temps d'incarcération, lorsqu'il n'est pas excessif, peut être un moment propice aux actions préventives contre la récidive. Cela requiert toutefois qu'il soit véritablement exploité, valorisé, et aménagé et que la sortie soit effectivement accompagnée (I), ce qui ne va pas sans une réorientation de la politique pénale, et une (ré)éducation de l'opinion publique. Ainsi, la sévérité doit être abandonnée afin de pourvoir donner des moyens d'action à des acteurs pivots pour l'heure négligés (II).

I. La valorisation du temps carcéral

Si le législateur marque aujourd'hui, pour les primo-délinquants tout du moins, sa "méfiance" vis-à-vis du "symbole traditionnel de la répression"³⁹⁸ qu'est la privation de liberté, celle-ci, à raison, continue d'être prononcée comme exécutée lorsque les circonstances l'imposent ou le requièrent. La méfiance du législateur est tout à fait légitime actuellement, en raison des conditions d'incarcération, faisant du temps de neutralisation et d'éloignement un temps perdu. Or, la neutralisation ne peut s'inscrire dans un processus de lutte contre la récidive efficace si la période pendant laquelle elle prend place est optimisée (A), et que son achèvement est utilement accompagné (B).

A. La prison, le temps pour agir

S'il est éventuellement permis d'attendre, non une rédemption, mais du moins une réorientation vers une vie a-criminelle des personnes incarcérées, il est illusoire de penser que cela viendra du simple fait de l'isolement entre quatre murs, temps prétendument propice à la réflexion. Ainsi, il faut profiter du temps raisonnable de la peine pour véritablement travailler pour et avec le condamné. À ce titre, les propos prêtés à un "medecine man" indien par H.-R. Cellini sont parlants, puisque ce dernier explique à un criminologue américain que "vous devriez travailler avec ces personnes, non en vous opposant à elles. L'idée, c'est d'avoir du mépris pour le crime, non pour les gens. C'est une erreur de considérer un groupe ou une personne comme un opposant, vous faites en sorte que le groupe ou la personne le devienne"³⁹⁹. Dès lors, il ne suffit pas de les mettre en prison et d'ainsi retarder leur retour à la société en espérant qu'ils y reviendront meilleurs, ou en sachant qu'ils seront ensuite suivis et traités, car il semble que "si l'on en arrive à prolonger indéfiniment des peines qui ont été purgées, c'est que l'on n'a pas su, en amont, réfléchir à une meilleure adéquation de la peine et de son exécution"⁴⁰⁰.

En d'autres termes, il est important d'agir à la fois pendant l'incarcération et à la sortie, pour les primo-infracteurs, comme pour les récidivistes, qui ne doivent pas être mis à l'écart. Puisque la prison peut facilement devenir un lieu de désocialisation et de pertes de repères, il est indispensable de faire en sorte que cela ne soit pas le cas en favorisant véritablement l'accès à l'éducation, à la formation ou à un travail afin de "revisiter et bousculer les représentations de la vie sociale, professionnelle, voire personnelle de chacun, afin de lui permettre d'activer des ressources souvent ignorées de lui-même ou oubliées faute de reconnaissance et/ou d'opportunités (...)"⁴⁰¹. L'action ne doit toutefois pas s'arrêter là. En effet, il est éminemment nécessaire, en complément, de développer des programmes spécialisés, axés sur la lutte contre la récidive. Ces programmes spécifiques donc nous nous faisons ici les fervents laudateurs, doivent pivoter autour de deux tourillons : d'une part, des programmes spécifiques de prévention de la récidive, notamment sous forme de groupes de parole, tels que des programmes de gestion de la colère, de maîtrise de soi et de prise de conscience de situations à risques, et par ailleurs, des programmes relatifs au retour à la vie en dehors, dans ses modalités plus pratiques, à savoir

³⁹⁷ CASTEL H. – *Quelle prison pour quelle réinsertion ? Réflexion à partir de quelques mois de détention, en France et au Mexique* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 53-67, spéc. p. 64.

³⁹⁸ MAYAUD Y. – *Droit pénal général* – op. cit., p. 558.

³⁹⁹ CELLINI H.-R. – *The management and treatment of institutionalized violent aggressors* – Federal Probation, 1986, vol. 50, n°3, p. 51, cité par CHAUVENET A. – op. cit., spéc. p. 41.

⁴⁰⁰ HERZOG-EVANS M. – *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* – op. cit.

⁴⁰¹ CASTEL H. – op. cit., spéc. p. 53.

l'apprentissage de la vie en société, de la recherche d'emploi, ou encore de la recherche de logements. Ainsi, *"il ne s'agit plus seulement de préparer la sortie des détenus en limitant les effets désocialisants de l'incarcération, mais de concevoir le temps de la prison comme un temps de vie à investir ; de passer d'un discours visant à compenser les effets négatifs de l'incarcération à une vision dynamique, en se demandant comment et dans quelles conditions, l'incarcération peut être socialisante"*⁴⁰². Ces programmes, qui existent à l'étranger et dont les résultats positifs ont été démontrés⁴⁰³, sont en réalité les véritables 'soins' qu'il est nécessaire d'apporter aux condamnés, soins qui ne sont pas purement médicaux, mais bien pluridisciplinaires, et pluri-axiaux puisque *"ce n'est qu'avec ces actions partenariales associant plusieurs équipes ayant des liaisons élaborées autour de missions différentes qu'une action sur la récidive sera peut être plus déterminante"*⁴⁰⁴, de sorte qu'elles devraient devenir obligatoires, à l'instar voire à la place de l'injonction de soins. En d'autres termes, pendant ce temps où l'individu est matériellement privé de sa capacité de récidiver, il doit aussi en perdre l'envie, les propensions, et ne pas se retrouver en sortant dans les mêmes circonstances de fait que celles qui l'ont amenées à passer à l'acte, sans omettre, évidemment qu'*"il n'existe pas de réponse générique à la récidive. Des réponses efficaces sont nécessairement adaptées à la fois aux types d'auteurs et aux types de délits commis"*⁴⁰⁵. Il est intéressant de noter qu'ici, seuls les délits sont évoqués. Est-ce à dire que les auteurs de crimes seraient imperméables à de tels programmes ? Il ne semble pas. Le travail sera certainement plus long et fastidieux, mais il est, pour certains criminels du moins, réalisable.

Il est cependant important de garder en mémoire que ces actions, qui ont un effet positif démontré, ne peuvent l'avoir que sur des personnes qui ne sont pas mentalement malades, car *"la peine n'a guère de sens pour cette partie de la population pénale"*⁴⁰⁶. En effet, de la même manière que les soins médicaux ne peuvent être efficaces sur des personnes qui ne sont pas atteintes de pathologies, les actions ci-dessus décrites ne peuvent être efficaces sur des personnes qui le sont. Or, il est un constat récent qui démontre que 10% des personnes incarcérées sont atteintes de pathologies mentales⁴⁰⁷, et ce pour deux raisons : d'une part, en raison de la 'crise de l'expertise' décrite précédemment, qui amène à des erreurs de diagnostic, mais aussi en raison de la structure de l'article 122-1 du code pénal, qui n'a fait que consacrer une pratique antérieure, mais par laquelle les "demi-fous"⁴⁰⁸ se retrouvent en prison, et ce sans aucune atténuation de peine, voire avec une aggravation de celle-ci, du moins lorsqu'ils passent en procès d'assises, en raison de la peur des jurés pour qui *"la maladie mentale joue souvent comme un indice de dangerosité supplémentaire et justifie une détention prolongée"*⁴⁰⁹. Ainsi, le second alinéa de l'article précité qui dispose actuellement que *"toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance (l'atténuation de discernement au moment des faits) lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime"* est appliqué dans un sens totalement inverse à celui initialement prévu par le législateur, *"dans l'esprit (duquel), cette dernière disposition devrait conduire à une réduction de peine"*⁴¹⁰. Par conséquent, *"la prison (est devenue) le lieu d'accueil privilégié des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions"*, ces individus étant condamnés pour des temps longs, et dont parfois la pathologie s'aggrave même dans ces circonstances en raison du phénomène de décompensation. Or, la prison *"n'est pas un lieu de soin"*⁴¹¹. En effet, *"une fois l'incarcération*

⁴⁰² POTTIER P. – *op. cit.*, spéc. p. 153.

⁴⁰³ V. par exemple au Canada : *Diminuer la récidive chez les délinquants au moyen de programmes de traitement dispensés en établissement* – Forum, Recherche sur l'actualité correctionnelle, vol. 8, n°3, 2003, consultable à l'adresse suivante : <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/forum/e083/e083a-fra.shtml>

⁴⁰⁴ SENON J.-L., MANZANERA C. – *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté* – *op. cit.*

⁴⁰⁵ ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 18.

⁴⁰⁶ *Rapport sur la proposition de loi relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits* – MICHEL J.-P., Sénat, n°216, 12 janvier 2011, p. 7.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 5 (conclusions de la commission des lois).

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 8.

prononcée, le fonctionnement parfois mécanique de la justice fait que le judiciaire prime souvent sur le médical⁴¹². Fort heureusement, les dispositions de cet article sont sur le point d'être modifiées, puisqu'à l'heure de rédaction de ce mémoire, une proposition de loi prévoyant que "l'altération du discernement serait reconnue explicitement comme un facteur d'atténuation de la peine, puisque la peine encourue serait réduite d'un tiers"⁴¹³ et que simultanément "le cadre légal relatif à la prise en charge médicale pendant et après la détention serait renforcé"⁴¹⁴ pour ces personnes a été adoptée en première lecture par le Sénat⁴¹⁵. Si cette proposition est promulguée, cela devrait entraîner un changement de la situation dans un sens positif, même si cela prendra du temps.

B. La sortie de prison, moment crucial

La sortie de prison est décrite comme le moment de "tous les dangers"⁴¹⁶. Et pour cause, quelles que soient les actions qui ont été effectuées lors du temps de la prison, ce que la personne y a appris, elle va là se retrouver face au monde extérieur et ses tentations, stigmatisée par son statut d'ancien prisonnier, et souvent également retrouver le contexte ou les personnes qui l'ont amenées à passer à l'acte. La sortie de prison se présente alors plus ou moins comme un test de connaissances, le moment de mettre en application ce qui lui aura été appris à l'intérieur. Et ce moment doit être accompagné, car avec toute la foi que l'on peut porter en l'homme et à sa 'corrigibilité', même quand tout est fait en ce sens, ce moment est délicat et les sorties sèches d'avèrent être cause de récidive. Ainsi, comme le souligne le député J.-L. Warsmann dans son rapport, "la sortie de prison, quelle que soit la durée de la peine purgée, et un moment difficile à vivre. La personne libérée sans préparation ni accompagnement risque de se retrouver à nouveau dans un environnement familial ou social néfaste, voire criminogène, ou bien au contraire dans un isolement total alors qu'elle aurait besoin de soutien pour se réadapter à la vie libre. Tout ceci peut l'amener à la récidive"⁴¹⁷. Le législateur semble en partie avoir pris la mesure de cette réalité, comme en atteste l'article 723-28 du code de procédure pénale tel qu'issu de la loi pénitentiaire⁴¹⁸, qui prévoit un placement sous surveillance électronique sous condition "pour les peines d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, lorsqu'aucune mesure d'aménagement n'a été ordonnée six mois avant la date d'expiration de la peine", pour "toute personne condamnée à laquelle il reste quatre mois d'emprisonnement à subir ou, pour les peines inférieures ou égales à six mois, à laquelle il reste les deux tiers de la peine à subir".

