



Alexandre Roy

Étude du principe d'individualisation en matière pénale

ROY Alexandre. *Étude du principe d'individualisation en matière pénale*, sous la direction de Xavier Pin. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2016.

Disponible sur : www.theses.fr/2016LYSE3054



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer ni l'adapter.



N°d'ordre NNT : 2016LYSE3054

THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON
opérée au sein de
Université Jean Moulin – Lyon 3

Ecole Doctorale N° ED 492
Ecole doctorale de droit

Discipline de doctorat : Doctorat de droit
Spécialité : Droit pénal et sciences criminelles

Soutenue publiquement le 09/11/2016, par :
Alexandre ROY

**Étude du principe d'individualisation en
matière pénale**

Devant le jury composé de :

BONIS-GARCON Evelyne, Professeur à l'Université de Bordeaux
GIACOPELLI Muriel, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
MISTRETTA Patrick, Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon 3
PY Bruno, Professeur à l'Université de Lorraine

Rapporteur
Assesseur
Assesseur
Rapporteur

PIN Xavier, Professeur à l'université Jean Moulin – Lyon 3

Directeur de thèse

À mes parents, ma famille, mes amis

Étude du principe d'individualisation en matière pénale

SOMMAIRE

Introduction

PREMIERE PARTIE

Le principe d'individualisation, un principe tourné vers l'efficacité de la sanction

TITRE 1. Le principe d'individualisation, garantie d'une peine juste

Chapitre 1. Une compatibilité certaine avec l'égalité

Chapitre 2. Une incompatibilité potentielle avec l'égalité

TITRE 2. Le principe d'individualisation, garantie d'une peine utile

Chapitre 1. L'individualisation, utile à la répression

Chapitre 2. L'individualisation, utile à la resocialisation

SECONDE PARTIE

Le principe d'individualisation, une mise en œuvre garantissant partiellement l'efficacité de la sanction

TITRE 1. L'efficacité atteinte par une détermination libre de la peine

Chapitre 1. La libre détermination de la peine

Chapitre 2. La libre détermination des modalités d'exécution de la peine prononcée

TITRE 2. L'efficacité à perfectionner par une meilleure connaissance du délinquant

Chapitre 1. Améliorer la connaissance du délinquant

Chapitre 2. Repenser l'architecture du procès pénal

Conclusion

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AJ Pénal</i>	Actualité Juridique de droit Pénal
Al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée Plénière
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
C/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass. crim.	Arrêt de chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Chron.	Chronique
Conv. EDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Cons. const.	Conseil Constitutionnel
Consid.	Considérant (s)
Contra	Solution contraire
C. pén.	Code pénal français
C. proc. Pén.	Code de procédure pénale français
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Déc.	Décision
Décr.	Décret
<i>Doc. Franç.</i>	La Documentation française
Doct.	Doctrine
<i>Dr. pén.</i>	Revue droit pénal
Ed.	Edition (s)
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais

<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>In</i>	Dans
Infra	Ci-dessous
JCP.	La Semaine juridique Edition générale
JO	Journal officiel
Jurisp.	Jurisprudence
L.	Loi
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N°	Numéro
Obs.	Observation
Op. cit.	<i>Opere citato</i>
P.	Page(s)
PP	Procédure pénale
PUF	Presses universitaires de France
Rapp.	Rapport
Résol.	Résolution
<i>Rev. pénit.</i>	Revue pénitentiaire et de Droit Pénal
RSC	Revue de Sciences Criminelles et de Droit pénal comparé
S.	Suivant(s)
Spéc.	Spécialement
Ss dir.	Sous la direction de
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	tome
V.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

1. Le principe d'individualisation¹ en matière pénale a été introduit pour la première fois dans le Code pénal de 1992 aux articles 132-24 à 132-70. Néanmoins, il existait déjà dans le droit positif puisqu'en 1898, Raymond Saleilles avait publié un ouvrage : *L'individualisation de la peine*², dans lequel il analyse le problème de l'adaptation de la peine à chaque personne³. Pour lui, la peine doit être adaptée aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de son auteur. Au-delà de l'infraction commise, la personne apparaît avec son passé et son avenir, et il faut tenir compte de tous ces paramètres afin que la peine soit juste et qu'elle permette davantage de resocialiser plutôt que de marginaliser. C'est ainsi que l'individualisation de la peine apparaît comme la manifestation de l'humanisation de la répression en adaptant la peine à l'auteur de l'infraction.
2. **Définition.** L'individualisation de la peine a beaucoup évolué depuis Raymond Saleilles, bien qu'elle n'ait été affirmée que très récemment⁴ par le Conseil constitutionnel⁵.

¹ L'expression « personnalisation » est parfois privilégiée à celle d'« individualisation » : certains auteurs considèrent que la première serait la résultante de la seconde et marquerait un effort supérieur d'adaptation de la peine (R. VIENNE, *De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure*, in Mél. Ancel, Pedone, T. 2, 1975, p. 195). Cependant, cette distinction n'emporte pas notre conviction. Il en est de même pour la distinction fondée sur le fait que la « personnalisation » s'effectuerait au stade du prononcé de la peine et l'« individualisation » au stade de son exécution (M. GIACOPELLI, *Approche critique de la Courte peine d'emprisonnement*, *Dr. pén.* 2014, étude 14, n° 7). L'expression « personnalisation » est surtout utilisée pour souligner que la peine doit aussi être adaptée aux personnes morales (Th. PAPTHERODOROU, « La personnalisation des peines dans le nouveau Code pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 17). De notre point de vue, cette distinction nous semble peu pertinente pour deux raisons : d'une part, l'article 132-1 alinéa 2 du Code pénal pose le principe général de l'« individualisation » de la peine prononcée et d'autre part, le Conseil constitutionnel utilise indifféremment le terme de « personnalisation » et d'« individualisation » (V. *infra* n° n°249). Par conséquent, et comme le terme utilisé pour la première fois en 1898 par Raymond SALEILLES est l'« individualisation », nous retiendrons dans cette étude cette expression (R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Paris, Félix Alcan, 3^e éd., 1927).

² R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Paris, Felix Alcan, 3^e éd., 1927.

³ Sur Raymond SALEILLES, Voir la notice du *Dictionnaire historique des juristes français, XIIIe-XVe siècle*, dir. P. ARABEYRE, J.-L. HALPERIN, J. KRYNEN, PUF, « Quadrige », 2015, 2^e éd.

⁴ Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC ; Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC. Dans cette décision, le Conseil consacre clairement le principe d'individualisation de la peine.

⁵ Il convient de souligner que le Conseil constitutionnel s'est montré particulièrement avant-gardiste puisqu'au niveau européen, ni la Cour européenne des droits de l'homme, ni la Cour de justice de l'Union européenne ne consacrent clairement l'individualisation. En effet, la Conv. EDH ne contient pas de dispositions générales sur le principe de nécessité, ce qui ne lui permet pas clairement de consacrer un principe général d'individualisation qui en découlerait. Elle contrôle le respect de la Convention tantôt par un contrôle *in abstracto*, tantôt *in concreto* indispensable à l'individualisation favorisant une jurisprudence quelque peu décousue. La Cour de justice de l'Union européenne semble fournir davantage de précisions sur l'individualisation puisque l'article 81 CE et 82 CE considère que « certaines contraintes s'imposent à la Commission » et que « celle-ci est tenue de respecter le principe d'individualisation des peines et des sanctions ». Mais l'appréciation qu'en fait la Cour est assez fluctuante puisque parfois elle l'assimile au principe de personnalité des peines (CJUE, 10 avr. 2014, C-247/11 P, Areva et a. c. Commission), parfois, sa conception se rapproche de celle du Conseil constitutionnel (CJUE, 10 avr. 2014, C-231/11 P, Siemens Österreich e.a. et Siemens Transmission-Distribution e.a. et c. Commission) ; V. sur sujet : S. DETRAZ, « Les fondements supra-législatifs de l'individualisation des peines » in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, n° XXVI, 2015, p. 25 et s.

L'individualisation répond tout d'abord aux différentes fonctions de la peine. La fonction répressive de la sanction pénale a toujours été l'objectif premier de cette dernière. Elle fut également complétée par la fonction d'élimination afin de mettre hors d'état de nuire des personnes considérées comme dangereuses. Mais la peine n'a pas pour seul but de punir, elle doit éviter que l'infraction ne se reproduise. Elle doit donc permettre de corriger notamment par la réadaptation sociale. Ainsi, l'individualisation de la peine permet donc de concilier ces deux impératifs⁶. L'individualisation de la peine est également nécessaire sur un plan moral : la justice devant être égale pour tous, il est indispensable d'appliquer des peines différentes puisque chaque personne est singulière⁷.

3. L'individualisation de la peine signifie adapter la sanction à la personnalité du délinquant et à la gravité de l'infraction dans le but de le sanctionner et de le resocialiser. Il convient, dès lors, de se demander à quel moment doit intervenir l'individualisation de la peine. Le choix de la peine peut intervenir à trois niveaux : au stade de la peine encourue, il s'agit alors de l'individualisation légale ; au niveau de la peine prononcée, l'individualisation est alors effectuée par un juge : on parle d'individualisation judiciaire ; et lors de l'exécution de la peine. Ainsi, le prononcé d'une peine est soumis à la règle de l'adaptation de celle-ci à chaque délinquant. Mais il convient d'expliquer le sens de l'individualisation avant d'en retracer son évolution et son actualité.

L'individualisation légale signifie que le législateur détermine les peines en application du principe de la légalité criminelle⁸. Il doit donc énoncer clairement les comportements contraires aux valeurs de la République et établir la peine qui doit être infligée aux contrevenants. La loi détermine donc le quantum de la peine en référence à la gravité de l'infraction et prévoit les conditions dans laquelle elle peut être augmentée, diminuée ou supprimée. Comme la loi est générale et impersonnelle, les éléments relatifs à l'auteur de l'infraction et les influences l'ayant conduit à passer à l'acte ne sont pas pris en considération. L'individualisation légale est ainsi très limitée car elle ne prend pas en compte la spécificité de la personnalité de l'individu. C'est pourquoi, la doctrine considère que l'individualisation légale est une fausse individualisation. Cependant, elle constitue la base nécessaire à l'individualisation judiciaire.

⁶ J. PRADEL, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau Code pénal », *RSC* 1977, p. 724.

⁷ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, BSC, p. 192 et ss.

⁸ « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* » : « Nul crime, nulle peine sans loi ».

4. La véritable individualisation ne commence qu'avec celle opérée par les juridictions de jugement. Il s'agit de l'individualisation judiciaire. Celle-ci consiste à adapter la peine, par le juge, aux spécificités de l'auteur d'une infraction. Le juge dispose alors d'une grande liberté pour déterminer la peine dans les limites fixées par le législateur. Il peut ainsi être plus sévère quand la rétribution ou l'élimination sont nécessaires, ou privilégier une peine plus douce afin de favoriser la resocialisation du délinquant.

Pour ce faire, il est indispensable qu'il puisse connaître les circonstances de l'infraction mais aussi la personnalité de l'auteur de l'infraction. Un examen scientifique de ce dernier devient indispensable pour permettre d'obtenir la décision la plus juste. Cet examen approfondi comprend, outre la connaissance du passé pénal de l'individu, une connaissance médicale, psychologique et sociale. Ces examens sont au cœur de l'individualisation judiciaire.

5. L'individualisation de la peine n'a progressé que lentement au Cours de l'histoire jusqu'à une date très récente. Date à partir de laquelle le principe d'individualisation a connu une évolution importante. Ainsi, pour mieux comprendre l'importance du principe d'individualisation dans le droit positif français, il est nécessaire d'en retracer l'évolution. Il ne s'agit pas ici de retracer tous les méandres de l'Histoire mais de se concentrer sur les éléments marquants de chaque grande période de l'histoire du droit pénal.

6. **Les premières conceptions de l'individualisation.** La peine est depuis toujours un châtement ; en effet, elle est souvent associée à la vengeance. Dans les sociétés primitives, la victime elle-même tente de trouver une forme de justice en infligeant à son tour une souffrance au malfaiteur. Quand les hommes se sont regroupés en communauté, ils ont essayé de réglementer l'exercice de la justice privée. La plus ancienne de ces réglementations est sans conteste la loi du Talion qui permet d'infliger une sanction égale à l'infraction commise. Elle existait chez les Hébreux puisque le livre de l'*Exode* en fait mention⁹. On en trouve également des traces dans la législation de Solon¹⁰ et dans la loi des Douze Tables¹¹. La loi du

⁹ « S'il y a un accident, tu donneras vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, pied pour pied, brûlure pour brûlure, fracture pour fracture, plaie pour plaie », *Exode*, XXI, 23 à 25.