Néanmoins, ce 'rattrapage' quasiment *a posteriori* n'est pas suffisant, et il s'avère que la meilleure voie pour éviter les sorties sèches tout en luttant efficacement contre la récidive est celle de la libération conditionnelle. Comme le note le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, "la libération conditionnelle est une des mesures les plus efficaces et les plus constructives pour prévenir la récidive et pour favoriser la réinsertion sociale des détenus dans la société, selon un processus programmé, assisté et contrôlé"⁴¹⁹. En effet, des études ont démontré que celle-ci avait un véritable

⁴¹² MOREAU F. – *La santé dans les prisons françaises* – Pouvoirs 2010, La prison, n° 135, p. 69-85, spéc. p. 74. V. également CANETTI C. – *Nous allons vers la pénalisation de la maladie mentale* – Libération, 18 et 19 janvier 2003, p. 42.

⁴¹³ *Rapport sur la proposition de loi relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits* – MICHEL J.-P., *op. cit.*, p. 5 (conclusion de la commission des lois).

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Proposition de loi n°51, adoptée en première lecture par le Sénat, relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits, transmise par M. Le Président du Sénat à M. Le Président de l'Assemblée Nationale le 25 janvier 2011 (n°3110). Pour des informations complémentaires, et l'évolution des débats parlementaires sur ce texte postérieurs à la rédaction de ce mémoire, v. le dossier législatif sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp109-649.html>

⁴¹⁶ ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 63.

⁴¹⁷ WARSMANN J.-L. – *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison* – Rapport de la mission parlementaire auprès de D. Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 28 avril 2003, p. 58.

⁴¹⁸ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 84.

⁴¹⁹ Recommandation REC (2003) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres

impact sur la récidive. Revenons, à ce titre, sur les recherches sociologiques d'A. Kensey et P.-V. Tournier. L'étude précitée portant sur la cohorte de libérés de prison entre le 1^{er} mai 1996 et le 30 avril 1997⁴²⁰ fut précédée de deux autres enquêtes, l'une sur les libérés de 1973 et l'autre sur ceux de 1982, condamnés à 3 ans de prison et plus. Ainsi, pour la première enquête, les chercheurs "avait trouvé que les taux de retour (sous écrou) variaient pratiquement du simple au double en fonction du mode de libération"⁴²¹ ; en 1982, "le taux est de 13% en cas de libération conditionnelle contre 21% pour les sorties en fin de peine"⁴²². Enfin, pour la dernière cohorte, l'auteur souligne que "l'effectif de libérés conditionnels, qui va s'amenuisant depuis une vingtaine d'années, est devenu si faible que son évaluation est compromise"⁴²³. Néanmoins, "un écart de huit points (de pourcentage) entre les deux groupes"⁴²⁴ est ici également trouvé, et ce non tant en raison de mesures de contrôle que de celles d'assistance, qui sont pourtant les moins développées textuellement. Il est souvent soutenu pour contrer ces données chiffrées que "ces résultats en faveur de la libération conditionnelle peuvent simplement résulter d'une bonne sélection des bénéficiaires et non de la mesure elle-même"⁴²⁵. Pour répondre à cet argument, A. Kensey et P.-V. Tournier ont donc également établi des "taux à structure constante"⁴²⁶, et en concluent que "compte tenu des données disponibles pour mettre en évidence l'effet de sélection, les résultats restent en faveur de la libération conditionnelle"⁴²⁷, de sorte qu'"il est désormais prouvé scientifiquement que ce mode de libération constitue une précaution"⁴²⁸. À ce titre, il est déplorable que les récidivistes y accèdent moins facilement, et qu'elle soit automatiquement rendue impossible, de manière intransigible, en cas de refus de soins⁴²⁹.

Toutefois, malgré ces résultats probants, il est peu fait recours à la libération conditionnelle. Le Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive, citant une étude de P.-V. Tournier, note ainsi que "représentant 8,7% des sorties de prison en 2003 (4303 libérations conditionnelles accordées), elle correspond à seulement 5,5% des sorties en 2006 (3409 libérations conditionnelles accordées)"⁴³⁰. Cela tient notamment au fait que "les aménagements de peine restent particulièrement fragilisés par cette idée, trop souvent voire exclusivement répandue dans l'opinion publique qu'ils constitueraient un 'cadeau' accordé aux condamnés"⁴³¹, comme si l'on défaisait la peine⁴³², et par ailleurs, les juges craignent une vive critique s'il advenait qu'un libéré conditionnel récidive⁴³³. Résumant ces idées, A. Kensey écrit qu'"une illusion perdure : penser qu'avec la sortie en

concernant la libération conditionnelle – 24 septembre 2003, p. 3.

⁴²⁰ V. *supra*, p. 48.

⁴²¹ KENSEY A. – *Prison et récidive* – *op. cit.*, p. 215.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 216.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 218.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 219.

⁴²⁸ *Ibid.* Pour d'autres éléments statistiques en faveur de la libération conditionnelle, v. notamment LOUCHARN P. – *Un meilleur accompagnement professionnel et judiciaire des fins de peine* – AJP 2006, p. 445.

⁴²⁹ V. *supra*, p. 27 et 44.

⁴³⁰ TOURNIER P.-V. – *Lettre hebdomadaire d'information du 17 avril 2007*, cité par ROBERT J.-H. (dir.), *Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 56. Pour des chiffres annuels sur la période 1995-2005, v. KENSEY A. – *Prison et récidive* – *op. cit.*, p. 122. Il est vrai que depuis 2007, ces chiffres sont en augmentation, si bien qu'en 2010, 7023 personnes se sont vues octroyer une libération conditionnelle cf. *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 129 du document numérique.

⁴³¹ ROBERT J.-H. (dir.), *Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 56.

⁴³² Ainsi, dans une intervention du 16 juin 2005 dans le cadre des 21^{es} Assises Nationales de l'Institut National d'Aide aux Victimes et de Modération, le Ministre de l'Intérieur de l'époque a posé la question suivante "à quoi ça sert de condamner à des peines lourdes si on en fait la moitié ?" cf. KENSEY A. – *Prison et récidive* – *op. cit.*, p. 225.

⁴³³ Repensons à la déclaration publique du Garde des Sceaux après l'assassinat de Nelly Cremel en 2005 citée *supra*, celui-ci ayant demandé "ce qu'il allait advenir du magistrat qui avait osé remettre un monstre pareil en liberté conditionnelle".

*fin de peine et non en libération conditionnelle, le risque de récidive sera nul. En fait, c'est surtout le risque d'opprobre envers le juge qui sera élevé*⁴³⁴. Ces sentiments doivent être dépassés aux vues des véritables résultats ci-dessus rapportés, et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le recommande vivement depuis près d'une dizaine d'années⁴³⁵, de sorte que par exemple en Suède, *"la libération conditionnelle est le mode ordinaire et obligatoire de sortie de prison"*⁴³⁶. Sans aller jusqu'à plaider pour un tel automatisme, il apparaît par conséquent impératif d'en assurer la *"promotion"*⁴³⁷, dans l'opinion publique tout comme, et cela est lié, auprès juridictions d'application des peines⁴³⁸. Notons enfin que l'on peut s'interroger sur la pertinence de la disposition créée par la loi pénitentiaire⁴³⁹ prévoyant que *"pour les demandes de libération conditionnelle concernant des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans ou à une peine de réclusion, l'avocat de la partie civile peut, s'il en fait la demande, assister au débat contradictoire devant (les juridictions d'application des peines) pour y faire valoir ses observations, avant les réquisitions du ministère public"* (art. 730 al. 4 c. pr. pén.). En effet, comme le souligne D. Salas, *"l'irruption des victimes dans l'exécution des peines (...) produit un télescope entre la logique d'individualisation des peines en direction de l'accusé et la logique de réparation en direction de la victime"*⁴⁴⁰, de sorte que même si l'article 707 du code de procédure pénale dispose que si l'exécution des peines doit respecter les droits des victimes, *"lorsque cette dernière est placée dans cette position de 'vengeur', il y a un enjeu de la réappropriation de la peine à son profit exclusif. La réparation passe alors par la condamnation et plus seulement par la culpabilité ; et une 'bonne' réparation passe par une lourde condamnation"*⁴⁴¹, c'est-à-dire, sans libération anticipée, ce qui ne peut être qu'un frein au développement pourtant nécessaire de la libération conditionnelle.

Il est vrai néanmoins que les obligations du suivi socio-judiciaire sont très proches de celles de la libération conditionnelle. Cela tient d'une part à l'article 731 du code de procédure pénale qui dispose que le libéré conditionnel, dans les cadre des mesure de contrôle et d'assistance auquel il peut être astreint, peut *"en particulier être soumis à une ou plusieurs des mesures de contrôle ou obligations mentionnées aux articles 132-44 et 132-45 du code pénal"*, c'est-à-dire les obligations du sursis avec mise à l'épreuve que l'on retrouve également dans le cadre du suivi socio-judiciaire (art. 131-36-2 c. pén.), et d'autre part, comme précédemment évoqué, au fait que la loi du 12 décembre 2005⁴⁴² ait créé un article 731-1 dans le code de procédure pénale disposant que *"la personne faisant l'objet d'une libération conditionnelle peut être soumise aux obligations prévues pour le suivi socio-judiciaire si elle a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel cette mesure est encourue"*. Aux vues de cette large assimilation, la question peut se poser de savoir pourquoi ne pas attendre la fin de la peine pour appliquer au condamné les mesures en question, en prononçant, éventuellement, plus souvent un suivi socio-judiciaire, voire en élargissant son champ d'application. Plusieurs réponses sont envisageables et se complètent. Premièrement, le suivi socio-judiciaire est une mesure post-carcérale,

⁴³⁴ cf. KENSEY A. – *Prison et récidive* – *op. cit.*, p. 31.

⁴³⁵ Recommandation REC (2003) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *op. cit.* V. déjà Recommandation REC (2000) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté – 29 novembre 2000

⁴³⁶ ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 57.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 56.

⁴³⁸ *"Les mesures de libération conditionnelle requièrent l'appui des responsables politiques et administratifs, des juges, des procureurs, des avocats et de l'ensemble des citoyens, qui ont par conséquent besoin d'explications précises quant aux raisons de l'aménagement des peines de prison"*, cf. Recommandation REC (2003) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 3.

⁴³⁹ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 83.

⁴⁴⁰ SALAS D. – *Présence de la victime dans le procès et sens de la peine* – AJP 2004, p. 430. L'article date de 2004, et précède par conséquent la loi pénitentiaire. L'auteur évoque cependant ici le fonctionnement de commissions de libération conditionnelles aux États-Unis et au Canada, faisant place à la victime. Il est vrai qu'en France, c'est l'avocat, et non la victime elle-même, qui est présente à l'audience. Cependant, celui-ci a pour mission de la représenter, de sorte que la différence n'est finalement pas si marquée.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *op. cit.*, art. 22.

et la violation des obligations entraîne la mise en application d'une véritable peine, alors que la libération conditionnelle est simplement révoquée et l'individu remis en prison pour un temps ne dépassant pas celui de sa peine. C'est donc une mesure bien plus sévère, et qui intervient *a posteriori*, or, cela n'est pas l'axe que nous recommandons de prendre en priorité, de sorte que par la libération conditionnelle, c'est encore le temps initial de la peine privative de liberté qui est valorisé, même hors des murs. Par ailleurs, utiliser la libération conditionnelle au lieu du suivi socio-judiciaire permet un moindre recours à ce dernier, ce qui permet d'éviter sa banalisation source de dévalorisation⁴⁴³, là où il pourrait s'avérer utile⁴⁴⁴.