¹⁰ Solon (644-560 av. J-C) est un législateur de la Grèce antique.

¹¹ La loi des Douze Tables est un Code publié à Rome sur des plaques de bronze vers 450 av J-C.

Talion fut également introduite par Mahomet dans le *Coran*¹². Le Code d'Hammurabi supprime l'équivalence entre le mal infligé au coupable et le tort qu'il a fait subir, et le remplace par une échelle de peines attachées à des faits minutieusement choisis, restreignant ainsi l'idée de vengeance privée¹³. La justice privée qui domine les relations entre individus ôte ainsi toute individualisation. La peine résulte uniquement de la gravité de la faute commise et non du délinquant.

Le droit romain et le début du Moyen Âge font entrevoir les prémices du principe de légalité en privilégiant les peines fixes¹⁴. Ainsi, à la fin du XIII^e siècle et au XIV^e siècle, certains coutumiers indiquent que les grands crimes doivent être punis de mort et que la fixité des peines doit s'étendre également aux criminels. Toutefois, la majorité des chartes conservent des peines arbitraires pour réprimer la récidive ou ajuster la sanction de l'injure. De plus, les juges ont pris l'initiative d'étendre leur pouvoir pour favoriser l'équité. Ils seront d'ailleurs soutenus par le roi qui, dès le début du XIV^e siècle, privilégie les peines indéterminées.

7. Au début du XVI^e siècle, la justice privée disparaît au profit de la justice d'État¹⁵. Le droit pénal reste principalement objectif : la répression est subordonnée à la gravité du dommage subi et non à la personnalité de l'agent et les influences l'ayant conduit à commettre l'infraction. Celle-ci constitue une faute qui appelle nécessairement une sanction¹⁶. La peine a donc pour fonction d'intimider et de neutraliser le malfaiteur en étant particulièrement sévère¹⁷. Cette sévérité est d'autant plus grande que les peines étaient arbitraires¹⁸. Cela ne signifie pas pour autant que le juge pouvait infliger n'importe quelle peine pour n'importe quelle infraction car le juge était lié par la coutume qui déterminait l'infraction et la sanction

¹² « Le voleur et la voleuse, à tous deux coupez la main, en punition de ce qu'ils sont acquis », *Coran*, Sourate 5, 'Al-Mâ'ida, 38 ; « Nous y avons prescrit pour eux vie pour vie, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent. Les blessures tombent sous la loi du Talion », *Coran*, Sourate 5, 'Al-Mâ'ida, 45.

¹³ J. BOTTERO, « Le code d'Hammurabi », *L'Histoire*, 1993, n° 168, p. 8.

¹⁴ Cette apparition précoce du principe de la légalité est une caractéristique du droit canonique, prépondérant à l'époque médiévale (J.-M., CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2014, p.179).

¹⁵ R. JACOB, *Le jugement de Dieu, naissance de la fonction de juger dans l'histoire européenne*, *Hist. de la Justice*, 1991, 4, p. 53.

¹⁶ A. LANGUI, *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit*, thèse, Rennes, 1965, p. 52.

¹⁷ Les peines infligées dans l'Ancien droit sont des peines corporelles très rigoureuses : peine de mort, châtements corporels, peines humiliantes...

¹⁸ Le fondement de l'arbitraire du juge était, selon les juristes de l'époque, la conséquence de la nécessité de parvenir à une parfaite individualisation des peines et plus particulièrement à l'équité. Jousse avait d'ailleurs écrit : « C'est dans le jugement et la manière de proportionner les peines aux crimes que consiste principalement le travail et l'industrie du juge » (Traité de justice criminelle, 1776, cité in E. TILLET, « Histoire des doctrines pénales », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, n° 31).

qui s'y rapportait¹⁹. En revanche, le juge pouvait moduler la peine en fonction des particularités de l'infraction. Par ailleurs, le sentiment d'arbitraire était d'autant plus fort que la répression dépendait de la catégorie sociale. En effet, les nobles et les ecclésiastiques bénéficiaient de privilèges²⁰.

8. L'individualisation sous l'Ancien Régime. Cependant, à la fin du XVII^e siècle, une évolution apparaîtrait. Les tribunaux et les justices seigneuriales sont tenus d'appliquer à la lettre les ordonnances royales sans pouvoir moduler la peine. Cette prérogative appartient dès lors aux Cours souveraines qui jugent en équité. Toutefois, ils ne peuvent pas incriminer librement. Si l'acte n'est pas punissable, les juridictions doivent demander au roi de promulguer une ordonnance. Ils ne peuvent pas non plus condamner à mort une personne sans avoir reçu une habilitation expresse. À la fin de l'Ancien Régime, l'arbitraire diminue mais demeure encore important. Le juge fixe librement les peines qui ne sont pas spécifiquement déterminées pour chaque sorte d'infraction. Il prononce toutes sortes de peines en ayant la possibilité de les cumuler, de les aggraver sans avoir à motiver son choix. À la veille de la Révolution française, les disparités étaient grandes puisque les peines pouvaient aller d'une légère condamnation à la mort. Face à cette justice arbitraire, des critiques émergent. Sous l'influence des philosophes des Lumières, une nouvelle conception de la peine est proposée.

9. La conception classique. Au XVIII^e siècle souffle un vent de protestation contre le système pénal de l'Ancien Régime. Les premières critiques ne viennent pas des juristes mais des philosophes. Jean de La Bruyère démontre l'atrocité de certains supplices. Montesquieu s'insurge contre les dérives de la vengeance sociale²¹. Voltaire proteste contre l'arbitraire et l'injustice²². Jean-Jacques Rousseau préconise, quant à lui, de limiter le champ de la répression²³. Ce Courant de protestations sera également porté par des pénalistes étrangers. Le premier est Jeremy Bentham. Il considère que la peine doit avoir pour objectif d'empêcher le passage à l'acte. La peine a ainsi un but préventif et utilitariste²⁴. Pour lui, il faut que la

¹⁹ A. LANGUI, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne », *Rev. Fac. Droit*, 13, 1992, p. 75-89.

²⁰ Pour la peine de mort, un noble était décapité alors qu'une personne du Tiers-État était pendue.

²¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre VI, ch. 12, 1748.

²² J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, PUF, Que sais-je ? 1989, p. 22.

²³ J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Le livre de poche, coll. Les Classiques de la philosophie, 1996, livre II, Chap. IV, « Des bornes du pouvoir souverain », p. 65-68.

²⁴ G. SEIGNALET, *Analyse fonctionnelle du principe de personnalisation de la peine*, Thèse, Montpellier 1, 2013, p. 78 et s.

personne qui a le choix entre commettre une infraction ou non réalise que son intérêt est dans le fait de s'en abstenir. Jeremy Bentham est donc favorable à des peines sévères. Cependant, la critique la plus importante est venue de Cesare Beccaria à la fin du XVIII^e siècle. Pour lui, le droit pénal doit être fondé sur la raison. Son ouvrage, *Traité des délits et des peines*, publié en 1764, obtient une renommée internationale et marque le début du droit pénal moderne. Pour limiter l'arbitraire des juges, il préconise l'égalité de la répression. En effet, il est indispensable que le citoyen connaisse à l'avance les comportements interdits. Cela exige donc que ceux-ci soient clairement définis par le législateur. Il recommande également que les peines soient proportionnées : « Les obstacles qui détournent les hommes de commettre des délits doivent être d'autant plus forts qu'ils sont contraires au bien public ; il doit donc y avoir une proportion entre les délits et les peines »²⁵. Enfin, pour que la peine soit utile à la société, il faut qu'elle soit « inévitable » et « prompte ». En effet, il ne s'agit « pas de torturer ou d'affliger un être sensible, ni de redresser des torts déjà commis mais d'empêcher le criminel de faire de nouveaux torts à ses concitoyens, et de dissuader les autres d'en faire autant »²⁶. En conséquence, Cesare Beccaria est partisan d'un adoucissement général des peines en prônant, à la différence de ses contemporains, la privation de liberté plutôt que la peine de mort, qu'il considère comme un mal supplémentaire pour la société.

10. Les idées de Cesare Beccaria ont un rayonnement si important qu'en 1786, le Grand-Duc de Toscane le charge de rédiger un Code pénal qui prévoira la légalité des peines et supprimera la peine de mort. Il en va de même en Autriche où Joseph II supprime la peine de mort en 1787²⁷. En France, certaines de ces idées seront retenues. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacre le principe de la légalité des peines à l'article 8. Le Code pénal de 1791 établit des peines fixes dans lequel le juge ne peut ni modifier la peine prévue par la loi ni en apprécier le quantum²⁸. Le Code pénal de 1810 conserve également le principe de la légalité des peines, mais instaure pour chaque infraction une peine maximale et une peine minimale, permettant ainsi une légère individualisation de la peine. Cette conception de la peine, basée exclusivement sur la gravité, se heurte à une autre conception de la justice, impliquant qu'il soit tenu compte des circonstances de l'infraction et de la

²⁵ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, GF Flammarion, 1991, p. 65 et 72.

²⁶ *Ibid.*, p. 73.

²⁷ Ces avancées ne seront que de courte durée puisqu'en Toscane et en Autriche, la peine capitale sera réintroduite dans leur droit respectif. V. B. GENINET, *Étude critique de la personnalisation de la peine*, Thèse, Paris I, 2000, p. 13.

²⁸ M. ANCEL, « Politique criminelle et psychologie judiciaire dans la détermination de la sanction pénale », *RSC* 1965, p. 937.

personnalité de l'auteur de l'infraction. C'est alors que va se développer une nouvelle conception : la conception néoclassique.

11. La conception néoclassique. Elle est représentée par le français François Guizot et le professeur Pellegrino Rossi. Pour eux, la peine doit être individualisée en tenant compte de la responsabilité morale du délinquant et pas seulement en tenant compte de la gravité objective de l'infraction. En effet, ils partent du postulat que les hommes ne sont pas tous égaux du point de vue de leur liberté, de leur santé, de leurs habitudes... Ainsi, il est donc normal que le juge puisse adapter la peine en fonction de ces éléments. En 1832, le législateur permet aux juridictions de jugement d'accorder des circonstances atténuantes permettant de descendre en dessous des seuils légaux. Il s'agit, pour reprendre la terminologie de Raymond Saleilles, du passage de l'individualisation légale à l'individualisation judiciaire²⁹. Cependant, cette conception se montre insatisfaisante faute de moyens suffisant pour comprendre l'état psychologique de la personne. C'est ainsi qu'un nouveau mouvement voit le jour à la fin du XIX^e siècle avec pour principal objectif de pallier cette difficulté. Il s'agit de la conception positiviste.

12. La conception positiviste. Elle constitue un tournant radical dans l'histoire du droit pénal. L'idée soutenue par ce Courant est que l'individu n'agit pas librement mais que son destin est scellé par des causes internes tenant au tempérament et à l'hérédité, et des causes externes résultant des conditions de vie économiques et sociales. Les causes de la délinquance doivent alors être recherchées par un examen anatomique et psychologique et par une bonne connaissance de son milieu social. Le représentant de ce Courant est Cesare Lombroso, professeur de médecine légale à Turin, qui publie en 1876 *L'homme criminel*. Il élabore une étude anthropologique du crime en essayant de dégager les caractéristiques de chaque délinquant. Ses travaux seront ensuite complétés par ceux du magistrat Raffaele Garofalo, auteur de *La Criminologie*, paru en 1885 et d'Alexandre Lacassagne, professeur de médecine légale, d'Enrico Ferri, auteur des *Nouveaux Horizons de la justice pénale*, paru en 1887. L'individualisation n'est alors plus fondée sur la responsabilité morale de la personne mais sur son anatomie. En conséquence, la peine disparaît au profit de mesures de sûreté destinées à soigner la « pathologie » criminelle. Il faut donc prévenir la commission d'une infraction afin de protéger la société contre la dangerosité des personnes. Cette dernière devient ainsi le

²⁹ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, op. cit., p. 14.

mètre étalon de la répression pénale permettant de classer les personnes selon qu'elles sont curables ou incurables. Pour les délinquants incurables, les positivistes proposent des mesures d'élimination par une mesure privative de liberté dans un pénitencier ou dans un établissement de soins. Pour les délinquants d'occasion, ils préconisent un encellulement individuel. Seuls les délinquants passionnels échappent à une mesure privative de liberté car « l'honnête homme » -selon Lombroso- ayant agi sous le coup d'une pulsion, seule une indemnité pécuniaire devrait lui être demandée. Ce courant de pensée a influencé différentes législations concernant le sursis, la libération conditionnelle, le régime des mineurs et les mesures de sûreté. Elle a également permis de donner une assise scientifique au droit pénal et une meilleure prise en compte de l'individu. Cependant, le postulat déterministe fut largement décrié, ce qui conduira certains auteurs à envisager une nouvelle conception de l'individualisation en tentant de concilier les théories existantes.

13. Des tentatives de compromis. En France, le premier à réaliser un compromis est Raymond Saleilles³⁰. Il soutient la nécessité des mesures de prévention et la nécessité d'individualiser la peine en l'adaptant à la personnalité du délinquant. Il démontre que le passage à l'acte résulte de la complexité de la personne humaine³¹. En effet, la seule chose commune à des personnes coupables d'une même infraction est la gravité intrinsèque de l'infraction. Pour le reste, chaque personne est différente. Il n'est alors pas juste qu'elles soient sanctionnées par une peine de même intensité. Il est donc normal que le juge ait le pouvoir de proportionner quantitativement la peine prescrite par la loi. D'autres pénalistes pensent la défense de la société non plus sur un plan dogmatique mais pragmatique. Il s'agit de Prins, Von Litz et Van Hamel qui fondent en 1889 l'Union internationale de droit pénal qui deviendra en 1927 l'Association internationale de droit pénal. Pour eux, il ne faut pas chercher à résoudre le problème du libre arbitre ou du déterminisme, mais se laisser guider par l'expérience pratique. Ainsi, ils ne s'opposent pas à l'utilisation des peines pour punir et aux mesures de sûreté qui permettent de neutraliser un état dangereux. De ces différentes conceptions, une nouvelle a progressivement émergé et a profondément révolutionné la vision du droit pénal : il s'agit de la Défense sociale.

La Défense sociale cherche à promouvoir une politique pénale plus humaniste. Son but est de protéger la société contre les délinquants mais également d'empêcher les délinquants de

³⁰ R. SALEILLES, *L'Individualisation de la peine*, op. cit.

³¹ R. SALEILLES, *ibid.*, p. 12.

réitérer leurs méfaits. Ils sont ainsi partisans d'une action systématique de resocialisation des individus³². Felipe Grammatica est en accord avec cette définition : la défense de la société passe indubitablement par une amélioration de la personne³³. Pour lui, l'État n'a pas le droit de punir, mais a le devoir de sociabiliser les personnes. Il est donc inutile d'infliger une peine, mais il faut prononcer des mesures préventives, éducatives et curatives, adaptées à la personnalité de l'individu et non en fonction de l'infraction. La Défense sociale remplace la responsabilité pénale par « l'anti-socialité subjective, c'est-à-dire celle qui est fondée sur la personnalité de l'individu réalisant un comportement contraire aux valeurs de la société. Felipe Grammatica préconise donc la mise en place de mesures de sûreté à durée indéterminée qui peuvent être prononcées indépendamment de l'accomplissement de la commission d'une infraction. Cela a suscité de nombreuses inquiétudes, particulièrement chez Marc Ancel qui élabore alors une nouvelle conception de la Défense sociale.

14. La Défense sociale nouvelle. Marc Ancel se réapproprie les conceptions antérieures. Ainsi, il retient l'idée que la peine est un châtement utile et proportionné. Par ailleurs, il ne rejette pas la responsabilité morale, mais il en modifie le terme. Celle-ci n'est plus fondée sur le libre-arbitre mais repose sur « le développement de ce sentiment inné de la responsabilité que tout homme, y compris le délinquant, possède nécessairement en lui »³⁴. La Défense sociale nouvelle cherche à développer la prise en considération par l'individu d'une morale. De la conception positiviste, Marc Ancel retient l'idée qu'il faut que la société réduise les occasions délictueuses. Elle doit donc prendre en compte tous les éléments psychologiques et sociaux qui ont conduit la personne à commettre une infraction. Cependant, il rejette le postulat du déterminisme et la fonction éliminatrice de la peine. La Défense sociale nouvelle retient surtout l'idée que la politique pénale et l'individualisation de la peine doivent reposer sur une étude scientifique et systématique du délinquant par le biais des sciences de l'homme. La Défense sociale nouvelle ne se contente pas de reprendre les idées du passé mais se montre aussi innovante. En effet, pour elle, la peine ne doit pas se contenter de rétribuer le passé mais elle doit être tournée vers le futur et traiter le délinquant par un examen approfondi de sa personnalité. Ce traitement doit avoir pour objectif de donner à la personne « le sens de la

³² M. ANCEL, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de Défense sociale », *RSC* 1973, p. 193.

³³ F. GRAMMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1964, p. 12.

³⁴ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 249

responsabilité »³⁵. La Défense sociale nouvelle instaure donc un nouveau paradigme : le traitement doit se concevoir à partir de la personnalité de l'individu et non plus à son encontre. Cela entraîne deux conséquences : d'une part, il est nécessaire de procéder à une étude précise du phénomène social pour pouvoir déterminer les comportements qui nécessiteront une réaction sociale ; d'autre part, l'individualisation doit permettre de mieux assurer la protection de la victime. Ainsi, pour la Défense sociale nouvelle, la détermination de la peine résulte d'une individualisation humaniste et scientifique. La détermination de la peine consiste alors à trouver le juste équilibre entre la rétribution du passé et l'amendement par la resocialisation³⁶. Pour parvenir à cela, l'individualisation ne peut donc pas être légale, seul le juge peut parvenir à trouver cet équilibre³⁷. Dans un tel système, le juge ne doit plus se fier uniquement à son intuition mais appuyer son avis sur des experts qualifiés. L'individualisation devient alors scientifique.

15. La conception néoclassique contemporaine. Il semble que certains auteurs contemporains s'orientent à nouveau vers les conceptions néoclassiques du XIX^e siècle. Les néoclassiques contemporains restent attachés à la fonction rétributive de la peine et considèrent que toute faute doit être sanctionnée proportionnellement à la gravité de l'acte commis. Ainsi, la personnalité de l'auteur ne doit pas effacer la fonction moralisatrice de la peine. Ils préconisent donc de limiter son influence et estiment qu'il ne faut pas donner au médecin des prérogatives appartenant normalement au juge. Pour autant, les néoclassiques contemporains ne rejettent pas complètement les idées de la Défense sociale nouvelle. Ils reconnaissent la nécessité de prendre en considération la personnalité de l'auteur d'une infraction mais, pour eux, celle-ci ne doit être utilisée que lors de l'exécution de la sanction. Ainsi, le jugement de condamnation doit sanctionner objectivement l'auteur de l'infraction et une fois le châtime prononcé, le condamné subit un traitement adapté à sa personnalité. Pour eux, il ne peut y avoir qu'une individualisation post-sententielle. Les pratiques actuelles de l'individualisation de la peine sont issues de ces différentes conceptions doctrinales.

³⁵ M. ANCEL, « Examen de conscience de défense sociale : le problème du traitement des délinquants », *RSC* 1978, p. 949.

³⁶ M. ANCEL, « Politique criminelle et psychologie judiciaire dans la détermination de la sanction pénale », *RSC* 1965, p. 938.

³⁷ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p.69.

16. Efficacité et pragmatisme. Un nouveau Courant doctrinal issu du mouvement américain *Law and Economics* a émergé progressivement en France et dans la plupart des pays européens³⁸. Ce mouvement, ayant une approche économique, serait le seul à pouvoir apporter une réponse pertinente aux questions juridiques contemporaines en se fondant sur le pragmatisme et l'efficacité³⁹. L'efficacité renvoie, comme l'indique le Professeur Philippe Conte, au résultat de l'application⁴⁰. En droit, ce mouvement s'applique principalement en matières civile et commerciale car les systèmes juridiques sont directement en concurrence⁴¹. *A priori*, le droit pénal serait moins concerné par ce mouvement dans la mesure où il est l'expression de la souveraineté d'une nation⁴². Pourtant, le droit pénal subit plusieurs pressions : d'une part, l'internationalisation tout comme son européanisation⁴³ constitue une réalité aujourd'hui incontournable⁴⁴ ; d'autre part, l'importance des débats sécuritaires et l'attention portée aux victimes font que la société demande légitimement des comptes à la Justice, sur son fonctionnement et ses résultats, c'est-à-dire sur son efficacité⁴⁵. Celle-ci a toujours été un impératif dévolu à la justice pénale par les différents législateurs. En effet, l'efficacité de la répression constitue la meilleure dissuasion pour toutes les personnes qui voudraient commettre une infraction par la forte probabilité d'être sanctionné. C'est ainsi le cas en matière de délinquance routière.

Le contrôle de l'efficacité s'opère à tous les stades de la chaîne pénale, c'est-à-dire de l'intervention policière jusqu'à la phase d'exécution de la peine. Cependant, il a été démontré que la justice pénale a du mal à répondre aux missions qui lui incombent⁴⁶. Ainsi, pour pallier ces carences, les responsables politiques ont accordé une place centrale à l'efficacité dans leur choix de politique criminelle.

³⁸ J.-P. JEAN, *Le système pénal*, La Découverte, coll. « Repères », 2008, p. 55

³⁹ C. JAMIN, « Economie et droit », in *Dictionnaire de culture juridique* (ss. la dir. de D. ALLAND et S. RIALS), PUF, 2003 ; B. DEFFAINS, « Economie de la justice », in *Dictionnaire de la justice* (ss. la dir. de L. CADIET), PUF, 2004.

⁴⁰ Ph. CONTE, « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, sureffectivité... Variations pour droit pénal », *Mélanges Catala, Litec*, 2001, p. 128.

⁴¹ G. CANIVET, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges Draï*, Dalloz 2000, p. 253.

⁴² J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, 2006, p. 135.

⁴³ F.-X. ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Thèse, Lyon 3, 2012, p. 31.

⁴⁴ J. PRADEL, « Les procédures pénales dans les droits de *common law* et romano-germanique : des frontières qui se brouillent », in *Les nouveaux territoires du droit*, Actes du colloque franco-québécois de décembre 2002 (Universités de Montréal et Poitiers), Publications de l'Université de Poitiers, 2004.

⁴⁵ J.-P. JEAN, « Le système de la justice pénale évalué à l'aune de ses résultats », in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines* (ss. la dir. de M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI), PUF, Droit et justice, 2009, p. 247.

⁴⁶ P. CLEMENT, « Sur le traitement de la récidive des infractions pénales », rapport n°1718, juill. 2004, p.31.

17. L'efficacité de la procédure pénale. L'augmentation du contentieux pénal a conduit le législateur à repenser le fonctionnement du système judiciaire en matière pénale⁴⁷. Pour ce faire, le législateur a développé, à côté du modèle de justice « traditionnel », des modes de justice « alternatifs » dans le but de gérer le contentieux de masse⁴⁸. Tel fut le cas avec la loi du 23 juin 1999 « renforçant l'efficacité de la procédure pénale » qui a créé la procédure de composition pénale et mis en place les modes alternatifs aux poursuites à l'initiative du procureur de la République⁴⁹. Celle-ci fut complétée par la loi du 9 septembre 2002⁵⁰, s'agissant principalement des dispositions relatives au droit pénal applicable aux mineurs, et celle du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ». L'objectif d'efficacité apparaît ainsi clairement dans l'exposé des motifs et les débats parlementaires comme permettant une justice plus simple et plus rapide. L'exigence d'efficacité bouleverse le paradigme de la justice pénale en permettant une plus grande prise en compte de la protection de la société et les exigences des victimes⁵¹. Cette recherche d'efficacité concerne donc d'abord les choix de procédure opérés par le procureur de la République, qui tient compte du résultat envisagé, et les moyens qu'il met en œuvre pour y parvenir. Ce faisant, il faut se demander si ce principe peut également s'appliquer à la peine.

18. L'efficacité des peines. S'agissant des peines, le législateur a directement assigné à la justice un objectif d'efficacité en matière d'exécution des peines. En effet, la loi du 9 mars 2004 dispose que « sur décision ou sous le contrôle des autorités judiciaires, les peines prononcées par les juridictions pénales sont, sauf circonstances insurmontables, mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais »⁵². Cette exigence est renforcée par le fait que le procureur de la République est tenu d'établir un rapport annuel sur l'état et les délais d'exécution des peines qui doit être rendu public avant le dernier jour ouvrable du mois de juin⁵³. Par ailleurs, la loi du 15 août 2014⁵⁴ fait expressément référence à l'efficacité des sanctions pénales.

⁴⁷ J.-P. JEAN, « 10 ans de réformes pénales : une recomposition du système judiciaire », Regards sur l'actualité n° 300, La Documentation française, avril 2004, p. 33-48.