Ainsi, de la combinaison entre actions intensives et efficaces pendant l'emprisonnement et un accompagnement à la sortie, prolongeant ces efforts dans un temps qui ne dépasse pas celui de la peine peut véritablement ressortir une baisse de la récidive, comme de la réitération. La loi pénitentiaire de 2009 va en ce sens. Mais ce qui est dit a-t-il les moyens d'être réalisé ? Comment peut-il l'être ?

II. Le renversement des pratiques et des opinions

La loi pénitentiaire de 2009, a effectivement posé un certain nombre de dispositions allant dans le sens de la valorisation du temps carcéral. Cependant, émettre des vœux n'est pas permettre leur réalisation. Ce qu'il faut donc est une inversion de l'échelle d'importance : au lieu, ou du moins avant de passer du temps, et d'investir dans des moyens de suivi post-carcéral pour des temps toujours plus long et sous des formes multiples et hybridées, ainsi que d'engager des dépenses pour traiter avec sévérité les récidivistes, l'axe fondamental doit être le développement des programmes mis en œuvre pendant le temps de détention ainsi que la promotion de la libération conditionnelle. Il s'agit en effet, comme le souligne le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, d'*"éviter les gaspillages d'efforts et d'argent"*⁴⁴⁵ (A). Cela ne pourra néanmoins être possible qu'avec une action simultanée sur l'opinion publique (B).

A. Inversement des tendances et réorientation des moyens

Le droit positif ne semble pas totalement étranger à nos préoccupations concernant la valorisation du temps carcéral. En effet, faisant écho à l'art 707 du code de procédure pénale, tel qu'issu de la loi Perben II⁴⁴⁶, qui dispose que *"l'exécution des peines favorise (...) l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive"*, la loi pénitentiaire de 2009⁴⁴⁷ donne explicitement pour mission au service public pénitentiaire de *"contribuer à l'insertion ou la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire et à la prévention de la récidive et à la sécurité publique"* alors que la loi du 22 juin 1987 lui assignait seulement, en complément de sa fonction de garde, celle de *"réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaires"*⁴⁴⁸. Ainsi, l'on est passé d'une mission de simple réinsertion sociale à celle, plus large, de *"l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions"*⁴⁴⁹. En d'autres termes, le législateur met ici *"la réinsertion au service de la prévention de la récidive"*⁴⁵⁰, et place cet objectif entre les mains du service pénitentiaire, et plus précisément sur les services pénitentiaires d'insertion et

⁴⁴³ ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 66 et p. 71, où la Commission relève que *"plus elle (la mesure de suivi socio-judiciaire) s'élargit et moins elle est pertinente"*

⁴⁴⁴ V. *infra*, p. 72 et s.

⁴⁴⁵ Recommandation REC (2003) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁴⁶ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*, art. 159.

⁴⁴⁷ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 2.

⁴⁴⁸ Loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, art.1, abrogé par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 63.

⁴⁴⁹ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 1.

⁴⁵⁰ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 102 du document numérique.

de probation (SPIP)⁴⁵¹. Pour favoriser cette réinsertion, la loi pénitentiaire dispose que "toute personne condamnée est tenue d'exercer au moins d'une des activités qui lui est proposées par le chef d'établissement et le directeur du SPIP"⁴⁵², et évoque par ailleurs que les SPIP doivent "mettre en œuvre les politiques d'insertion et de prévention de la récidive"⁴⁵³. Les politiques en questions sont celles d'une circulaire de mars 2008⁴⁵⁴, prévoyant notamment des programmes et prévention de la récidive et des programmes d'insertion, proches de ceux que nous détaillions précédemment, mis en place dans les années 1990 à l'initiative de quelques SPIP, et non du législateur, et dont l'expérimentation a été plus concrètement lancée en juillet 2007, suite à une note du directeur de l'Administration pénitentiaire qui évoquait des programmes visant "à apprendre aux délinquants à réfléchir aux conséquences de leurs conduites criminelles (sic), à les amener à mieux se connaître et à mieux se contrôler, à reconnaître et à éviter les situations qui précèdent le passage à l'acte et à leur donner la possibilité de mettre en pratique des comportements pro-sociaux"⁴⁵⁵.

Simplement, il ne suffit pas d'annoncer de manière relativement abstraite, ou relégué dans les termes de notes, puis d'une circulaire, mais également d'agir, de véritablement mettre en œuvre ces pratiques, et de donner à cette mise en œuvre la priorité sur le développement de la sévérité et sur toutes ces mesures qui, du fait de leur apparence, rassurent. C'est ainsi que la sévérité à l'égard des récidivistes doit être revue, puisqu'elle n'est pas efficace, et que l'on obtiendra ainsi des moyens financiers pour la recherche, le développement et la réalisation de ces programmes⁴⁵⁶, mais aussi du travail et de l'éducation⁴⁵⁷. En d'autres termes, il faudrait arrêter de légiférer dans un sens de sévérité renforcée ou de suivi post-carcéral contraignant et se concentrer véritablement sur l'action carcérale, et l'accompagnement de la sortie. Comme le note B. Milly, "à défaut de toute action politique (en ce sens), la prison pourrait bien rester une école de rien"⁴⁵⁸.

Dans la mise en œuvre de ces programmes et l'accompagnement de la sortie, les SPIP sont des acteurs "pivots"⁴⁵⁹. Or, si "leur place centrale dans les différents dispositifs de prévention de la récidive (devrait) être rappelée, consolidée, reconnue"⁴⁶⁰, ils sont en réalité peu connus et dans une situation encore précaire aujourd'hui, de manière inversement proportionnelle au nombre et à l'importance des missions qui leurs sont confiées. Il faut voir que, "tous grades confondus, les effectifs des SPIP s'établissaient au 1^{er} janvier 2009 à 3747 agents"⁴⁶¹ pour 225 410 personnes suivies à cette même date⁴⁶². Par ailleurs, en 2008, seulement 40 millions d'euros étaient réservés au fonctionnement

⁴⁵¹ Ces derniers ont été créés par le décret n°99-276 du 3 avril 1999 modifiant le code de procédure pénale et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation, qui a fusionné les comités de probation et d'aide aux libérés (condamnés libres) et les services socio-éducatifs des établissements pénitentiaires (détenus). Ses missions sont aujourd'hui détaillées aux art. D572 à D575 du code de procédure pénale.

⁴⁵² Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 27.

⁴⁵³ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, *op. cit.*, art. 13.

⁴⁵⁴ Circulaire de la DAP n°113/PMJ1 du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation

⁴⁵⁵ Note du directeur de l'Administration pénitentiaire n°843 du 16 juillet 2007, relative au développement des programmes de prévention de la récidive citée par LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 20.

⁴⁵⁶ Notons que ces moyens ainsi économisés pourraient également être en parti réinvestis dans la revalorisation de l'expertise et du soin.

⁴⁵⁷ Il est intéressant de noter à ce titre que "globalement, et malgré les textes juridiques en vigueur, l'accès à l'enseignement est moins perçu comme un droit, qui serait inaliénable que comme un privilège devant être réservé aux détenus les plus coopératifs", cf. MILLY B. – *op. cit.*, spéc. p. 135

⁴⁵⁸ *Ibid.*, spéc. p. 146.

⁴⁵⁹ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 103 du document numérique.

⁴⁶⁰ LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 20.

⁴⁶¹ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 104 du document numérique. Il est également précisé que "le nombre de personnel d'insertion et de probation (hors encadrement) à la même date (s'élevait à) 2719 agents", cf. *Ibid.*

⁴⁶² *Ibid.* Il est vrai à ce titre qu'un effort de recrutement a été fait depuis 2006 mais ils "n'ont cependant pas permis de faire diminuer le ratio des mesures suivies par conseiller d'insertion et de probation", cf. *Ibid.* La

et à l'intervention des SPIP, "tradui(sant) la place encore très faible qu'occupent les SPIP dans le budget de fonctionnement du service public pénitentiaire"⁴⁶³, à savoir 8% de celui-ci, et 50% de ce budget était consacré aux dépenses de fonctionnement⁴⁶⁴, de sorte que, au final, la part des dépenses de réinsertion s'élevait seulement à 8,143 millions d'euros⁴⁶⁵, soit en moyenne 36,13 euros par personne suivie par an, même si les crédits ne sont pas, en fait, également répartis⁴⁶⁶. Tout cela est très faible, et fait qu'en pratique, "en dépit de leur statut de services déconcentrés autonomes, les SPIP dépendent encore bien souvent en détention des moyens mis à leur disposition par les établissements pénitentiaires"⁴⁶⁷, ce qui n'est pas acceptable car leur action ne devrait pas être ainsi conditionnée. Quant aux programmes de prévention de la récidive, ils ont donné lieu à une ouverture de crédit de 1 million d'euros en 2008 et 2009⁴⁶⁸, ce qui là encore, n'est pas suffisant compte tenu de l'importance que ces programmes peuvent prendre, en pratique, dans la lutte contre la récidive, de la recherche à effectuer autour de ceux-ci, limitée pour l'instant à l'auto-évaluation, et de la formation des conseillers d'insertion et de probation à la tenue de groupes de parole⁴⁶⁹. Dès lors, la réallocation d'au moins une partie des économies faites sur la baisse de sévérité aux SPIP ne pourrait être que bénéfique.

Par ailleurs, s'il est vrai que plusieurs conventions de partenariats favorisent la création "passerelles 'dedans/dehors'"⁴⁷⁰, tels que les partenariats institutionnels avec l'ANPE devenue Pôle Emploi, ou des missions locales, et avec des entreprises comme le MEDEF ou la SNCF, leur action reste modérée. Par exemple, 7,3% de personnes condamnées libérées en fin de peine ou en aménagement de peine en 2008 en Ile-de-France ont bénéficié d'un entretien avec un conseiller ANPE⁴⁷¹, ce qui reste un taux peu élevé⁴⁷². Ainsi, ces partenariats doivent être renforcés, et développés, financés, et prendre une autre échelle. Il n'est en effet pas acceptable qu'aujourd'hui, la majorité des interventions soient d'initiative locale et donc inégalement réparties sur le territoire et à la population de détenus.

Par cette réorientation du budget et donc de la politique pénale concernant la lutte contre la récidive, on entrera alors dans un cercle vertueux : baisse de la sévérité pour la récidive et réinvestissement dans des actions préventives pendant l'incarcération et à la conclusion de partenariats, ce qui amènera consécutivement une baisse de la récidive, et donc de l'incarcération, corroborée par la promotion de la libération conditionnelle, avec là encore une économie de moyens qui pourront se trouver réinvestis.

B. L'action sur l'opinion publique

La personne qui sort de prison souffre forcément du stigma de cet évènement de sa vie⁴⁷³, lorsqu'il cherche à retrouver un emploi, un logement, alors que cela permettrait lui de retrouver une stabilité et d'ainsi ne plus pencher vers le crime. La libération conditionnelle est efficace mais est peu prononcée en raison de son apparence de cadeau. Plus généralement, il est difficile pour les politiques,

proposition n°17 du rapport Lamanda préconise ainsi que "le nombre de conseillers d'insertion et de probation (soit) sensiblement augmenté", cf. LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 58.

⁴⁶³ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 107 du document numérique

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 105 du document numérique.

⁴⁶⁶ Il faut noter pour être exact que par ailleurs, 6,5 millions d'euros de subventions ont été cette année là versées aux associations et aides directes aux personnes placées sous main de justice, cf. *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 115 du document numérique.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 112 du document numérique.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 120 du document numérique.