⁴⁸ J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Folio actuel, 2006, p. 145.

⁴⁹ Art. 41-1 CPP. Il s'agit par exemple du rappel à la loi, des procédures de médiation, d'orientation vers des structures sanitaires ou sociales, ou de régularisation du dommage causé à la victime.

⁵⁰ La loi du 9 septembre 2002 fait référence, pour la première fois, à l'efficacité dans une disposition de droit positif à l'article D. 275 § 3 du Code de procédure pénale concernant les fouilles pratiquées sur les détenus : « [...] Les détenus ne peuvent être fouillés que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ».

⁵¹ J. -P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, 2006, p. 139.

⁵² Art. 707 CPP al. 1 issu de la loi du 9 mars 2004.

⁵³ Art. 709-2 CPP

19. Problématique. Concernant les peines, l'efficacité comporte, de notre point de vue, deux acceptions : d'une part, il s'agit de lutter contre la surpopulation carcérale endémique de notre société⁵⁵. Mais, d'autre part, l'individualisation en matière pénale ne répond pas uniquement à une orientation fonctionnaliste de la peine. Il ne s'agit pas simplement de « vider les prisons ». La peine doit permettre de prévenir de la récidive par le prononcé d'une peine adaptée favorisant la restauration du citoyen à la vie civile. La peine doit donc être un moyen pour permettre un retour à la citoyenneté. Ainsi, comment l'individualisation de la peine peut-elle permettre d'accroître l'efficacité de la sanction pénale ? Autrement dit, comment peut-on, par des mesures diversifiées, accompagner les délinquants pour les ramener à la vie collective ?

20. Méthode de travail. L'augmentation des audiences, la superficialité des éléments de personnalité qui y apparaissent, de même que la nécessité de prendre en compte l'évolution des détenus pendant l'exécution de leur peine ont naturellement conduit le législateur à spécialiser certains juges dans le domaine post-sententiel. Ainsi ont été créés les juges de l'application des peines depuis 1958 mais qui sont devenus des juridictions à part entière dont la compétence a été très largement étendue. Le législateur a ainsi mis à la disposition de ce magistrat tout un arsenal de mesures permettant soit de réinsérer le condamné, soit de le neutraliser. Ainsi, pour permettre la réinsertion du condamné, le législateur a mis en place des possibilités d'aménagement du temps d'exécution de la peine par l'octroi de réductions de la durée de la peine⁵⁶ ou en permettant la suspension ou le fractionnement de la peine. Il a également mis en place des mécanismes permettant l'aménagement des modalités d'exécution des peines privatives de liberté, permettant ainsi une meilleure individualisation de la peine exécutée avec les permissions de sortir, le placement à l'extérieur, la semi-liberté, le placement sous surveillance électronique, la libération conditionnelle et, depuis la loi du 15 août 2014, la libération sous contrainte⁵⁷. D'un autre côté, l'exécution des peines permet de neutraliser le condamné considéré comme dangereux par l'utilisation de différentes mesures

⁵⁴ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁵⁵ D. RAIMBOURG et S. HUYGHE, Rapport n° 652 sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, déposé à l'Assemblée Nationale le 23 janv. 2013, not. p. 17 et ss. ; V. également : D. RAIMBOURG, Rapport n° 1974 relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, déposé à l'Assemblée Nationale le 28 mai 2014, not. p. 32 et ss.

⁵⁶ Il existe trois mécanismes de réductions de peine : les crédits de réduction de peine (Art. 721 CPP), les réductions de peine supplémentaires et les réductions de peines exceptionnelles.

⁵⁷ V. notamment : A. GARRAUD, « Quelle réforme pénale pour la France en 2014 ? Analyse de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RPDP* juill.-sept. 2014, n° 3, p. 592-593.

de sûreté comme la surveillance judiciaire des personnes dangereuses, le placement sous surveillance électronique mobile, la rétention de sûreté ou encore la surveillance judiciaire des personnes dangereuses. Ainsi, avec le développement de ces mesures lors de l'exécution des peines, on peut affirmer que le juge de l'application des peines est le véritable juge de l'individualisation de la peine. Toutefois, l'individualisation commence dès le prononcé de la peine. Or, celle-ci est souvent délaissée car le juge se contente bien souvent de prononcer une peine de principe, laissant au juge de l'application des peines le soin de l'individualiser. C'est pourquoi il nous a paru pertinent de concentrer notre étude sur l'individualisation de la sanction pénale lors de son prononcé.

21. Par ailleurs, l'efficacité de la réponse pénale devrait conduire à une « individualisation sectorielle » qui tient compte de la spécificité de l'auteur de l'infraction. Ainsi, une première distinction pourrait être faite, comme le propose le Professeur Jean Pradel, entre l'individualisation pour les primo-délinquants et une individualisation à l'égard des personnes dangereuses⁵⁸. Cette opposition ne nous convainc pas car, d'une part, le législateur ne procède pas à cette distinction et, d'autre part, l'individualisation n'est pas fondamentalement appliquée différemment selon qu'il s'agisse d'un primo-délinquant ou d'un individu dangereux hormis la possibilité de prononcer des mesures de sûreté à leur encontre. Il en va de même pour les partisans d'une individualisation spécifique au droit pénal des affaires⁵⁹. S'il est vrai qu'il existe certaines particularités pour déterminer le montant de l'amende encourue pour les infractions d'affaires, comme la prise en compte du profit retiré de l'infraction ou du chiffre d'affaire, il s'agit de singularités propres à la peine encourue⁶⁰. Ainsi, l'individualisation de la sanction en droit pénal des affaires ne semble pas présenter de spécificité lors de la détermination de la peine par le juge. Il ne nous semble donc pas opportun de procéder à ces distinctions pour déterminer un régime général de l'individualisation de la sanction pénale.

La seule distinction pertinente concernant l'individualisation repose sur la prise en compte de l'âge du délinquant. En effet, l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante établit une spécificité de juridiction en créant un magistrat spécialisé : le juge des enfants, et instaure des mesures particulières destinées à punir le mineur, auteur d'une infraction, mais surtout à

⁵⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Ed. Cujas, Paris, 2014, 20^e éd., n° 712.

⁵⁹ V. à ce sujet : F. STASIAK, « La personnalisation en droit pénal des affaires », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes de sciences criminelles*, Aix-Marseille, n° XXVI, p. 63 et s.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 67 à 74.

l'éduquer ou le rééduquer. L'importance des mesures éducatives dans l'ordonnance de 1945 est d'ailleurs considérée, par la doctrine, comme la première traduction des idées de la Défense sociale nouvelle de Marc Ancel et marque la singularité de cette justice devenue, aujourd'hui, une branche autonome du droit pénal. Cette singularité explique pourquoi nous avons choisi de ne pas aborder l'individualisation de la sanction à l'égard des mineurs, qui aurait brouillé notre propos en détaillant les mesures applicables seulement aux mineurs.

22. Annonce du plan. Ces précisions faites, notre étude consistera à démontrer comment l'individualisation permet de renforcer l'efficacité de la peine. En permettant au juge d'adapter la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, l'individualisation judiciaire de la peine permet de rendre une décision juste et utile. En cela, le principe d'individualisation est un principe résolument tourné vers l'efficacité de la sanction (Partie 1). Cependant, sa mise en œuvre ne garantit que partiellement l'efficacité de la sanction, en partie à cause d'une pratique judiciaire assez peu encline à développer l'individualisation de la peine lors de son prononcé et d'une connaissance souvent trop sommaire du délinquant. Il est donc nécessaire d'inciter et de développer les pouvoirs du juge du siège. Néanmoins, il faut déterminer des protections indispensables pour éviter l'arbitraire. Cela doit se faire en développant notamment la motivation des décisions de justice. Mais pour que l'individualisation garantisse pleinement l'efficacité de la peine, il est nécessaire de développer des études de *sentencing* ainsi que les moyens d'informations du juge, en particulier les expertises psychiatriques et psychologiques (Partie 2).

Partie 1. Le principe d'individualisation, un principe tourné vers l'efficacité de la sanction

- 23.** La peine est la conséquence attachée par la loi à des comportements fautifs. Elle est le seul signe objectif de l'infraction. La peine sanctionne donc une faute, peu importe sa nature, sa gravité, ni l'intention de son auteur. Ainsi, l'efficacité d'une peine repose sur deux éléments cardinaux : être juste et utile. L'individualisation de la sanction doit donc concilier ces deux objectifs.
- 24.** Pour être efficace, la peine ne doit pas paraître injuste. Elle doit être méritée et constituer une juste rétribution. La peine doit donc être tournée vers la conduite passée et proportionnée à la gravité de l'infraction. Ainsi la peine sera juste si elle est équitable, c'est-à-dire que l'auteur d'une infraction doit avoir le sentiment que sa situation a bien été prise en compte et que le juge en a tenu compte pour déterminer la sanction la plus adaptée. Mais dans un système d'individualisation judiciaire, dans lequel le juge a une grande liberté pour choisir la peine, le risque d'injustice est grand. Néanmoins, ce système nous semble le plus à même de favoriser l'efficacité de la sanction pénale par l'individualisation judiciaire en permettant une réponse pénale plus équitable (Titre 1).
- 25.** Une peine utile correspond à un mal infligé à l'auteur d'une infraction sans rajouter un mal supérieur à celui causé par l'infraction. La peine est donc un moyen pour atteindre un objectif louable : la diminution de la délinquance. L'utilité devient même « le principe de l'économie de la peine »⁶¹. Les peines devront donc être choisies en fonction de « l'impression la plus efficace et la plus durable sur l'esprit des hommes et la moins douloureuse sur le corps du coupable »⁶². Pour ce faire la peine doit être une restitution mesurée de la faute commise par l'expiation. Mais l'utilitarisme pénal peut aussi s'orienter vers l'éducation et avoir une dimension correctrice. Cela passe par la resocialisation du délinquant pour reprendre l'expression de la Défense sociale de Marc Ancel (Titre 2).

⁶¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 96.

⁶² C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 1965, p.87

Titre 1. Le principe d'individualisation, garantie d'une peine juste

26. Définition. Le *Petit Robert de la langue française* définit le juste comme « ce qui agit conformément à la justice, à l'équité ». L'équité⁶³ est elle-même fondée sur l'égalité qui impose de traiter également des choses semblables. Cette exigence a été inscrite pour la première fois dans le droit français à l'article 1^{er} de la Déclaration de 1789 qui dispose que « les hommes naissent libres et égaux en droits ». Une seconde étape majeure a été établie lors de l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, rappelant les principes de la Déclaration de 1789 et énonçant en son article 1^{er} « l'égalité de tous les citoyens », ce qui donne à ce principe une valeur constitutionnelle. Le principe d'égalité devient alors un principe fondamental du droit et plus particulièrement du droit pénal.

27. Individualisation et égalité. *A priori*, les principes d'égalité et d'individualisation paraissent antinomiques. En effet, l'individualisation consiste à adapter la peine en tenant compte de la gravité de l'infraction et de la personnalité de l'auteur de celle-ci. En prenant en compte ces éléments subjectifs, le juge ne peut pas traiter tous les cas de la même manière puisque chaque personne est unique. Dès lors, il faut se demander comment concilier l'égalité et la prise en compte des dissemblances propres à chaque personne. Aristote oppose à cette première acception de l'égalité d'assimilation une seconde définition plus élaborée. Pour lui, l'égalité ne consiste pas à traiter toutes choses également, mais à traiter également toutes choses égales. L'égalité ne se conçoit pas par « assimilation » mais par « différenciation »⁶⁴. Cette conception de l'égalité renvoie dès lors à l'équité qui a pu être définie comme « l'égalité vue dans le cas concret »⁶⁵. Ainsi, l'individualisation est bien compatible avec une égalité « substantielle »⁶⁶, autrement dit avec l'équité (chapitre 1).

⁶³ « Équité » vient du latin *aequitas* qui signifie égalité : F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, Hachette, 2001, V. *aequitas*.

⁶⁴ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2008, p. 13.

⁶⁵ H. BATIFFOL, « Signification de l'égalité pour la philosophie du droit », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 452.

⁶⁶ P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2^e éd., 2001, p. 226.

28. Néanmoins, l'individualisation de la peine peut, paradoxalement, desservir le principe d'égalité comme le souligne le professeur Larguier⁶⁷, en créant de nombreuses disparités en raison de la « surabondance »⁶⁸ de sanctions pénales, ce qui rend la matière de plus en plus difficile à manipuler, créant ainsi de nombreuses disparités (chapitre 2). Le Professeur Dechenaud a parfaitement résumé cet état de fait : « les peines sont progressivement redevenues arbitraires »⁶⁹.

⁶⁷ J. LARGUIER, *Criminologie et science pénitentiaire*, Dalloz, coll. Mémentos, 10^e éd., 2005, p. 118 : « ces pouvoirs du juge mettent en péril l'égalité des peines, puisque, pour deux infractions égales, une psychologie de deux coupables semblables, des circonstances identiques, rien n'impose à deux juges de prononcer la même peine ».

⁶⁸ J. -H. SYR, « Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale », *RSC* 1994, p. 233.

⁶⁹ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p. 221.

Chapitre 1. Une compatibilité certaine avec l'égalité

29. Le principe d'individualisation de la sanction pénale consiste à « adapter une mesure à la personnalité propre et à la situation particulière d'un individu »⁷⁰. Le droit pénal doit donc s'adapter à la diversité des comportements qu'il sanctionne afin de sanctionner les personnes qui ne respectent pas le pacte social. Ce faisant, comment une peine peut-elle être juste et égale si elle doit être individualisée ? Cette question occupe une place centrale dans le débat relatif au prononcé de la peine⁷¹. La doctrine considère que la peine doit être égale pour tous. Néanmoins, elle relativise cela en précisant que « l'égalité des peines ne conduit pas à faire prononcer une peine identique pour tous les auteurs d'une même infraction »⁷². En effet, une égalité de traitement ne signifie pas assimilation car l'individualisation de la sanction pénale nécessite une réponse différente en raison de la singularité des situations. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion de déclarer que l'individualisation de la peine n'est pas en contradiction avec le principe d'égalité⁷³. Se pose alors la question de la conciliation du principe d'égalité avec l'individualisation de la peine. Il existe plusieurs systèmes d'individualisation lors du prononcé d'une sanction comme l'a démontré Reymond Saleilles⁷⁴ : un système légal ou un système judiciaire. Chacune de ces deux conceptions correspond à un point de vue particulier de la manière de sanctionner. Aussi convient-il de confronter ces deux systèmes au principe d'égalité (section 1), avant d'étudier le modèle retenu en droit positif (section 2).

⁷⁰ V. Individualisation, in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriges, 2004.

⁷¹ Madame le Professeur P. Poncela a ainsi pu écrire que « le cadre théorique dans lequel sont débattus les problèmes relatifs au choix de la peine est celui de l'écart existant entre l'égalité formelle des auteurs d'infractions résultant des peines encourues, et une égalité dite « substantielle », conséquence du principe d'individualisation des peines, mis en œuvre sans garanties procédurales suffisantes et sans transparence des critères retenus » (*Droit de la peine*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2^e éd., 2001, p. 226).

⁷² J. LARGUIER, *Criminologie et science pénitentiaire*, Dalloz, coll. Mémentos, 10^e éd., 2005, p. 113.

⁷³ Cons. const., 27 juill. 1978, n° 78-97 DC, RDP 1979, p. 505 et s., obs. L. PHILIP.

⁷⁴ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, in *L'individualisation de la peine*, De Saleilles à aujourd'hui (ss. la dir. R. OTTENHOF), Erès, Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 23 et s.

Section 1 Les différents modèles d'individualisation comparés à l'égalité

30. Pour comparer le principe d'égalité avec l'individualisation de la peine, il est nécessaire, au préalable, de revenir sur les différents objectifs poursuivis par la peine, car ceux-ci vont influencer le choix du système d'individualisation et ses conséquences sur l'égalité.

Tout d'abord, la rétribution consiste à réprimer les personnes qui n'ont pas respecté le contrat social. Ensuite vient l'intimidation, qui postule que la sanction dissuadera les citoyens de commettre une infraction et dissuadera l'auteur d'une infraction de recommencer. Enfin, la resocialisation doit permettre au délinquant de s'adapter à la vie en société. La détermination d'un modèle d'individualisation dépend donc du choix opéré par les élus de la République qui peuvent privilégier de réprimer l'acte ou son auteur. Comme l'avait démontré Reymond Saleilles, ce choix aura des répercussions sur l'appréciation du caractère égalitaire des règles de répression⁷⁵. Ce faisant, deux systèmes s'affrontent : le premier, dans lequel le législateur définit à l'avance les peines à appliquer, et le second, dans lequel le législateur confie aux magistrats le soin d'adapter la sanction à la personnalité du délinquant. Ainsi, il convient de distinguer, d'une part, l'individualisation légale (§1), et d'autre part, l'individualisation judiciaire (§2).

§ 1. L'individualisation légale et l'égalité

31. Les partisans de l'individualisation considèrent que la réponse pénale ne doit pas tenir compte de la situation concrète dans laquelle l'infraction a été commise. Ils sont ainsi partisans d'un système de peines fixes qui serait, *a priori*, le système le plus égalitaire, car il permettrait de punir de la même peine tous les individus ayant commis une même infraction (A). Néanmoins, l'application concrète de ce système d'individualisation se révèle être assez limitée et ne garantit qu'une égalité de surface (B).

⁷⁵ R. SALEILLES, L'individualisation de la peine, op. cit., p. 4 à 21. V. également D. DECHENAUD, L'égalité en matière pénale, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2008, p. 193.

A. *Le système des peines fixes*

32. Dans un tel système, les peines sont déterminées objectivement (1). Il appartient donc au législateur de fixer la nature et le quantum des sanctions qui seront prononcées (2).

1. Une détermination objective de la peine

33. **Une indifférence à l'égard de la personnalité du délinquant.** Le système de l'individualisation légale postule que le droit pénal a pour objet de punir le crime et non le criminel. Dans ce cas, toutes les personnes ayant commis une infraction identique se trouvent dans une situation comparable et doivent être punies de la même manière. Cette conception du droit pénal est purement objective et ne se préoccupe pas de l'auteur de l'infraction⁷⁶. Raymond Saleilles indique que dans ce système « *la peine n'est pas la dette de l'individu criminel : elle est la dette du mal qu'il a produit ; et ce mal est le même quel que soit l'auteur, quelles que soient sa nature et ses dispositions intérieures* »⁷⁷.

34. **Conséquences d'une détermination objective de la peine.** Cela induit deux conséquences. D'une part, ce dispositif fait fi des circonstances particulières propres à la commission de l'infraction. La condition de l'auteur des faits importe peu : tous les auteurs d'un acte similaire se trouvent dans la même situation. D'autre part, ce système conduit à une plus grande sévérité dans la mesure où il s'agit de décourager une personne de réitérer des infractions et de faire subir un mal à son auteur pour l'empêcher d'en commettre de nouvelles. C'est pourquoi les fonctions intimidatrices et rétributives prévalent dans un pareil système.

Cette conception, très objective, du droit pénal n'a pas eu une place majoritaire au Cours de l'Histoire. Celle-ci s'est développée avant que l'idée de responsabilité n'apparaisse. Auparavant, la peine servait de compensation d'un mal causé à la société⁷⁸. Toutefois, depuis que la peine est considérée comme un blâme attaché à une faute commise, cette conception objective a été abandonnée dans notre droit.

76 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, op. cit., p. 23.

77 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, op. cit., p.23.

78 A. LAINGUI, et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, T.1, Cujas, 1979, p. 116 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2014, n° 1.

Selon cette acception de l'individualisation de la peine, la détermination est l'œuvre du législateur.

2. Une détermination légale de la peine

35. Une stricte application de la légalité formelle. Lorsque l'infraction est définie objectivement, la prise en compte de la personnalité de l'individu délinquant est indifférente au prononcé de la sanction. Ainsi, l'autorité compétente pour édicter les infractions et les sanctions qui y sont attachées est le législateur. Cela résulte du principe de la légalité des délits et des peines⁷⁹. Dès lors, le juge n'est qu'un « distributeur automatique »⁸⁰ de peines. Ce système d'individualisation est en adéquation avec la conception classique du principe de la légalité des délits et des peines. Ainsi comme l'indiquait Montesquieu, « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »⁸¹. Dans un tel système, les citoyens connaissent à l'avance les sanctions qui seront prononcées s'ils adoptent le comportement visé par le texte de loi. Chaque personne ayant commis la même infraction sera donc sanctionnée de la même manière sans qu'un ajustement de la sanction ne soit possible s'il n'a pas été prévu par le législateur. Ce système respecte le principe de légalité entendu dans son acception formelle.

36. Justifications de ce modèle. La détermination légale de la sanction est justifiée par plusieurs éléments. Le premier tient au fait de vouloir éviter l'arbitraire du juge. Sous l'Ancien Régime, la législation pénale se révélait très lacunaire⁸² : les juges disposaient alors d'une grande latitude pour définir les comportements répréhensibles et fixer les peines applicables aux infractions. Cela était exprimé par l'adage « les peines sont arbitraires en ce royaume ». En réaction à cet arbitraire judiciaire, la doctrine et la pratique s'interrogeaient sur la possibilité pour les juges de prononcer la peine de mort en l'absence de texte les y autorisant. Ainsi, bien

79 C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, 1764, « les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur », p. 65

80 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, op. cit., p. 52

81 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap 6. V. aussi C. BECCARIA, *Ibid.*, p. 67. « Le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut pas être confié non plus aux juges des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs ». Il poursuit en indiquant que le juge doit appliquer strictement le syllogisme juridique en appliquant la loi générale et la mineure consistant en un acte conforme ou non à la loi. La conclusion de ce raisonnement ne peut être que l'acquiescement ou la condamnation.

82 J.- M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p.254. V. également, E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2014, 3^e éd., p. 8.

qu'à l'état embryonnaire, le principe de la légalité des délits et des peines existait tout de même avant la Révolution française.

Pour supprimer toutes les atrocités de l'Ancien Régime, une réflexion émergea dans le but de supprimer cet arbitraire⁸³ et garantir l'égalité de tous les citoyens. Le seul moyen pour y parvenir fut de confier le soin de déterminer les peines au législateur qui édicte des sanctions identiques pour tous. En application de ce principe, l'offensé a le droit à une juste réparation du préjudice subi, et l'offenseur être puni exactement de la peine encourue par la loi. Par conséquent, dans ce système, la sanction devient alors un tarif, fixé à l'avance et invariable pour le même délit ou le même crime.

Le second correspond à la conception classique du libre arbitre. Celui-ci peut être défini comme la liberté de décider de faire une action « indépendamment de toute impulsion intérieure »⁸⁴. Une personne qui commet un acte de délinquance le commet en pleine responsabilité. Il est alors évident que le libre arbitre ne peut pas être scindé ou amoindri dans la mesure où l'individu à un choix binaire à faire : commettre l'acte de délinquance ou ne pas le commettre. Pour les partisans de l'École classique, la responsabilité de l'individu n'est pas liée au degré de liberté qu'il disposait au moment de l'acte mais la gravité de l'acte. C'est ainsi que lors de la commission d'un même fait, toutes les personnes ont la même responsabilité : « à responsabilité égale, peine égale »⁸⁵.

Enfin, l'individualisation légale de la peine peut être justifiée par une raison d'ordre pédagogique⁸⁶. Le législateur souhaite alors que l'individu connaisse précisément les sanctions qu'il encourt lorsqu'il enfreint la loi pénale. Il s'agit de la fonction d'intimidation générale attachée à la peine, qui consiste à susciter une crainte suffisante aux yeux des autres individus dans le but de le détourner de la délinquance. Les limites sont alors connues et lorsque la personne commet une infraction, elle sait ce qu'elle encourt.

Le système de peines fixes reposant sur une conception purement objective de la participation à la délinquance a été appliqué dans quelques pays dont la France pendant une Courte période.

83 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, op. cit.*, p. 51

84 R. SALEILLES, *Ibid.* p. 53

85 R. SALEILLES., *L'individualisation de la peine, op. cit.*, p. 53

86 J. PRADEL, *L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal*, RSC 1977, p. 724

B. L'application du système des peines fixes

37. Le principe de l'individualisation objective et légale de la peine a été contesté dans un certain nombre de pays (1) aboutissant à une application somme toute assez limitée (2).