⁴⁷¹ À l'époque, la fusion avec le réseau des Assedic prévue par la loi n°2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi n'avait pas encore eu lieu, cette dernière étant entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ "La stigmatisation des publics ayant un passé pénitentiaire reste forte", cf. ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 59.

même les mieux intentionnés, de prendre des mesures allant dans le sens de l'aide, de l'assistance, voire du confort des condamnés en raison de l'opinion publique, qui trouverait cela inacceptable. Cela tient en partie au phénomène que nous avons auparavant décrit de l'assimilation, dans l'opinion publique, des condamnés à des monstres, monstres qui doivent payer, voire disparaître. Tout fait divers attise ce sentiment, sentiment humain, nous l'entendons, mais sur lequel on peut agir afin de ramener à la raison. Nous savons qu'il est vain d'appeler les médias à un effort en ce sens, que les faits divers sont vendeurs, tout comme nous doutons que les politiques arrêtent un jour de les récupérer. C'est pourquoi nous trouvons fort intéressante la proposition de S. Portelli de créer un "*Conseil National de Politique Criminelle*"⁴⁷⁴, "*structure autonome et indépendante du Gouvernement qui joue(rait) ce rôle qu'aujourd'hui personne ne peut tenir*"⁴⁷⁵ et dont l'Observatoire indépendant de l'article 7 de la loi pénitentiaire de 2009 pourrait être une branche⁴⁷⁶, afin, notamment, de rationaliser les événements, de mettre les citoyens au fait du droit et de ce qui marche ou de ce qui séduit mais ne saurait être efficace.

Cette idée d'information du grand public avait déjà été préconisée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, concernant la libération conditionnelle. Ainsi, il était affirmé que "*des campagnes d'information devraient être organisées, au travers des médias et par d'autres moyens, pour tenir informé l'ensemble des citoyens du fonctionnement et de l'évolution récente de l'usage de la libération conditionnelle et de son rôle dans le système de la justice pénale. Ces informations devraient être rapidement disponibles en cas d'événement dramatique rendu public pendant la période de liberté conditionnelle d'un détenu. Ce type d'événement ayant tendance à attirer l'attention des médias, il conviendrait également de mettre en valeur l'objectif de la libération conditionnelle et ses aspects positifs*"⁴⁷⁷. En d'autres termes, il s'agirait ainsi de "*mobiliser l'intelligence, non la peur*"⁴⁷⁸. De la même dynamique, la prison ne devrait plus être "*une zone d'ombre pour la société*"⁴⁷⁹, ainsi, "*il convient de la rendre visible par tout moyen*"⁴⁸⁰.

Ces propositions peuvent sembler secondaires, mais elles sont en réalité essentielles, car il est aujourd'hui impossible de penser que, quels que soient leur bien-fondé, et leur efficacité scientifiquement démontrée, des mesures soient prises si elles vont contre l'opinion publique, car la logique de la science politique rattrape ici celle de la criminologie et du droit.

*
* *

Chapitre 2 – L'épuration du droit positif : l'engagement dans un processus rationalisé

À ce stade de nos propositions, nous nous trouvons donc avec un seuil de sévérité abaissé, et des actions menées pour lutter contre la récidive de façon intelligente, dans un dynamisme vertueux. Tout en croyant en l'action des SPIP, il est néanmoins nécessaire de garder à l'esprit, avec réalisme, que certains profils sont plus résistants que d'autres, et que tout n'est pas si trivial. Ainsi, les mesures de sûreté doivent continuer à exister, mais après avoir été mises à plat, pour plus de cohérence, et être

⁴⁷⁴ PORTELLI S. – *Traité de démagogie appliquée* – *op. cit.*, p. 105 et s.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁷⁶ V. *infra*, p. 74.

⁴⁷⁷ Recommandation REC (2003) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 8. Il est également affirmé dans cette recommandation que "*en l'absence d'une bonne information, la libération conditionnelle de détenus - auxquels un tribunal a infligé, à juste titre, des peines d'emprisonnement - pourrait facilement s'interpréter comme le signe que la justice est laxiste et n'assume pas ses responsabilités, ce qui risquerait de créer un climat d'insécurité. Il faut donc informer les citoyens sur les véritables implications de la libération conditionnelle et montrer aussi qu'elle peut se révéler bénéfique à l'ensemble de la société.*" (p. 26)

⁴⁷⁸ PORTELLI S. – *Traité de démagogie appliquée* – *op. cit.*, p. 105.

⁴⁷⁹ MOREAU F. – *op. cit.*, spéc. p. 85.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

mieux ciblées, pour plus d'efficacité (I). Une fois ce travail réalisé, laissons lui le temps d'agir et de faire ses preuves, de manière imperméable à la survenance possible d'un fait divers, et concentrons alors nos efforts sur la recherche, la formation, et finalement la connaissance (II).

I. La refonte des mesures de sureté

Il pourra arriver que malgré les efforts des SPIP durant le temps d'incarcération, certaines personnes soient moins réceptives à ces programmes et actions. Dès lors, il est sage de conserver dans notre arsenal législatif l'idée de mesure de sureté. Ca n'était pas son idée même qui était critiquée dans nos développements, mais d'une part leur amoncellement dans les textes mais aussi leur potentialité d'accumulation à l'encontre d'une même personne, la notion clé de dangerosité et l'expertise, déterminantes quant à leur champ d'application, et le manque de moyen général pour leur mise en œuvre. Comme nous l'avons dit, il nous semble que prudence et retenue s'imposent dans l'édiction de ces mesures (A). La clarté importe tout autant, tout comme une mise en œuvre raisonnée et par conséquent valorisée (B)

A. Prudence et retenue

Puisque la prévention de la récidive peut être commencée dès l'incarcération et être efficace même sur des personnes ayant des profils les rendant accessibles au prononcé de mesures de sûreté, il semble paradoxal que le législateur se concentre sur le développement de ces mesures de manière aussi intensive que nous avons pu le voir. Au delà de ce paradoxe même, les mesures de sureté doivent être développées avec prudence et retenue, puisqu'il s'agit de mesures tournées vers l'avenir, et non directement relatives à l'infraction commise et sanctionnée, pourtant restrictives, voire privatives de liberté. Cela n'est pas le cas aujourd'hui puisque les mesures de sûreté ont été multipliées, et peuvent, comme nous l'avons vu, être cumulées au détriment d'une même personne, dont les experts ont estimé qu'elle était dangereuse, leur violation amenant une sanction qui peut dépasser le temps de la peine initialement prononcée.

À ce titre, il nous semble indispensable que la rétention de sureté soit supprimée de l'arsenal législatif, car l'on ne peut se contenter de sa non-rétroactivité. Comme le pose de manière on ne peut plus pertinente le Pr. Y. Mayaud, *"ce que le passé ne saurait admettre, pourquoi l'avenir devrait-il le supporter ?"*⁴⁸¹. L'existence de mécanismes proches dans d'autres pays semble servir d'argument aux promoteurs de cette mesure. Néanmoins, il nous apparaît inacceptable que, quels que soient les objectifs visés, l'on en vienne à priver un individu de sa liberté pour un temps potentiellement indéterminé⁴⁸², après qu'il ait 'payé sa dette à la société', sur la base d'une "probabilité" (art 706-53-13 c. pr. pén.), aussi élevée soit-elle, de commettre une nouvelle infraction. Il est vrai que la réserve du Conseil constitutionnel prend en quelques sortes acte du fait que l'action préventive doit être exercée auparavant, c'est-à-dire pendant le temps de la peine, même si elle se concentre principalement sur le soin dont nous avons vu qu'il avait ses limites, puisque la rétention de sureté ne pourra être prononcée que si elle *"n'a pu être évitée par des soins et une prise en charge pendant l'exécution de la peine"*⁴⁸³, dont l'existence devra être vérifiée par la juridiction régionale de la rétention de sureté. Il demeure néanmoins que cette mesure, n'est pas *"l'outil juridique qui manquait à notre droit"*⁴⁸⁴ mais plutôt, comme le souligne M. Herzog-Evans, celle qui met *"à mort les 'principes cardinaux' de notre droit"*⁴⁸⁵ et dès lors elle ne saurait subsister.

⁴⁸¹ MAYAUD Y. – *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 – op. cit.*

⁴⁸² *"Souvenons nous d'ailleurs que, dans sa décisions relative à la loi du 12 décembre 2005, le Conseil (constitutionnel) avait validé la surveillance judiciaire des personnes dangereuses précisément parcequ'elle ne durait pas au delà de la peine prononcée"* souligne M. Herzog-Evans, cf. HERZOG-EVANS M. – *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit – op. cit.*

⁴⁸³ Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *op. cit.*, cons. 21.

⁴⁸⁴ FENECH G. – *Rapport sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental – op. cit.*, p. 25.

⁴⁸⁵ HERZOG-EVANS M. – *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit – op. cit.*

Nous avons cependant espoir que cette suppression interviendra suite à une condamnation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ce qui semble probable aux vues de sa jurisprudence récente sur le sujet. Cette condamnation viendrait d'une violation de l'article 5 de la Convention EDH. En effet, dans son arrêt *M c/ Allemagne* du 17 décembre 2009⁴⁸⁶, la Cour rappelle que "*les alinéas a) à f) de l'article 5§1 de la Convention renferment une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté ; une privation de liberté n'est donc pas régulière si elle ne relève pas de l'un de ces motifs*"⁴⁸⁷. La détention de sûreté allemande pouvait éventuellement répondre aux motifs des alinéas a) et c)⁴⁸⁸. Le motif de l'alinéa c), qui dispose que la détention d'une personne peut se justifier "*lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction*"⁴⁸⁹ a été rejeté car "*ce motif de détention ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou catégorie de personnes qui se révèlent dangereuses par leur propension continue à la délinquance. Il se borne à ménager aux États contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée*"⁴⁹⁰. Restait alors le motif de l'alinéa a) selon lequel une privation de liberté est justifiée si l'individu "*est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent*"⁴⁹¹. Dans l'affaire en question, si le maintien en détention de sûreté a été déclaré non-conforme à l'article 5§1⁴⁹², son placement initial a été jugé conforme⁴⁹³.

Sans même s'interroger sur la question d'un éventuel maintien de la mesure, des doutes sont permis quant à la compatibilité de la rétention de sûreté à la française avec cette disposition. Ces doutes existent d'une part pour la rétention de sûreté *ab initio*⁴⁹⁴ car "*le lien entre la condamnation et l'enfermement de sécurité paraît (...) distendu : la cour d'assises qui prononce la condamnation n'apprécie pas la dangerosité du criminel ; la juridiction régionale qui ordonne l'internement ne s'appuie pas sur la condamnation*"⁴⁹⁵. Par ailleurs, ces doutes concernent également, voire principalement, la rétention de sûreté *ex post facto* car "*aucune 'condamnation' ne prévoit le possible placement en rétention de sûreté au terme de l'exécution d'une peine de réclusion criminelle, puisque le placement sous surveillance de sûreté est alors une décision qui relève de la seule juridiction régionale de rétention de sûreté saisie soit par le juge de l'application des peines, soit par le procureur de la République*"⁴⁹⁶. Ces doutes ne pourraient être clairement levés que si un recours était exercé contre la France sur cette question, ce qui ne pourra arriver dans un futur proche aux vues des données dont nous disposons. En effet, au 1^{er} août 2009, aucun criminel n'avait été condamné par une cour d'assises à une mesure de rétention de sûreté⁴⁹⁷, et au 1^{er} janvier 2010, une seule mesure de surveillance de sûreté avait été prononcée, faisant suite à une surveillance judiciaire, mesure qui prit

⁴⁸⁶ CEDH, 5^e sect., *M. c/ Allemagne*, *op. cit.* Les affirmations de cet arrêt n'ont pas été contredite par l'arrêt suivant concernant la détention de sûreté allemande, cf. CEDH, 5^e sect., *Grosskopf c/ Allemagne*, req. n° 24478/03, 21 octobre 2010.

⁴⁸⁷ CEDH, 5^e sect., *M. c/ Allemagne*, *op. cit.*, §86.

⁴⁸⁸ La détention, comme la rétention de sûreté ne peuvent relever de l'art. 5§1 al. e), concernant "*la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond*" car, du moins en France, "*une personne dangereuse souffrant d'une maladie psychiatrique stricto sensu ne saurait relever que des seules dispositions du code de la santé publique relatives à l'hospitalisation d'office*" cf. ROETS D. — *op. cit.*

⁴⁸⁹ Convention EDH, art. 5§1 al. c)

⁴⁹⁰ CEDH, 5^e sect., *M. c/ Allemagne*, *op. cit.*, §89.

⁴⁹¹ Convention EDH, art. 5§1 al. a)

⁴⁹² CEDH, 5^e sect., *M. c/ Allemagne*, *op. cit.*, §105.

⁴⁹³ *Ibid.*, §96.

⁴⁹⁴ Rappelons cette distinction déjà exposée *supra*, élaborée par D. Roets : le placement en rétention de sûreté à la fin de l'exécution de la peine est qualifié de placement "*ab initio*" par opposition au placement "*ex post facto*", lorsqu'il est prononcé en tant que sanction du non-respect des obligations imposées dans le cadre de la surveillance de sûreté, cf. ROETS D. — *op. cit.*

⁴⁹⁵ LEBLOIS-HAPPE J. — *Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009* – AJP 2010, p. 129

⁴⁹⁶ ROETS D. — *op. cit.*

⁴⁹⁷ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 167 du document numérique.

fin le 1^{er} juillet 2010⁴⁹⁸. Ces chiffres, qui n'enlèvent rien au caractère critiquable de l'existence même de la rétention de sûreté dans notre droit positif, amènent par ailleurs à s'interroger sur la nécessité de la création de ces mesures, et relativisent grandement la supposée urgence dans laquelle elles avaient été prises. Cette remarque peut être prolongée par les données suivantes : au 1^{er} janvier 2008, la surveillance judiciaire n'avait été prononcée que cent treize fois⁴⁹⁹, de sorte que son application est qualifiée de "*marginale*"⁵⁰⁰, et par ailleurs, entre juin 2006 et mars 2010, uniquement soixante quatorze personnes ont été placées sous surveillance électronique mobile⁵⁰¹. On voit donc à encore qu'il aurait été possible au législateur d'intervenir et d'investir en priorité ailleurs et autrement pour la lutte contre la récidive.

B. Mise au clair et mise en œuvre

Les mesures post-carcérales peuvent néanmoins avoir des vertus. Nous l'avons dit, certains détenus peuvent être moins réceptifs que d'autres aux actions pendant le temps d'incarcération, ne pas manifester d'"*efforts sérieux de réadaptation sociale*" (art 729 c. pr. pén.) -car sinon, la libération conditionnelle aurait du ou devrait certainement être prononcée si les conditions sont réunies-, et il faut alors éviter que les sorties non-aménagées se retrouvent également non-accompagnées ou suivies. Simple, le corpus législatif en vigueur n'est pas tenable. Il est en effet complexe, et fonctionne à la fois par hybridation et empilement, de telle sorte qu'il n'est plus possible d'y voir clair, les dispositions légales, en plus d'être particulièrement mouvantes, procèdent par renvoi, qui parfois même, renvoient encore à d'autres dispositions⁵⁰², de sorte que "*la multiplication des lois, leur raffinement byzantin, l'impossibilité où l'on se trouve de pénétrer leurs couches de sédiments successifs rendent le droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée d'initiés*"⁵⁰³. Il semble donc qu'il faille procéder à une mise à plat et une refonte générale du système⁵⁰⁴, et par là même à un tri à l'intérieur de celui-ci. Après avoir supprimé la rétention de sûreté, il semble que l'on puisse également envisager la suppression de la surveillance judiciaire, cette fois-ci non plus pour des raisons de principe cependant. En effet, cette mesure avait vocation à être temporaire, pour pallier la non-rétroactivité du suivi socio-judiciaire. Dès lors que celui-ci peut être appliqué, il n'y a pas de raison valable de la maintenir. La seule raison apparente est la possibilité de 'rattrapage' du juge de l'application des peines ci-dessus évoquée⁵⁰⁵, mais cette raison n'est pas suffisante. Sa faible utilisation montre par ailleurs qu'elle n'est pas indispensable, de sorte qu'il pourrait être intéressant d'alléger le droit de cet élément. La surveillance de sûreté pourrait quant à elle éventuellement être maintenue, pour faire suite à un suivi socio-judiciaire. Cependant, si tel est le cas, deux éléments doivent être revus, d'une part, le caractère renouvelable à l'infini de la mesure, que l'on pourrait remplacer par une date butoir, de l'autre, la notion de dangerosité à la base de son prononcé. Au final, mis à part l'inscription au FIJAIS et le placement sous surveillance électronique mobile, qui n'est pas une mesure de sûreté *per se*, mais qui en est une modalité, seule la mesure *sui generis* de suivi socio-judiciaire, la pionnière, demeure réellement. Le nombre de recours à celui-ci est d'ailleurs déjà sans commune mesure avec les autres formes de suivi, avec 3889 personnes suivies en 2010⁵⁰⁶. Il serait

⁴⁹⁸ AJP 2010, p. 559.

⁴⁹⁹ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 167 du document numérique.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.* p. 165 du document numérique.

⁵⁰² Le rapport de V. Lamanda parle à ce titre d'un dispositif "*gigogne*", à la fois "*complexe*", "*rigide*" et "*lacunaire*", cf. LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 2. Pour une critique de l'hybridation des mesures de sûreté, v. également HERZOG-EVANS M. – *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit* – *op. cit.*

⁵⁰³ DEBOVE F. – *op. cit.*

⁵⁰⁴ Notons cependant que V. Lamanda pense quant à lui que "*une simplification serait évidemment souhaitable. Mais repenser cet assemblage complexe apparaît peu réaliste.*", cf. LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 46.

⁵⁰⁵ V. *infra*, p. 29-30.

⁵⁰⁶ *Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale"* – Rapport Public Thématique, *op. cit.*, p. 129 du document numérique.

cependant intéressant la concernant d'explicitier les mesures qui peuvent être prises lorsqu'elle est appliquée, sans renvoyer aux dispositions relatives au sursis avec mise à l'épreuve, dans un but de clarté, et, le cas échéant, de diversification. Par ailleurs, il semble qu'il faudrait laisser au juge d'application des peines le choix de la durée de ce suivi, voire de son application effective. La juridiction de jugement aurait alors seulement le rôle de rendre possible, en l'incluant dans la condamnation, et comme cela est actuellement prévu pour la rétention de sûreté, sa mise en œuvre, dont la nécessité serait plus tard évaluée. En effet, il est délicat d'admettre qu'une juridiction de jugement puisse préjuger des effets bénéfiques que pourront avoir les programmes spécialisés et plus généralement l'action renforcée des SPIP préconisée sur la personne incarcérée, d'autant plus qu'un suivi trop long peut s'avérer contre-productif⁵⁰⁷. Enfin, aux vues des remarques effectuées plus haut sur "la dérive soignante de la justice"⁵⁰⁸, il serait sage de revenir à la raison en revenant sur la généralisation de l'injonction de soins. Cela permettrait, une fois de plus, de concentrer les efforts et les moyens là où ils sont véritablement nécessaires, n'excluant cependant pas une revalorisation supplémentaire. Tout cela n'est que proposition, sans prétention d'aboutir ainsi à un système parfait. Ce dernier aurait néanmoins le mérite d'être rationalisé, et de prendre en compte les différentes critiques, fondées et illustrées, qui ont été adressées au dispositif en vigueur.

II. L'interruption du train législatif

La rationalisation du processus normatif participe donc d'une lutte efficace contre la récidive. Celle-ci implique, comme nous l'avons vu, que les lois, lorsqu'elles sont élaborées, puis promulguées, soient à même de se fondre dans un ensemble cohérent, accessible, compréhensible et applicable, mais cela exige également, prioritairement et antérieurement, que leur nécessité soit mesurée, par la mise en place d'un véritable centre de recherche et de probation du droit à venir comme en vigueur (A). Toutefois, l'acquisition d'une telle connaissance n'est possible qu'en arrêtant de légiférer dans l'urgence et au moindre fais divers, de sorte que l'affirmation d'une certaine modestie en termes de résultats recherchés et, partant, de mesures prises en ce sens, doit succéder à l'"effervescence normative"⁵⁰⁹ démagogique et subversive à laquelle nous assistons aujourd'hui (B).

A. Le développement de la formation et de la recherche

Tous les constats d'échec, d'incohérence, et les propositions de modifications ci-dessus rapportés sont issus de la recherche, de la confrontation des résultats avec la réalité, et de l'observation d'études portant sur la question de la récidive. Cependant, on ne peut à ce titre que déplorer le manque de documentation française, et par conséquent d'information et de connaissance en la matière, la plupart des études étant d'origine anglo-saxonnes et principalement canadiennes. Il semble donc qu'il faille fournir un véritable effort en ce sens. D'une part, les informations d'InfoStat Justice sont peu suffisantes pour prendre véritablement la mesure du phénomène de répétition de forfaits, et d'autres part, elles n'analysent que peu, voire pas, les effets des différentes mesures sur celui-ci, or, c'est seulement en passant par cette opération d'évaluation que les bonnes mesures peuvent être prises, puis optimisées, et les mauvaises évitées. En effet, comme le souligne A. Kensey, "*comprendre, c'est le début de l'efficacité. L'évaluation, c'est la vérification que les bonnes idées ont bien l'effet qu'on leur prête*"⁵¹⁰. Dès lors, il n'est pas impossible de partir de postulats empiriques, mais ceux-ci doivent être vérifiés avant toute mise en œuvre, et donc tout apport législatif en ce sens. Prenant l'exemple des peines plancher, le rapport Geoffroy souligne que "*l'effet des peines minimales dans les pays qui en ont mis en place demeure difficile à apprécier*"⁵¹¹, et pourtant, ces dernières ont été insérées dans notre droit positif précisément un mois plus tard. C'est ainsi que P.-V. Tournier, J.-L. Senon, et P. Pottier,

⁵⁰⁷ ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive* – op. cit., p. 67.

⁵⁰⁸ SENON J.-L., MANZANERA C. – *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté* – op. cit.

⁵⁰⁹ DEBOVE F. – op. cit.

⁵¹⁰ KENSEY A. – *Prison et récidive* – op. cit., p. 19.