1. Une application contestée

38. L'individualisation légale de la peine a trouvé application en France pendant une Courte période. À la fin du XVIII^e siècle, des voix se sont élevées pour contester l'arbitraire du juge sous l'Ancien Régime⁸⁷. Le manque de précision des textes relatifs aux sanctions était mis en cause. Il régnait une incertitude quant à la nature et au montant de la peine. Si la sanction était essentiellement rétributive, l'Ancien droit avait ajouté à celle-ci une dimension préventive laissée à l'appréciation du juge. Pour asseoir son autorité, l'autorité judiciaire a petit à petit mis en œuvre une politique pénale fondée sur l'intimidation. Le juge pouvait alors utiliser des supplices publics afin de marquer les esprits. Il pouvait s'agir du bûcher, de la roue, de la décollation, de l'écartèlement, du fouet, du pilori, du carcan ou encore du marquage au fer rouge. Une codification des pouvoirs du juge n'était alors pas possible dans la mesure où le juge disposait de la justice royale issue de Dieu. Il n'était alors pas concevable de limiter le pouvoir du juge. Il convient, toutefois, de tempérer cela, dans la mesure où le juge prenait en compte certains critères afin de prononcer la sanction⁸⁸. Il était amené à prendre en compte les circonstances de l'infraction, la qualité de l'individu, les conséquences de l'acte, l'âge du délinquant ou son état mental⁸⁹. Cependant, la justice de l'Ancien Régime s'est peu à peu altérée pour atteindre « *plus facilement les petits sans-grade que les puissants bénéficiaires de protections* »⁹⁰. Les philosophes des Lumières dénoncèrent alors ce système violent et injuste.

⁸⁷ Néanmoins, il convient de préciser que l'arbitraire lors du prononcé de la peine n'échappait pas à toute rationalité et au contrôle des parlements (B. GARNOT, *Histoire de la justice-France, XVI^e-XXI^e siècle*, Folio histoire, 2009, p. 461). Par ailleurs, il a été écrit que « la pratique de l'arbitraire du juge se substitue progressivement aux peines entre le Moyen Âge et la Renaissance ; au moment de son avènement dans l'Europe moderne, elle est alors perçue comme un progrès considérable. La doctrine la justifie au nom de la distinction aristotélicienne entre justice et équité » (PH. AUDEGEAN, « Codification et interprétation », in *Les Lumières du pénal*, L'Harmattan, coll., « L'Irascible », n° 1, 2011, p. 27).

⁸⁸ Nous pourrions voir dans l'application de ces éléments de personnalité les prémices de l'individualisation de la peine. Ainsi, l'arbitraire du juge sous l'Ancien Régime pourrait être la première forme d'individualisation judiciaire.

⁸⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2014, 3^e éd., p. 10

⁹⁰ E. DREYER, *Ibid.*, p. 11 ; V. dans le même sens, M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Tel Gallimard, 1975, p. 82.

Lors de la convocation des États généraux, le Tiers-État demanda par conséquent la réforme du système judiciaire.

La Révolution de 1789 éclata dans le but de favoriser la liberté et l'égalité de tous les citoyens. Celle-ci permit l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen le 26 août 1789. Elle consacre la séparation des pouvoirs entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. De cette séparation découle la nécessité du respect de la légalité, notamment en matière criminelle⁹¹. Ce principe de légalité a pour conséquence de réduire le champ d'intervention du juge à une stricte application de la loi.

Dans le même temps, marqué par une forte préoccupation sécuritaire afin d'éviter le retour de la monarchie⁹², le Code pénal des 25 septembre - 6 octobre 1791, a donc prévu des peines fixes, ne pouvant varier qu'en fonction des circonstances prévues par la loi et dans la proportion déterminée par celle-ci. Le Code pénal de 1791 était ainsi rédigé à propos de l'homicide : « L'homicide commis sans préméditation sera qualifié meurtre, et puni de la peine de vingt années de fers. »⁹³. On constate aisément que le juge n'a aucune marge d'appréciation. Cela est d'autant plus vrai qu'il n'est plus question de punir une âme égarée mais de sanctionner un citoyen ayant violé le pacte social⁹⁴. Il n'y a alors aucune raison de se préoccuper de la personnalité du délinquant.

39. Des controverses françaises. Ce système se révéla vite excessif et inspira un retour à un sentiment d'injustice⁹⁵. Napoléon Bonaparte demanda alors la réforme du Code pénal et un nouveau Code fut adopté en 1810 dans lequel le système des peines fixes fut abandonné au profit d'une peine individualisée.

Si l'on pensait ce système enterré, lors de la promulgation du Code pénal de 1994, la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive a semblé marquer un retour à une certaine fixité de la peine en instaurant des peines plancher. Cette loi sécuritaire est aujourd'hui contestée pour son efficacité limitée⁹⁶.

⁹¹ Art. 8, DDHC de 1789 : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

⁹² D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2008, p. 194.

⁹³ Art. 8 de la section 1 du titre 2 du Code pénal du 25 février 1791.

⁹⁴ E. DREYER, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 15

⁹⁶ J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Peines planchers : état des lieux cinq ans après*, *AJ pénal* n°7, p. 398

40. Cette incertitude, concernant le choix d'un modèle d'individualisation, est également survenue dans des pays étrangers. Au Canada, une réflexion sur la mise en place de lignes directrices pour la détermination de la peine a été évoquée dans les années 1980. À la suite des travaux de réforme du droit du Canada mis en place en 1971, le gouvernement fédéral a décidé de mettre en place en 1987 une commission portant sur la question de la détermination de la peine. Après une réflexion sur le sens de la peine, celle-ci préconisa de mettre en place des « sentences présomptives ». Il s'agissait de faire figurer dans le code criminel des lignes directrices pour chaque infraction contenant une présomption d'incarcération, ainsi que la durée, la manière dont il fallait prendre en compte les circonstances aggravantes de l'infraction, et l'autorisation pour déroger à ces lignes directrices. Ce système était essentiellement fondé sur la rétribution proportionnée à l'acte commis afin d'obtenir une « sanction juste ». Dès 1988, le Comité permanent de la justice et du solliciteur général sur la détermination de la peine avait indiqué aux juges qu'ils n'étaient pas tenus de prendre en compte les *sentences présomptives*. Le gouvernement canadien a décidé que la peine devait être « *proportionnée à la gravité de l'infraction, au degré de responsabilité du délinquant ainsi qu'à toute autre circonstance diminuante ou aggravante* ». Cette suggestion aboutit à l'adoption de l'article 718.1 du code criminel canadien⁹⁷. Le gouvernement canadien a donc pris le parti de privilégier l'individualisation des peines. Cela sera relayé par la jurisprudence comme en témoigne l'arrêt R c. Nasagaluak⁹⁸. Le juge canadien énonce avec clarté qu'une « *peine « juste » reste un processus individualisé, qui oblige le juge à soupeser les objectifs de détermination de la peine de façon à tenir compte le mieux possible des circonstances de l'affaire* ».

Ces contestations ont entraîné une application limitée de l'individualisation légale de la peine.

2. Une application limitée

41. Le Professeur Jean Pradel indique que « dans la plupart des législations, les rédacteurs des Codes pénaux ou de lois particulières se contentent de proclamations de principe. Quelques législateurs cependant font un remarquable effort de précision »⁹⁹. Ces dernières législations

⁹⁷ JIMENEZ (E.) et VACHERET (M.), *La pénologie, Réflexions juridiques et criminologiques autour de la peine*, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 21-22

⁹⁸ R c. Nasagaluak [2010] 1 R.C.S. 206, par 43

⁹⁹ PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, 3^e édition, p. 529.

faisant référence à des « lignes directives » permettant de déterminer la sanction sont peu nombreuses.

42. Les *sentencing guidelines*. L'exemple topique et le plus représentatif du système de peine fixe est sans nul doute le modèle américain. Il existe aux États-Unis des lignes directrices appelées *sentencing guidelines* qui sont utilisées par le juge pour déterminer la peine. Un manuel prévoit pour chaque infraction une peine que le juge est tenu d'appliquer sauf s'il existe des circonstances aggravantes ou atténuantes prévues par le texte. Ces lignes directrices permettent de déterminer le quantum de la peine en prenant en compte deux paramètres : la gravité de l'infraction et celui du passé pénal de la personne. À la fin des années 1970 et au début des années 1980 paraissent localement des manuels de *sentencing*. Le Congrès américain a alors promulgué le *Comprehensive crime control Act* intégrant le *Sentencing act*. Ce dernier instaure une commission ayant pour objectif d'unifier les règles mises en place par les juridictions fédérales. La commission a soumis ces propositions au Congrès en 1987 et, dès cette date, elles sont devenues exécutoires. La mise en place d'un système de peines fixes se comprend facilement compte tenu de l'histoire américaine. Il s'agissait, pour limiter la ségrégation raciale, d'établir des peines identiques pour tous afin de garantir l'égalité de tous les citoyens américains.

43. L'application des *sentencing guidelines*. En pratique, le juge utilise un manuel de *sentencing* qui regroupe différentes infractions et indique une « valeur d'offense »¹⁰⁰ correspondant à la gravité de l'acte. Il existe quarante-trois niveaux de gravité. Par exemple, un homicide involontaire se trouve au niveau douze, dix-huit lorsque l'infraction est commise par un conducteur ou vingt-deux par un conducteur lors d'un transport¹⁰¹. Par ailleurs, le manuel comprend une partie sur le passé pénal du délinquant attribuant un nombre de points à différentes situations¹⁰². Ces deux données seront rapportées dans un tableau¹⁰³ ayant en abscisse le passé criminel de la personne et en ordonnée le niveau d'offense. L'intersection de ces deux données donne une fourchette correspondant à un nombre de mois de prison. Par ailleurs, le juge peut ajuster la peine présumée en tenant compte des circonstances

¹⁰⁰ *Offense level*

¹⁰¹ *Sentencing manual*, 1^{er} nov. 2013, p. 49.

¹⁰² Il est pris en compte les condamnations antérieures, le fait que la personne ait commis l'infraction alors qu'elle se trouvait sous le régime de la probation....

¹⁰³ *Sentencing table*

aggravantes ou atténuantes de l'infraction. Il augmentera, par exemple, de trois niveaux la peine si l'infraction est commise en raison de l'orientation sexuelle ou de l'origine de la victime¹⁰⁴. Si l'implication de la personne a été minimale, la peine pourra être abaissée de quatre, trois ou deux niveaux¹⁰⁵.

44. Critiques américaines. Néanmoins, une contestation est apparue aux États-Unis conduisant à une inflexion des « lignes directrices ». La Cour suprême américaine a rendu plusieurs arrêts dans ce sens. Tout d'abord, à propos des lignes directrices de l'État de Washington¹⁰⁶, et, ensuite, concernant les lignes directrices fédérales¹⁰⁷. Elle a considéré que les lignes directrices ne sont désormais plus obligatoires, et permet la possibilité d'interjeter appel afin de vérifier le caractère raisonnable de la sanction. Ce fut un véritable renversement dans le pays qui érigea les lignes directrices. Ce changement s'explique par le fait que le juge est lié par la décision du jury. En effet, pour prononcer la peine, il ne doit prendre en compte que les éléments débattus devant le jury. Il ne peut donc pas tenir compte des circonstances aggravantes ou atténuantes qu'il connaîtrait par l'étude du dossier et non débattus devant les jurés. La Cour suprême estime qu'une décision qui ferait prévaloir les lignes directrices sur la décision du jury contreviendrait au VI^e amendement. Ainsi, les lignes directrices ne sont donc plus impératives pour le juge. La haute juridiction répond, par ailleurs, à la question sous-jacente qui lui était posée consistant à savoir si ces lignes directrices sont inconstitutionnelles. La Cour suprême, par cet arrêt, valide les lignes directrices mais encadrent leur utilisation. Cette décision a été critiquée en raison du fait que les défenseurs et les procureurs souffriront d'une incertitude plus grande. Par ailleurs, certains accords de défense pourront être conclus ou rejetés sur la base de croyances erronées concernant ces peines¹⁰⁸. Il n'en demeure pas moins que les juges américains restent encore très attachés à ces lignes directrices.

¹⁰⁴ « If the finder of fact at trial or, in the case of a plea of guilty or nolo contendere, the Court at sentencing determines beyond a reasonable doubt that the defendant intentionally selected any victim or any property as the object of the offense of conviction because of the actual or perceived race, color, religion, national origin, ethnicity, gender, gender identity, disability, or sexual orientation of any person, increase by 3 levels. » *Sentencing manual*, 1^{er} nov. 2013, p. 344.

¹⁰⁵ Ibid. p. 351.

¹⁰⁶ *Washington v. Blakely*, 542 U.S. 296 (2004) du 24 juin 2004

¹⁰⁷ *United States v. Booker*, 125 S. Ct 738 (2005) du 11 janvier 2005

¹⁰⁸ Jenia Iontcheva Turner, « Judicial Participation » in *Plea Negotiations : A Comparative View 54 (1)*, *The American Journal of Comparative Law*, pp. 199–267.

Néanmoins, en France, la doctrine est unanime pour considérer que le système de peines fixes n'a rien d'égalitaire¹⁰⁹. Il est donc nécessaire de nous intéresser au second système d'individualisation des peines : l'individualisation judiciaire.