⁵¹¹ GEOFFROY G. – op. cit., p. 23. L'exacte même phrase se retrouve dans le rapport Zochetto, cf. ZOCHETTO F. – op. cit., p. 28.

trois auteurs sur les travaux desquels nous nous sommes appuyés dans cette étude, auxquels s'étaient joints les voix d'autres professionnels, ont publié une tribune dans Le Monde du 10 septembre 2005, soit pendant les travaux préparatoires de la loi du 12 décembre 2005, intitulé "Il faut créer un observatoire de la récidive" dans laquelle ils soulignaient que "dans une société solidaire où le corps social se doit de réagir avec détermination quand l'un des siens est atteint, améliorer la connaissance scientifique sur ces questions est une obligation morale vis-à-vis des victimes des crimes et des délits et de leurs proches. C'est aussi la seule façon de rendre illégitimes les approches démagogiques et stériles qui nient la gravité de ces questions ou, au contraire les dénaturent à travers un discours sécuritaire dont le principal inconvénient, pour les victimes potentielles, est d'être inopérant"⁵¹². Cette tribune a donné lieu à la création de la Commission d'analyse et de suivi de la récidive présidée par J.-H. Robert. Le premier rapport publié par le Commission est riche en informations, toutefois, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un observatoire perpétuel et sa composition, pauvre en chercheurs, contrairement aux recommandations de J.-H. Robert lui-même, a déçu⁵¹³. Il a fallu attendre la loi pénitentiaire de 2009, soit après l'entrée en vigueur de nombre de réformes, pour que la création de cet observatoire soit prévue. En effet, aux termes de l'article 7 de ladite loi, sera créé par décret un "observatoire indépendant chargé de collecter et d'analyser les données statistiques relatives aux infractions, à l'exécution des décisions de justice en matière pénale, à la récidive et à la réitération, établit un rapport annuel et public comportant les taux de récidive et de réitération en fonction des catégories d'infraction et des peines prononcées et exécutées (...) Ce rapport présente une évaluation des actions menées au sein des établissements pénitentiaires en vue de prévenir la récidive et la réitération, favoriser la réinsertion et prévenir le suicide". Une telle initiative, bien que tardive, doit être saluée, même si à ce jour aucun décret d'application n'a encore été pris en ce sens.

Par ailleurs, il est également déploré que la criminologie ne soit pas une discipline à part entière en France. En effet, à partir du moment où des notions éminemment criminologiques, telles que la notion de dangerosité, ont fait leur entrée en droit positif –et bien que nous préconisions leur sortie-, il semble capital que la recherche et la formation soient développées dans notre pays. C'est par ailleurs ce que préconise notamment V. Lamanda dans son rapport⁵¹⁴. Ainsi, avec une meilleure 'appréhension' des modalités et causes de passage à l'acte, sans que l'on puisse véritablement parler de 'compréhension', il serait là encore possible de développer des mesures adaptées, mais également de mieux former les experts et psychiatres associés à la justice sur ces éléments⁵¹⁵.

B. La rationalisation du recours à la loi

Enfin, et c'est peut être le point, sinon le plus important, du moins celui qui a la vocation la plus générale et pourrait dès lors être étendu au droit pénal tout entier, arrêtons de légiférer au moindre

⁵¹² BLANC A., POTTIER P., SENON J.-L., SOULEZ-LARIVIÈRE D., TOURNIER P.-V. – *Il faut créer un observatoire de la récidive* – Le Monde, 10 septembre 2005

⁵¹³ Le Commission souligne d'ailleurs elle-même que "pour progresser en efficacité dans la prévention, le phénomène de la récidive devrait faire l'objet de recherches plus approfondies et d'évaluation des dispositifs de prévention ou de dissuasion existants", cf. ROBERT J.-H. (dir.) – *Rapport établi par la commission d'analyse et de suivi de la récidive* – *op. cit.*, p. 17.

⁵¹⁴ V. Lamanda pose dans son rapport 23 propositions : les quatre premières concernent directement et explicitement le développement de la criminologie ("1- Promouvoir la recherche et l'enseignement en criminologie ; 2- Confier la définition des orientations et des priorités de recherche criminologique, la coordination des différentes études et la valorisation de leurs résultats à un conseil scientifique national ; 3- Favoriser l'enseignement universitaire approprié à l'acquisition de la qualification de criminologue clinicien ; 4- Compléter en criminologie clinique les formations initiale et continue de certains professionnels"), cf. LAMANDA V. – *op. cit.*, p. 68. ; v. déjà FENECH G. – *Rapport sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* – *op. cit.*, p. 28, qui "plaide pour le développement de l'enseignement de la psycho-criminologie en faculté, sur le modèle du diplôme spécialisé qui a été créé à la faculté de Poitiers" et dont J.-L. Senon est actuellement un des enseignants.

⁵¹⁵ À ce titre, J.-P. Garraud prônait quant à lui la création d'une "école de formation des experts", cf. GARRAUD J.-P. – *op. cit.*, p. 36, reprise par le rapport Fenech, cf. FENECH G. – *Rapport sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* – *op. cit.*, p. 13.

fait divers. Délit de bizutage, délit de racolage, délit d'occupation de halls d'immeuble, ou encore la législation relative aux attaques de chiens dangereux, et bien sûr, la récidive, la liste est longue, voire sans limite. "*Chaque malheur, public ou publiquement connu, entraîne –c'est une banalité de le rappeler- une réaction législative ou réglementaire*" déplore J.-H. Robert⁵¹⁶. Pour que la loi conserve sa valeur symbolique, mais aussi, plus prosaïquement, pour qu'elle reste cohérente et efficace, il est indispensable que le législateur imperméabilise son œuvre contre les faits divers et les pressions de l'opinion publique, comme celles, d'ailleurs, des victimes, qui, si elles sont évidemment légitimes, n'en sont pas moins irraisonnées, de sorte l'affirmation du député M. Hunault, rapportée dans rapport Fenech, et selon laquelle "*l'actualité est suffisamment ponctuée de crimes commis par des personnes qui ont déjà tué pour que l'on fasse droit aux souhaits des familles*"⁵¹⁷, nous interpelle⁵¹⁸. Nous l'avons vu, la création d'un "*Conseil National de Politique Criminelle*" pourrait contribuer à aider le législateur dans ce qui s'annonce être un véritable labeur.

De manière encore plus pragmatique, il semble qu'il faille rétablir une vérité, à savoir que "*nous n'éradiquons jamais définitivement le crime. Même en rétablissant la peine de mort, même en multipliant par dix ou cent le nombre de prisons*"⁵¹⁹ et que, de la même manière, "*la récidive, elle aussi, est inscrite profondément dans l'histoire de l'humanité. Il faut lutter de toutes ses forces contre elle, mais savoir aussi qu'elle dépend de facteurs que personne ne maîtrise complètement, le juge pas plus qu'un autre*"⁵²⁰. Pas plus que le législateur, que le médecin, le psychiatre. Cependant, si les bons efforts sont déployés, la récidive diminuera, de manière significative. Mais il faut se préparer au fait que, malgré ces efforts, la récidive continuera à exister, sauf à verser dans le totalitarisme le plus complet, et encore⁵²¹. Il y aura donc d'autres faits divers, et d'autres atrocités. Il faut simplement se garder de les voir comme des échecs de la politique pénale qui appellent nécessairement une réforme, et laisser le droit et les acteurs qu'il implique agir au mieux qu'ils le peuvent, de toutes leurs forces. En d'autres termes, il est indispensable d'accepter avec humilité, mais sans pour autant baisser les bras ou au contraire trop les serrer, que le risque zéro n'existe pas.

⁵¹⁶ ROBERT J.-H. – *La politique pénale : ressorts et évolutions* – op. cit.

⁵¹⁷ FENECH G. – *Rapport sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* – op. cit., p. 53.

⁵¹⁸ Ainsi, comme le souligne P.-J. Delage, "*Il ne peut être exigé de quiconque a vu sa vie brisée par un terrible évènement quelque pondération devant les principes - seraient-ils les plus fondamentaux du droit pénal et des droits de l'homme - se dressant tels d'indécents obstacles à leurs espoirs de reconnaissance ou de soulagement. Devant l'immensité de la souffrance, de l'incompréhension ou de la révolte, il ne peut être opposé, à ceux qui éprouvent de tels sentiments, une quelconque raison juridique ; on ne saurait donc remettre en cause la légitimité de leurs revendications, y compris les plus radicales. Cette sollicitude, en revanche, ne peut être accordée au législateur*", cf. DELAGE P.-J. – *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité* – RSC 2007, p. 797.

⁵¹⁹ PORTELLI S. – *Traité de démagogie appliquée* – op. cit., p. 38.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ "*Une société totalement délivrée du risque de récidive criminelle, sauf à sombrer dans les dérives totalitaires, ne serait plus une société humaine. Le phénomène, à des degrés divers, selon les lieux et les époques, marque malheureusement l'histoire du monde. C'est pourquoi il faut s'efforcer de le juguler au mieux, faute de pouvoir jamais le supprimer.*", cf. LAMANDA V. – op. cit., p. 65.

Annexe

Annexe 1 : Comparaison entre le *quantum* moyen des peines d'emprisonnement prononcées en 2005 pour les infractions en état de récidive et les peines plancher.

<i>Quantum</i> maximum de la peine pour les infractions hors récidive		<i>Quantum</i> moyen prononcé en cas de récidive	Peines plancher
Crimes	30 ans	15,7 ans	10 ans
	20 ans	13,9 ans	7 ans
	15 ans	15,9 ans	5 ans
Délits	10 ans	1,6 an	4 ans
	7 ans	1 an	3 ans
	5 ans	8,5 mois	2 ans
	3 ans	5,7 mois	1 an

Source : Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs – ZOCHETTO F., Sénat, n°358, 3 juillet 2007, p. 33.

Bibliographie

Ouvrages :

Ouvrages généralistes :

- CORNU G. – *Vocabulaire Juridique* – PUF, Collection Quadrige, 7^e édition, 2005.
- GASSIN R. – *Criminologie* – Dalloz, Collection Précis, 6^e édition, 2007.
- MAYAUD Y. – *Droit pénal général* – PUF Droit, Collection Droit Fondamental, 3^e édition, 2010.
- MERLE R., VITU A. – *Traité de droit criminel* – Cujas, Tome I, 7^e édition, 1997.
- PRADEL J. – *Droit pénal comparé* – Dalloz, Collection Précis, 2^e édition, 2002.

Ouvrages spécialisés :

- ALVAREZ J., BASEX H., MBANZOULOU P., RAZAC O. (dir.) – *Les nouvelles figures de la dangerosité* – L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2008.
- BRIEGEL F., PORRET M. (dir) – *Le criminel endurci, récidive et Récidivistes du Moyen-Âge au XX^e siècle* – Recherches et rencontres, Publications de la Faculté de lettres de Genève, Droz, 2006.
- CARBONNIER J. – *Droit et passion du droit sous la V^e République* – Flammarion, Collection Champs Essais, 1996.
- CARIO R., HERAUT J.-C. (dir), *Les abuseurs sexuels : quel(s) traitement(s) ?* – L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, 1999.
- CONTE P., TZITZIS S. (dir) – *Peines, dangerosité, quelles certitudes ?* – Dalloz, Collection Essais de philosophie pénale et de criminologie, Institut de Criminologie de Paris, volume 9, 2010.
- KENSEY A. – *Prison et récidive* – Armand Colin, Collection Sociétales, 2007.
- LANDRY M. – *L'état dangereux : un jugement déguisé en diagnostic* – L'Harmattan, Collection Psychologiques, 2002.
- MUCHIELLI L. (dir) – *La frénésie sécuritaire, retour à l'ordre et nouveau contrôle social* – La Découverte, Collection Sur le Vif, 2008.
- MORICE A., D'HERVE N. – *Justice de sûreté et gestion des risques, approche pratique et réflexive* – L'Harmattan, Collection Bibliothèques de Droit Pénal, 2010.
- PORTELLI S. – *Traité de démagogie appliquée* – Michalon, Collection Régénération, 2006.
- RIEFFEL R. – *Sociologie des médias* – Ellipses, Collection Infocom, 2005.