§2. L'individualisation judiciaire

45. Les défenseurs de l'individualisation judiciaire s'opposent fermement aux tenants de l'individualisation légale. En effet, les premiers considèrent que la peine doit être adaptée à la situation de chaque espèce et doit tenir compte de la personnalité de l'auteur d'une infraction. Ils prônent donc un système de peines adaptables (A). Un tel système pourrait paraître contraire au principe d'égalité. Néanmoins l'égalité ne s'entend pas que d'un point de vue purement formel. Aristote avait en effet proposé une autre définition plus pragmatique de l'égalité : celle-ci consiste à traiter également toutes choses égales. Ainsi, l'égalité abstraite opérée par la loi deviendrait un idéal qui ne peut s'appliquer que si l'on envisage une égalité plus concrète réalisée par le juge (B).

A. Un système de peines adaptables

46. Les partisans de ce système estiment que la peine doit être adaptée en prenant en compte les circonstances (1) ayant entouré l'infraction. Il est alors normal que cette tâche d'adaptation soit confiée au juge (2).

1. Une détermination circonstanciée

47. Les partisans du système de peines modulables partent du principe que le législateur ne peut pas envisager à l'avance l'ensemble des particularismes propres à chaque affaire. C'est ainsi que le juge qui détermine la peine doit tenir compte de chaque espèce.

¹⁰⁹ J. LARGUIER, *Criminologie et science pénitentiaire*, op. cit., p. 129 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, CUJAS, 20^e éd., 2014, n° 634. Certains auteurs apportent un tempérament en indiquant que toute forme d'individualisation comporte des entorses à une égalité purement formelle. V. not. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 5^e éd., 2015, n° 30 ; G. MORIN, Préface de la troisième édition de l'ouvrage de R. Saleilles, in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, op. cit., p. 12.

48. Fondements de l'individualisation judiciaire. Classiquement, on attribue cette idée d'une adaptation individualisée de la peine à Raymond Saleilles dans son ouvrage *L'individualisation de la peine*, paru en 1899. Toutefois, on peut faire remonter ce principe à l'Ancien Régime. La législation pénale de l'époque se révélait très lacunaire, les juges disposant d'une grande latitude pour définir les comportements répréhensibles et en fixer les peines applicables. Ne nous y trompons pas, cet arbitraire, farouchement combattu par les révolutionnaires, ne signifiait pas que le juge puisse déterminer une peine à sa fantaisie¹¹⁰. Il n'avait pas la possibilité de prononcer des sanctions non prévues par les textes. C'est ainsi que pour Damien, accusé de tentative de régicide sur le Roi Louis XV, les juges durent chercher un précédent. Il s'agissait de Ravailac, exécuté en place de grève le 27 mai 1610 par écartèlement. Les juges ont alors appliqué la même sanction à Damien en 1757. Par cet exemple, on constate que les peines n'étaient pas totalement arbitraires dans le royaume de France dans la mesure où les juges se référaient au précédent. Ils pouvaient en revanche les moduler, afin de tenir compte de l'espèce. Ce pouvoir de modulation était à double sens en ce que le juge pouvait librement atténuer la peine ou l'aggraver. C'est d'ailleurs la différence fondamentale avec notre droit positif¹¹¹. Les historiens du droit s'accordent pour dire que l'arbitraire du juge sous l'Ancien Régime correspond à un pouvoir d'adaptation de la sanction. Si l'on prend en compte les particularités de chaque espèce, on comprend que les personnes peuvent être condamnées à des sanctions différentes. Un tel système repose sur la prise en compte soit des circonstances entourant la commission de l'acte soit de la singularité des personnes.

49. Un système privilégiant les éléments objectifs de l'infraction. Dans le premier système, l'individualisation est fondée sur un élément objectif qui tient aux circonstances de l'infraction. Le juge dispose de la faculté de moduler la peine uniquement en prenant en compte des éléments objectifs ayant entouré la commission de l'infraction. La marge d'appréciation du juge est alors strictement encadrée par la loi. Ce système a trouvé application en France dans le code de 1810. Les infractions comportaient une fourchette de peine¹¹². Dans une société encore marquée par le légalisme, il paraissait nécessaire que le

¹¹⁰ J. M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2014 n° 123 : « il ne faut pas juger l'arbitraire des peines, tel qu'il était pratiqué dans l'Ancien Régime, à l'aune du système pénal actuel. Replacé dans son contexte global, on s'aperçoit que l'arbitraire des juges n'avait rien d'un despotisme capricieux ».

¹¹¹ A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Cujas, 2^e éd. 1979, Vol. 1, p. 134.

¹¹² À titre d'exemple, l'article 319 du code pénal de 1810 disposait, s'agissant de l'homicide involontaire : « Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis

législateur établisse une sanction nécessaire adaptée en fonction de la gravité de l'infraction commise. Toutefois, ce système a très rapidement montré ses failles. Comme le Code ne précisait pas comment adapter la peine entre les deux extrémités de la fourchette de peine, le juge a pris l'habitude de prendre en compte la personnalité de l'auteur des faits.

50. Un système privilégiant la personnalité de l'auteur de l'infraction. Dans un second système, c'est principalement la personnalité de l'auteur de l'acte qui est prise en compte pour prononcer la sanction. Dans cette hypothèse, il s'agit de punir l'individu davantage que le crime. L'infraction ne constitue que le reflet d'une asocialité de la personne que la société doit corriger. Comme il s'agit de punir un homme et que chaque personne est différente¹¹³, on comprend alors que le juge soit obligé de prendre en compte les particularités de chacun. Il apparaît, dans cette situation, qu'une prise en charge uniforme et déterminée à l'avance par le législateur devient impossible car ce dernier ne peut connaître des situations particulières. Une peine juste est alors celle qui offre à tous les délinquants une même chance de se réinsérer dans la société¹¹⁴. C'est pour cela que la peine doit être individualisée, c'est-à-dire adaptée à la personnalité de l'auteur des faits.

Dans cette dernière hypothèse, le législateur souhaite privilégier le traitement de la personne plutôt que la punir. « *Si l'on assigne à la peine un but, non punitif, mais au contraire curatif, si on la conçoit comme une mesure destinée à redresser le délinquant considéré comme un déviant social, alors la règle de l'égalité des citoyens dans la peine ne se justifie plus* »¹¹⁵. Par conséquent, le législateur abandonne sa volonté de traiter de façon identique tous les prévenus pour permettre une adaptation de la sanction en fonction des circonstances et de la personnalité de l'auteur des faits. Dans cette situation, il est tout à fait logique que le législateur confie au juge le soin de déterminer la peine qu'il convient d'appliquer au délinquant car il est le plus à même de prendre en compte les particularismes de chaque situation, à la différence du législateur.

involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs. »

¹¹³ J. PRADEL, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *RSC* 1977, p. 729 ; J. -H. SYR, « Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale », *RSC* 1994, p. 217-218.

¹¹⁴ M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, travaux de l'institut de sciences criminelles, vol. VI, 1987, Cujas, n° 19 et 52.

¹¹⁵ J. MESSINE, « L'égalité et l'individualisation de la peine », in *L'égalité*, vol IV, Bruxelles, 1975, p. 7.

2. Une individualisation judiciaire

51. L'intervention nécessaire du juge. Dans un système de peines modulables, le législateur doit inévitablement faire confiance au juge. Si la loi peut déterminer les valeurs sociales à protéger et attribuer une sanction lorsqu'elles sont transgressées, si elle peut déterminer des circonstances aggravantes ou atténuantes, il lui est impossible d'appréhender le particularisme de chaque situation. Comme l'ont indiqué les Professeurs Conte et Maistre du Chambon, « *la sanction prévue par le législateur est par hypothèse inadaptée même si, dès le stade de la peine abstraitement prévue par le texte, la loi s'efforce déjà d'ouvrir largement l'éventail des possibilités pour le juge. La seule solution est d'accorder au magistrat de très importants pouvoirs dans la fixation de la sanction, car lui seul connaîtra le criminel de chair et de sang au moment du jugement. Ces pouvoirs d'individualisation de la sentence que le droit français reconnaît au juge, achèvent cette évolution vers une croissante indétermination de la sanction amorcée au stade de la peine prononcée.* »¹¹⁶.

52. Les différentes techniques de l'individualisation judiciaire. L'adaptation de la peine par le juge peut se faire de deux manières. D'une part, le législateur peut déterminer une fourchette de peines car c'est à lui que revient naturellement la charge de déterminer les infractions et les sanctions afférentes. Ce système fut mis en place avec l'adoption du Code de 1810. Les juridictions avaient la possibilité de moduler la sanction mais elles ne pouvaient pas descendre en dessous des peines minimums imposées par la loi. D'autre part, le législateur accorde d'importants pouvoirs au juge pour déterminer la sanction et supprime les sanctions minimums. Dans un tel système, la sanction est ajustée en fonction de la personnalité de l'auteur des faits. Le trouble à l'ordre public que l'auteur a causé est « totalement indifférent »¹¹⁷. Le droit positif, depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, a adopté cette seconde conception sans complètement opter pour une conception purement subjective de l'infraction faisant fi du trouble à l'ordre public. On peut, par ailleurs, constater un renforcement des pouvoirs du juge comme en témoigne l'actuelle réforme du droit pénal visant, entre autres choses, à supprimer les peines plancher¹¹⁸.

¹¹⁶ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 5^e édition, 2000, n°82.

¹¹⁷ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2009, n° 299

¹¹⁸ Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, n° 1413, 9 oct. 2013

53. La nécessité d'un encadrement. Toutefois, les pouvoirs du juge ne sont pas sans limite et sont encadrés par le principe de légalité de la peine. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a soumis la peine au principe de la légalité criminelle en énonçant le principe suivant lequel « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ». Si la conception trop rigide de la légalité fut remise en cause, le législateur n'a cessé de développer les pouvoirs du juge pour lui permettre d'adapter la peine à la situation personnelle du condamné, si bien qu'il lui appartient de choisir la nature de la peine prononcée, son quantum et les modalités d'exécution. On pourrait, *a priori*, penser que le principe de la légalité criminelle a été sacrifié mais, si effectivement le législateur a délégué une partie de ses attributions au juge en matière de détermination de la peine, il en reste l'unique titulaire. La jurisprudence n'exerce son influence en la matière que « dans les limites fixées par la loi ». Le juge ne dispose du libre choix de la peine que parmi les sanctions que le législateur a prévues pour l'infraction concernée. Il est tenu par le maximum légal de la peine encourue. Il lui est, par exemple, interdit de prononcer une peine complémentaire à titre principal en matière criminelle, de cumuler entre elles certaines peines et, il a l'obligation de motiver certains choix. La Cour de cassation a eu l'occasion de censurer, au visa du principe de la légalité criminelle, les juridictions du fond qui auraient prononcé une peine complémentaire figurant dans l'échelle générale des peines, mais non prévue par le texte spécial réprimant l'infraction en question¹¹⁹. Ce n'est donc que par délégation du législateur que le juge est libre de déterminer la peine. La conséquence de cela est que, lorsque la loi entreprend de restreindre l'influence des tribunaux, ces derniers n'ont pas d'autre alternative que d'ajuster leur action aux nouvelles règles comme ce fut le cas avec l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2007 instituant les peines plancher. Mais ce système de peines adaptables est-il conforme au principe d'égalité des citoyens devant la loi et la peine ?

B. Un système compatible avec le principe d'égalité.

54. Le principe d'égalité, consacré au rang de principe à valeur constitutionnelle, s'entend traditionnellement comme l'égalité formelle entre tous les citoyens (1). Cette acception connaît une exception lorsqu'elle est appliquée au principe d'individualisation. Soucieuse de prendre en compte les particularités de chaque personne, l'égalité se teinte d'équité pour adoucir les raideurs de la loi (2).

¹¹⁹ Cass. crim. 18 févr. 2004, n° 03-84182, Bull. crim., 2004, N° 47, p. 191.

1. La consécration du principe d'égalité

55. Origines du principe d'égalité. « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »¹²⁰. Le 26 août 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est proclamée. Dans la première partie de l'article 6, il est question du principe de souveraineté. Cependant, c'est la seconde partie qui doit retenir notre attention car il expose l'un des principes les plus importants de notre droit : le principe d'égalité. Celui-ci s'entend de l'égalité devant la loi ¹²¹ et de l'égalité devant la justice.