Littérature et Philosophie :

- ARISTOTE – *Éthique à Nicomaque* – Vrin, Collection Bibliothèque des textes philosophiques, traduction TRICOT J., 11^e tirage, 1997.
- DURKHEIM E. – *Le suicide, étude de sociologie (1897)* – Référence numérique (v. infra, Sites Internet).
- FARAGO F. (dir) – *Philosophie, Terminales L-ES-S* – Bréal, 2004.
- FOUCAULT M. – *Dits et Écrits II (1976-1988)* – Gallimard, Collection Quatro, 2001.
- MONTESQUIEU – *Lettres persanes (1721)* – Le Livre de Poche, Collection Les Classiques de Poche, 2006.

PLATON – *Gorgias* – Flammarion, Collection GF, traduction par CANTO-SPERBER M., réédition 1993.

TOCQUEVILLE (de) A. – *De la démocratie en Amérique I (1835)* – Flammarion, Collection GF, 1981.

VOLTAIRE – *Candide ou de l'optimisme (1759)* – Gallimard, Collection Folio Classique, 1999.

Articles :

ALVAREZ J. – *Prison et récidive, Chronique sur les apports de la socio-démographie pénale au débat sur l'inflation carcérale et la récidive* – Revue de Science Criminelle 2008, p. 667.

BENILLOUCHE M. – *À propos des lois du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et du 23 janvier 2006* – Archives de Politique Criminelle 2006, n°28, p. 167.

BENESSIANO W. – *Mesures de sureté, conflits de lois dans le temps et droit constitutionnel pénal. À propos, notamment, de la décision n°2008-562 DC du Conseil constitutionnel* – Revue Française de Droit Constitutionnel 2008, n°76, p. 846.

BLANC A., POTTIER P., SENON J.-L., SOULEZ-LARIVIÈRE D., TOURNIER P.-V. – *Il faut créer un observatoire de la récidive* – Le Monde, 10 septembre 2005.

BONFILS P. – *La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi du 10 août 2007* – Actualité Juridique Pénal 2007, p. 363.

CAMOUS E. – *Un droit de la récidive en quête de cohérence* – Revue Droit Pénal 2009, n°2, étude 3.

CANETTI C. – *Nous allons vers la pénalisation de la maladie mentale* – Libération, 18 et 19 janvier 2003, p. 42.

CASTAIGNEDE J. – *Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement* – Recueil Dalloz 1999, p. 23.

CASTEL H. – *Quelle prison pour quelle réinsertion ? Réflexion à partir de quelques mois de détention, en France et au Mexique* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 53.

CHAUVENET A. – *"Les prisonniers" : construction et déconstruction d'une notion* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 41.

CHASTAND J.-B. – *Assemblée : le Gouvernement abuse-t-il de la procédure d'urgence ?* – lemonde.fr, 4 mars 2009.

CLEMENT P. – *Mieux prévenir la récidive* – Actualité Juridique Pénal 2005, p. 345.

CUSSON M. – *Pourquoi punir ?* – Revue de Science Criminelle 2006, p. 899.

DARSONVILLE A. – *La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride* – Recueil Dalloz 2006, p. 2116.

DEBOVE F. – *L'overdose législative* – Revue Droit Pénal 2004, n°10, étude 12.

DELAGE P.-J. – *La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité* – Revue de Science Criminelle 2007, p. 797.

FIECHTER-BOULVARD F. – *Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité"* – Archives de Politique Criminelle 2009, n°31, p. 265.

GARCON E. – *Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal* – Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 – La Semaine Juridique Édition Générale 2007, n°42, I 196.

GENDREAU P., GOGGIN C., CULLEN F. – *The effect of prison sentences on recidivism* – User Report 1999-3, Solicitor General, Canada, 1999.

- GENDREAU P., GOGGIN C., SMITH P. – *The effects of prison sentences and intermediate sanctions on recidivism : general effects and individual differences* - User Report 2002-01, Ottawa, Solicitor General, Canada, 2002.
- GIUDICELLI A. – *Le principe de la légalité en droit pénal français, aspects légistiques et jurisprudentiels* – Revue de Science Criminelle 2007, p. 509.
- HERZOG-EVANS M. – *La récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir* – Actualité Juridique Pénal 2005, p. 305.
- HERZOG-EVANS M. – *Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005* – Recueil Dalloz 2006, p. 182.
- HERZOG-EVANS M. – *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale* – Actualité Juridique Pénal 2007, p. 357.
- HERZOG-EVANS M. – *La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des principes cardinaux de notre droit* – Actualité Juridique Pénal 2008, p. 161.
- HERZOG-EVANS M. – *La loi "récidive III" : extension et aggravation de la "probation" obligatoire* – Recueil Dalloz 2010, p. 1428.
- HERZOG-EVANS M. – *v° Récidive* - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2007, dernière mise à jour 2010 .
- JANAS M. – *Le juge de l'application des peines : un acteur essentiel pour lutter contre la récidive* – Actualité Juridique Pénal 2005, p. 347.
- KENSEY A. – *Définir et mesurer la récidive : nécessité d'éclairer le débat* – Actualité Juridique Pénal 2007, p. 393.
- KERSHAW C., GOODMAN J., WHITE S. – *Reconviction of Offenders Sentenced or Released from prison in 1995* – London, Home Office, Research Finding, n°101, 1999.
- LANDREVILLE P. – *La Récidive dans l'évaluation des mesures pénales* – Déviance et Société 1982, Vol 6, n°4, p. 375.
- LARCHER G. – *Passeur d'idées* – Les Annonces de la Seine 2010, n°61, p. 7.
- LAZERGES C. – *De la fonction déclarative de la loi pénale* – Revue de Science Criminelle 2004, p. 194.
- LAZERGES C. – *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel* – Revue de Science Criminelle 2008, p. 731.
- LEBLOIS-HAPPE J. – *Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009* – Actualité Juridique Pénal 2010, p. 129.
- LEPAGE A. – *Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010* – La Semaine Juridique Édition Générale 2010, p. 335.
- LEVY R. – *Placement sous surveillance électronique : mieux évaluer avant d'aller plus loin* – Actualité Juridique Pénal 2005, p. 151.
- LOUCHARN P. – *Un meilleur accompagnement professionnel et judiciaire des fins de peine* – Actualité Juridique Pénal 2006, p. 445.
- MATSOPOULOU H. – *Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux* – Commentaire de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental – Revue Droit Pénal 2008, n°5, étude 5.

- MAYAUD Y. – *La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008* – Recueil Dalloz 2008, p. 1359.
- MILLY B. – *La prison, école de quoi ? Un regard sociologique* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 135.
- MOREAU F. – *La santé dans les prisons françaises* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 69.
- MUCHIELLI L. – *Criminologie, hygiénisme et eugénisme en France (1870-1914) : débats médicaux sur l'élimination des criminels réputés "incorrigibles"* – Revue d'histoire des sciences humaines 2000, n°3 p. 57-88.
- PONCELA P. – *La question de la récidive* – Revue de Science Criminelle 2005, p. 613.
- PONCELA P. – *Finir sa peine : libre ou suivi ?* – Revue de Science Criminelle 2007, p. 883.
- PORTELLI S. – *Les alternatives à la prison* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 15.
- POTTIER P. – *Repenser la peine de prison après la loi du 24 novembre 2009* – Pouvoirs 2010, La prison, n°135, p. 149.
- PRADEL J. – *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes (commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les "peines plancher")* – Recueil Dalloz 2007, p. 2247.
- PRADEL J. – *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux* – Recueil Dalloz 2008, p. 1000.
- RENAUT M.-H. – *Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive (de la notion de 'consuetudo delinquendi' au concept de dangerosité)* – Revue de Science Criminelle 2000, p. 319.
- ROBERT J.-H. – *Les murailles de silicium – Commentaire de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales* – Revue Droit Pénal 2006, n°2, étude 2.
- ROBERT J.-H. – *Le plancher et le thérapeute – Commentaire de la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* – Revue Droit Pénal 2007, n°10, étude 10.
- ROBERT J.-H. – *La politique pénale : ressorts et évolutions* – Pouvoirs 2009, La pénalisation, n°128, p. 103.
- ROBERT J.-H. – *Récidive législative – Commentaire de la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale* – Revue Droit Pénal 2010, n°5, étude 8.
- ROETS D. – *De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la... sûreté* – Revue de Science Criminelle 2010, p. 228.
- SALAS D. – *Présence de la victime dans le procès et sens de la peine* – Actualité Juridique Pénal 2004, p. 430.
- SANCHEZ J.-L. – *La relégation (loi du 27 mai 1885)* – Criminocorpus 2005, revue hypermédia, Autour des Archives d'anthropologie criminelle, 3.
- SAVATIER R. – *L'inflation législative et l'indigestion du corps social* – Recueil Dalloz 1977, p. 43.
- SENON J.-L., PRADEL J. – *De la prévention et de la répression des infractions sexuelles – Commentaire de la loi n°98-468 du 17 Juin 1998* – Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal 1998, 3-4, p. 208.
- SENON J.-L., MANZANERA C. – *Troubles mentaux et prison* – Actualité Juridique Pénal 2007, p. 155.

SENON J.-L., MANZANERA C. – *L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récidive* – Actualité Juridique Pénal 2007, p. 367.

SENON J.-L., MANZANERA C. – *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté* – Actualité Juridique Pénal 2008, p. 176.

TERRE F. – *La crise de la loi* – Archives de philosophie du droit 1980, Tome 25, p. 17.

TOURNIER P.-V., MARY-PORTAS F.-L. - v° *Statistiques pénales (infractions, mesures et sanctions)* - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2002.

TOURNIER P.-V. – *Peines d'emprisonnement ou peines alternatives : quelle récidive ?* – Actualité Juridique Pénal 2005, p. 315.

VERGES E., RIBEYRE C., ROBERT A.-G. – *Chronique législative* – Revue de Science Criminelle 2007, p. 853.

Législation nationale (positive ou abrogée) :

Circulaire :

Circulaire de la DAP n°113/PMJ1 du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation.

Décret :

Décret n°99-276 du 3 avril 1999 modifiant le code de procédure pénale et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation.

Lois :

Loi du 19 et 22 juillet 1791 relative à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle.

Loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes.

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

Loi n°83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale.

Loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

Loi n°87-1133 du 31 décembre 1987 tendant à réprimer la provocation au suicide.

Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur.

Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

Loi n°2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière.

Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite loi Perben II) .

Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

Loi n°2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice.

Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

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

Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.

Loi n°2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi.

Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

Loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.

Loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (dite LOPPSI 2) .

Ordonnance :

Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

Rapports :

Rapport de recherche sur les agresseurs sexuels pour la Direction Générale de la Santé – BALIER C., CIAVALDINI A., GIRARD-KHAYAT M., novembre 1996.

Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison – Rapport de la mission parlementaire auprès de D. Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, confiée à J.-L. Warsmann, député des Ardennes – WARSMANN J.-L., 28 avril 2003.

Rapport d'information sur le traitement de la récidive des infractions pénales – CLEMENT P., LEONARD G., Assemblée Nationale, n°1718, 7 juillet 2004.

Le placement sous surveillance électronique mobile – Rapport de la mission confiée par le Premier Ministre à M. Georges Fenech, député du Rhône – FENECH G., 22 avril 2005.

Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive – Rapport de la Commission santé-justice – BURGELIN J.-F., 6 juillet 2005.

Réponses à la dangerosité – Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier Ministre à M. J.-P. Garraud, député de la Gironde, sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux – GARRAUD J.-P., 19 octobre 2006.

Rapport de la commission d'audition et Recommandations de la commission d'audition – Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale, 25 et 26 janvier 2007, Ministère de la Santé et des Solidarités, organisé par la Fédération Française de Psychiatrie, avec le soutien de la Direction Générale de la santé et de la Haute Autorité de la Santé – ROSSINELLI G. (dir), mai 2007.

Rapport établi par la Commission d'analyse et de suivi de la récidive – ROBERT J.-H. (dir.), 28 juin 2007.

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs – ZOCHETTO F., Sénat, n°358, 3 juillet 2007.

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs – GEOFFROY G., Assemblée Nationale, n°65, 11 juillet 2007.

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental – FENECH G., Assemblée Nationale, n°497, 12 décembre 2007.

Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux – Rapport à M. le Président de la République – LAMANDA V., 30 mai 2008.

Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale" – Rapport Public Thématique – Cour des Comptes, juillet 2010.

Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de MM. J.-R. Lecerf, G. Barbier et Mme C. Demontès relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits – MICHEL J.-P., Sénat, n°216, 12 janvier 2011.

Jurisprudence :

Conseil Constitutionnel :

Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (dite décision Liberté d'Association) .

Décision n°2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

Décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

Cour Européenne des Droits de l'Homme :

Cour Européenne des Droits de l'Homme, 5^e section, affaire *M. c/ Allemagne*, requête n°19359/04, 17 décembre 2009, devenu définitif le 10 mai 2010.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, 5^e section, affaire *Grosskopf c/ Allemagne*, requête n°24478/03, 21 octobre 2010, n'étant pas encore devenu définitif.

Cour de Cassation :

Arrêts :

Cour de cassation, chambre criminelle, 28 novembre 1978, Bulletin Criminel 1978 n°335.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 février 1979, Bulletin Criminel 1979 n°74.

Cour de cassation, chambre criminelle 26 octobre 1987, inédit, pourvoi n°87-80708.

Cour de cassation, chambre criminelle, 27 novembre 1997, inédit, pourvoi n°97-84812.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 septembre 2000, Bulletin Criminel 2000 n°274.
Cour de cassation, chambre criminelle, 21 novembre 2000, Bulletin Criminel 2000 n°347.
Cour de cassation, chambre criminelle, 2 septembre 2004, Bulletin Criminel 2004 n°197.
Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mai 2006, Bulletin Criminel 2006 n°355.
Cour de cassation, chambre criminelle, 11 janvier 2011, à paraître au Bulletin, pourvoi n°10-81781.

Avis :

Cass. avis, 26 janvier 2009, Bulletin Criminel 2009, avis n°1.

Divers :

Apports communautaires :

Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle de décisions pénales adopté le 29 novembre 2000 - Journal officiel des Communautés européennes, 2001/C 12/02, 15 janvier 2001.

Décision-cadre n°2008/675/JAI relative à la prise en compte des décisions des condamnations entre États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, 24 juillet 2008.

Discours :

PORTALIS J.-E.-M. – *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* – 1801.

BOURDIEU P – *L'opinion publique n'existe pas* – Noiro, janvier 1972.

Propositions de loi :

Proposition de loi n°1961, relative au traitement de la récidive des infractions pénales, déposée par MM. CLEMENT P. et LEONARD G. à l'Assemblée nationale le 1^{er} décembre 2004.

Proposition de loi n°51, adoptée en première lecture par le Sénat, relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits, transmise par M. Le Président du Sénat à M. Le Président de l'Assemblée Nationale le 25 janvier 2011 (n°3110).

Proposition de loi n° 3102 visant à lutter contre la récidive, déposée par GERARD B. à l'Assemblée Nationale le 13 janvier 2011.

Recommandations :

Recommandation REC (2000) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté – 29 novembre 2000.

Recommandation REC (2003) 22 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres concernant la libération conditionnelle – 24 septembre 2003.

Statistiques :

LECOMTE C., TIMBART O. – *Les condamnés de 2001 en état de récidive* – Infostat Justice, Bulletin d'information statistique n°68, juillet 2003.

RAZAFINDRANOVONA T. – *Les condamnés de 2004 en état de récidive* – Infostat Justice, Bulletin d'information statistique n°88, juillet 2006.

CARRASCO V., TIMBART O. – *Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération* – Infostat Justice, Bulletin d'information statistique n°108, septembre 2010.

Sites Internet :

Sites cités :

(Les éléments ci-dessous ont déjà été cités *supra*, dans la bibliographie. Cette rubrique a pour objet de regrouper les adresses Internet données dans les développements du mémoire, dans l'ordre de citation).

DURKHEIM E. – *Le suicide, étude de sociologie* – 1897 :

http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/suicide/suicide_intro.pdf

SANCHEZ J.-L. – *La relégation (loi du 27 mai 1885)* – Criminocorpus, revue hypermédia, Autour des Archives d'anthropologie criminelle, 3 : <http://criminocorpus.revues.org/181>

Le service public pénitentiaire, "prévenir la récidive, gérer la vie carcérale" – Rapport Public Thématique, Cour des Comptes, juillet 2010 : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=104000386&brp_file=0000.pdf

Dossier réalisé par le Ministère de la Justice et des Libertés concernant le Commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté : <http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-250208-sur-la-retention-de-surete-11142/les-commissions-pluridisciplinaires-des-mesures-de-surete-16212.html>

Dossier législatif concernant la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, réalisé par le Sénat :

<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl06-333.html>

BOURDIEU P. – *L'opinion publique n'existe pas* – exposé fait à Noroit en janvier 1972 :

<http://www.homme-moderne.org/societe/socio/bourdieu/questions/opinionpub.html>

PORTALIS J.-E.-M. – *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* – 1801 :

http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf

CHASTAND J.-B. – *Assemblée : le gouvernement abuse-t-il de la procédure d'urgence ?* – lemonde.fr, 4 mars 2009 : http://www.lemonde.fr/politique/article/2009/03/04/assemblee-le-gouvernement-abuse-t-il-de-la-procedure-d-urgence_1163251_823448.html

Rétention de sûreté : les français très largement d'accord avec la loi – sondage réalisé par l'institut IFOP pour lefigaro.fr : <http://lci.tf1.fr/france/justice/2008-02/francais-tres-largement-accord-loi-4867913.html>

ROSSINELLI G. (dir) – *Recommandations de la commission d'audition* – Audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale, 25 et 26 janvier 2007, Ministère de la Santé et des Solidarités, organisé par la Fédération Française de Psychiatrie, avec le soutien de la Direction Générale de la santé et de la Haute Autorité de la Santé, mai 2007 : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_551918/expertise-psychiatrique-penale-recommandations-de-la-commission-d-audition. *Rapport de la commission d'audition* : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_551921/expertise-psychiatrique-penale-rapport-de-la-commission-d-audition

Diminuer la récidive chez les délinquants au moyen de programmes de traitement dispensés en établissement - Forum – Recherche sur l'actualité correctionnelle, volume 8, n°3 (Canada) : <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/forum/e083/e083a-fra.shtml>

Dossier législatif concernant la proposition de loi relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits (2011), réalisé par le Sénat : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl09-649.html>

Autres sites consultés :

Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/>

Cairn : <http://www.cairn.info/>

Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

Conseil de l'Europe (base de donnée jurisprudentielle) : <http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc/>

Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr/>

Dalloz : <http://www.dalloz.fr/>

Légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Lexis-Nexis Juris-Classeur : <http://www.lexisnexus.fr/>

Sénat : <http://www.senat.fr/>

Table des matières

Remerciements	1
Liste des abréviations et acronymes	3
Sommaire.....	5
Introduction	7
Partie I – Mutation de la lutte contre la récidive : de la punition à la prévention.	12
Titre 1 – Punir : la sanction de l'hostilité	13
Chapitre 1 – Le principe d'une répression accrue	13
I. La répression de la récidive : une sévérité augmentée	13
A. Les fondements d'une répression renforcée : une finalité évolutive	13
B. Le système de 1994 : le jeu de la circonstance aggravante	15
II. L'affinement du système vers plus de sévérité : la loi du 12 décembre 2005	16
A. La consécration de la notion de réitération	17
B. L'élargissement du champ d'application de la récidive légale	18
Chapitre 2 – Le renforcement d'une répression accrue	20
I. Le renforcement de la sévérité au stade du prononcé de la peine	20
A. Les cas des majeurs : des peines prononcées plus longues par l'effet des planchers	21
B. Le cas de mineurs : entre peines plancher et atténuation de l'excuse de minorité	23
II. Le renforcement de la sévérité au stade de l'exécution de la peine	24
A. Réduction des possibilités d'aménagements de peine par les juridictions de jugements	24
B. Réduction des possibilités d'aménagements de peine postérieures	25
Titre 2 – Prévenir : l'appréhension de la dangerosité	28
Chapitre 1 – L'homme dangereux : un être à surveiller (la gestion du risque)	28
I. De la répression à la prévention	29
A. Élément distinctif : les mesures de sûreté	29
B. Élément commun : surveiller la dangerosité déterminée par l'expert	31
II. De la surveillance à la neutralisation	33
A. La privation de liberté par la sanction du non-respect des obligations	33
B. La privation de liberté par la rétention de sûreté.....	34
Chapitre 2 – L'homme dangereux : un être à soigner (le traitement du risque)	36
I. La justice prescriptrice de soins : une concentration originelle sur les auteurs d'infractions sexuelles	36
A. L'utilité d'un traitement spécifique des agresseurs sexuels	36
B. L'insuffisance de la castration chimique dans le cadre du traitement des agresseurs sexuels	38
II. La justice prescriptrice de soins : une systématisation pour tous les auteurs d'infractions faisant encourir un suivi socio-judiciaire.....	39
A. La généralisation progressive du soin comme moyen de lutte contre la récidive.....	39
B. L'incitation au consentement dans le cadre de l'injonction de soins	40
Partie II – Évaluation de la lutte contre la récidive : des critiques aux propositions.	43
Titre 1 – Critiquer : l'illusion de sécurité	44
Chapitre 1 – Des lois injustifiées et instrumentalisées	44
I. La récidive et les chiffres	44
A. Faire parler les chiffres	44
B. Les chiffres de la récidive	45
II. La loi et l'opinion publique	47
A. Le récidiviste bouc émissaire	47
B. La loi potion magique	48
Chapitre 2 – Des lois inefficaces et impraticables	50

I. Punir : la sévérité désavouée, la dissuasion discutée	51
A. L'échec de la sévérité	51
B. Les limites de la dissuasion	53
II. Prévenir : écueils théoriques et pratiques.....	54
A. Limites théoriques à l'objectif de prévention	54
B. Limites pratiques à l'objectif de prévention	58
Titre 2 – Proposer : la réorientation vers l'efficacité.....	61
Chapitre 1 – La valorisation du temps carcéral : l'engagement dans un cercle vertueux.....	61
I. La valorisation du temps carcéral.....	62
A. La prison, le temps pour agir	62
B. La sortie de prison, moment crucial	64
II. Le renversement des pratiques et des opinions.....	67
A. Inversement des tendance et réorientation des moyens	67
B. L'action sur l'opinion publique	69
Chapitre 2 – L'épuration du droit positif : l'engagement dans un processus rationalisé	70
I. La refonte des mesures de sureté.....	71
A. Prudence et retenue	71
B. Mise au clair et mise en œuvre.....	73
II. L'interruption du train législatif	74
A. Le développement de la formation et de la recherche	74
B. La rationalisation du recours à la loi	75
Annexe.....	77
Bibliographie	78
Ouvrages :	78
Articles :.....	79
Législation nationale (positive ou abrogée) :.....	82
Rapports :.....	83
Jurisprudence :	84
Divers :.....	85
Sites Internet :	86
Table des matières	88