56. Signification du principe d'égalité. Le principe d'égalité devant la loi est contenu dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹²², dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹²³, et dans la Constitution du 4 octobre 1958¹²⁴. Ce principe signifie qu'aucun individu ou aucun groupe ne doit être privilégié par rapport à un autre groupe. L'égalité, bien qu'inscrite dans les textes fondamentaux de la République, va subir une dernière mutation. Considérée alors comme un principe philosophique ou un idéal politique, elle va devenir, en droit français, un principe à valeur constitutionnelle. Ainsi, par la célèbre décision « Taxation d'office »¹²⁵ du 27 décembre 1973, le Conseil constitutionnel élève le principe d'égalité au rang de principe à valeur constitutionnelle. La Haute juridiction en fait alors un paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois. Les Sages de la rue de Montpensier ont jugé nécessaire de rappeler l'importance de ce principe dans une décision du 23 juillet 1975¹²⁶. Ceux-ci ont déclaré non conforme à la Constitution ce qui aurait dû être l'article 398-1 du Code de procédure pénale en ce qu'il organisait un choix, par le président

¹²⁰ Art 6 DDHC 1789.

¹²¹ Toute personne doit être traitée de la même façon par la loi.

¹²² V. DDHC : art premier (égalité en général), art 6 (égalité dans l'accès aux emplois publics), art 13 (égalité devant les charges publiques).

¹²³ V. DDHC : alinéas premier (non-discrimination), 3 (égalité entre les femmes et les hommes), 11 (égalité dans la protection de la santé), 12 (égalité devant les charges résultant des calamités nationales), 13 (égalité d'accès à l'instruction), 16 (égalité avec les peuples d'outre-mer) et 18 (égal accès aux fonctions publiques pour les peuples d'outre-mer)

¹²⁴ V. DDHC : le préambule (égalité avec les peuples d'outre-mer), art 1 (non-discrimination), 2 (devise de la République), et 3 (égalité de suffrage).

¹²⁵ Cons. const., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC.

¹²⁶ Cons. const., 23 juillet 1975, n°75-56 DC.

de la juridiction, des affaires susceptibles d'être soumises à un juge unique. Par cette décision, le Conseil constitutionnel dégage deux éléments. Tout d'abord, il indique que le principe d'égalité devant la loi implique l'égalité devant la justice. Ensuite, il explique que le principe d'égalité implique un traitement identique des citoyens ayant commis la même infraction en termes de nature et de quantum. Par ailleurs, l'égalité fait partie intégrante des droits et libertés constitutionnellement protégés au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Cela signifie qu'il est invocable dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel rend la première décision QPC, le 28 mai 2010, en censurant le gel des pensions des Anciens Combattants des anciennes colonies au visa de l'article 6 de la DDHC¹²⁷.

57. Conception européenne de l'égalité. Le droit européen fait lui aussi une place très importante au principe d'égalité, en le déduisant du principe de non-discrimination. La Cour de justice des communautés européennes a indiqué, dans sa décision *Ruchdeschel* du 19 octobre 1977, que le principe d'égalité « *appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire* ». Toutefois, cette dernière privilégie une conception matérielle de l'égalité en affirmant qu'une « *discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes* »¹²⁸. Le principe d'égalité figure également dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux articles 20¹²⁹ et 21¹³⁰.

58. Portée limitée du principe d'égalité. Toutefois, le principe d'égalité devant la loi a une portée limitée. Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement, qu'il ne s'oppose pas à ce que le législateur adopte des règles différentes pour tenir compte de différences de situation ou encore dans un but d'intérêt général, à la condition que dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement soit en rapport avec l'objet de la loi¹³¹. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que « si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il

¹²⁷ Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC.

¹²⁸ CJCE 14 février 1995, *Finanzamt Köllh-Alstadt c/ R. Schumacker* ; CJCE, 13 février 1996, *Gillespie* ; CJCE, 30 juin 1998, *Brown c/ Rentokil Ltd*

¹²⁹ DDHC, Art 20 : « Toutes les personnes sont égales en droit »

¹³⁰ DDHC, Art 21 : « Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

¹³¹ Cons. const., 9 avril 1996, n° 1996-375 DC, Rec., p. 60.

oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »¹³². Toutefois, la prise en compte des différences de traitement ne peut être fondée sur certains critères comme l'origine, le sexe, la race ou la religion. Le Conseil constitutionnel se montre très ferme sur cette question¹³³.

59. Relativité du principe d'égalité en droit pénal. Si le principe d'égalité a donc une valeur constitutionnelle, sa portée en droit pénal est somme toute relative. Il est évident que la loi ne peut établir de discrimination entre les délinquants au stade de la peine encourue. Toutefois, cet idéal s'efface devant le principe de la personnalisation de la peine. Le juge va tenir compte, au moment de son prononcé, de la personnalité du délinquant et adapter la peine envisagée afin de corriger les excès d'une égalité trop rigide. Il est donc admis que l'égalité des peines suppose que des délinquants se trouvant dans une situation comparable par rapport aux critères de condamnation applicables soient punis de la même manière. Il est également reconnu que des personnes se trouvant dans une situation différente du cas type soient sanctionnées de façon différente. C'est ainsi qu'il faut distinguer « l'égalité formelle » et « l'égalité visible »¹³⁴ pour reprendre les expressions de Madame le Professeur Muriel Delmas-Marty. L'égalité strictement formelle s'oppose à la prise en compte des particularités propres à chaque situation et à chaque personne. C'est ainsi qu'elle devrait s'entendre davantage comme une égalité de fait. Si la légalité pénale suppose une égalité de traitement, il n'en demeure pas moins vrai qu'il ne peut s'agir que d'une égalité concrète et non formelle. Le Conseil constitutionnel a affirmé que le principe d'individualisation de la peine par le juge ne contrevient pas à l'égalité des peines, car les condamnés à une même peine peuvent « accéder aux mêmes régimes dès lors qu'ils remplissent les conditions requises »¹³⁵ On comprend alors que l'égalité soit teintée d'équité pour corriger la raideur de la loi.

2. Une égalité empreinte d'équité

60. Définition de l'équité. Elle peut être définie comme un effort particulier pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales. On le comprend assez bien, l'équité

¹³² Cons. const. 29 déc. 2003, « Loi de finances pour 2004 », n° 2003-489 DC, Rec., p. 487.

¹³³ Cons. const., 18 nov. 1982, « quotas par sexe », n° 1982-146 DC, Rec., p. 66.

¹³⁴ M. DELMAS-MARTY, « La durée de la sentence : structures et stratégies du système pénal français », *RIDC* 1983 n° spécial, p. 180

¹³⁵ CC. 27 juillet 1978. DC

relève de la subjectivité, de la conscience personnelle. Statuer en équité, s'est mettre de côté les règles impératives pour y substituer son intime conviction. Ainsi l'équité va rendre la sanction conforme au sentiment partagé de ce que doit être une sanction juste. C'est alors un jugement de valeur propre à chacun mais nécessaire pour rendre la sanction acceptable pour tous. Une décision équitable permet de rendre à chacun le sien pour pallier les carences de la loi. En effet, « le domaine de l'équité est le juste qui n'a pas été incorporé par la loi ou qui a été imparfaitement incorporé à elle »¹³⁶. L'équité constitue le moyen pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des situations différentes. Bien souvent présentée comme suppléant la loi pour éviter un déni de justice, l'équité constitue le fondement de la justice qui consiste à traiter tous les justiciables de façon équitable. Elle ne se substitue pas à la loi mais la complète et l'adoucit. Toutefois, on pourrait légitimement penser que l'égalité de traitement et l'équité paraissent incompatibles car cette dernière génère de l'inégalité.

61. Compatibilité de l'individualisation avec l'équité. Dès lors, comment concilier égalité et équité ? Le Professeur John Rawls, Professeur à l'Université d'Harvard, a élaboré une théorie dans son ouvrage *Théorie de la justice*¹³⁷. Il établit sa théorie en conciliant l'exigence d'égalité et les nécessités du monde économique. L'équité est alors pensée comme le correctif aux excès de l'égalité pure. Afin de déterminer les principes de justice, John Rawls part du postulat d'un choix effectué par les individus dans une sorte d'état de nature. Les individus ont leur propre loi et celle-ci est par conséquent comprise et acceptée par le groupe. Dans cet état, chacun se détermine comme s'il se trouvait dans la situation la plus précaire. Dans cette situation, le choix le plus juste aboutit à un syncrétisme conjuguant égalité des droits et équité des conditions. John Rawls élabore alors une hypothèse selon laquelle les individus, calculant une répartition des biens dans une société à l'intérieur de laquelle ils ignorent ce que sera leur position, ne peuvent, en principe, favoriser aucun d'entre eux. Ils seront alors convaincus que la justice est subordonnée à l'observation de deux principes. L'égalité doit, d'une part, résider dans la répartition des libertés fondamentales -aucune distinction n'est acceptable sur ce point. Il écrit à ce propos : « *Chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égale pour tous* ». Il s'agit du principe de liberté. D'autre part, les différences de revenus ou de statut social par exemple peuvent être admises dans la mesure où ces inégalités sont équitables, c'est-à-dire si l'inégalité est avantageuse pour les plus défavorisés.

¹³⁶ A. M. LEBLOIS, *L'égalité devant la loi pénale*, thèse, Paris II, 1984, p.14

¹³⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Editions Points, essais, 2009 p. 131 et s.

Des inégalités peuvent alors être justes car tout le monde bénéficie des retombées positives. Il s'agit du principe de différence. Concernant l'individualisation judiciaire, ces deux conditions semblent bien réunies. En effet, dans un tel système, le principe d'adaptation de la mesure à la personne est identique pour tout le monde et fixé par la loi. Toutefois, le juge prend en compte différents éléments de la vie de l'auteur des faits pour rendre une sanction la plus juste et la plus équitable possible. L'égalité formelle est ainsi transcendée au profit d'une égalité substantielle intégrant l'équité. L'égalité et l'équité sont ainsi, en matière d'individualisation des peines, extrêmement mêlées. William Benessiano indique d'ailleurs que l'individualisation des peines est le « *versant légal de l'équité* »¹³⁸.

62. Les dérives de l'équité. Toutefois, l'équité comporte des inconvénients. D'une part, l'équité introduit dans le droit une part de flou et, surtout, l'équité conduit à l'arbitraire et par conséquent cela pourrait entraîner des inégalités¹³⁹. En effet, l'équité renvoie à une appréciation propre à chacun de ce qui lui paraît équitable ou non. Les juges substituent alors les règles issues de la loi à celles de leur conscience. On peut dès lors entrevoir une tension avec le principe d'individualisation. Toutefois, l'égalité purement formelle conduit à une certaine inefficacité des sanctions aboutissant même à l'injustice et l'égalité substantielle peut conduire à l'arbitraire. Comme l'indique le Professeur Muriel Delmas-Marty, « *l'éventuel conflit de valeur, s'il était soulevé devant le Conseil constitutionnel [...] devrait être résolu par la recherche d'un équilibre sans doute difficile, mais nécessaire, tant il est vrai que l'individualisation excessive peut aboutir à l'arbitraire du juge ou de l'administration, tandis qu'une égalité trop formelle peut conduire à l'inefficacité des peines, ou même à l'injustice* »¹⁴⁰.

63. Le modèle français est fondé, depuis l'entrée en vigueur du code pénal de 1992, sur l'individualisation judiciaire. Il permet au juge de choisir la sanction la plus juste en l'adaptant avec la gravité de l'infraction, les circonstances de l'infraction et la personnalité de l'auteur des faits. Il est donc fondé sur une égalité substantielle et non formelle. Toutefois, le législateur a pris soin d'encadrer les pouvoirs du juge afin de limiter l'arbitraire tout en

¹³⁸ W. BENESSIANO, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, thèse, p. 327 et s.

¹³⁹ G. MORIN, Préface de la troisième édition de l'ouvrage de R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Erès édition, p. 12. Voir également, P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, T.1, n° 328.

¹⁴⁰ M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 180

préservant l'efficacité des sanctions prononcées. C'est ainsi que l'on peut parler en matière d'individualisation des peines de modèle mixte à la française.

Section 2. Le modèle mixte français

64. Conformément à l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et à l'article 1^{er} du Code civil, la loi s'applique uniformément sur l'ensemble du territoire et ne s'applique jamais pour une personne seule¹⁴¹. En application du principe d'égalité, les citoyens sont tous égaux devant la loi. Mais cela n'empêche pas de procéder à des distinctions. Déjà, sous l'Ancien Régime, les juges modulaient leurs décisions en fonction de circonstances atténuantes ou aggravantes¹⁴². Les révolutionnaires, qui se sont insurgés violemment contre l'arbitraire de l'Ancien Régime, n'avaient pas « une vision formelle de l'égalité »¹⁴³ puisque la Déclaration des droits de l'homme admet l'existence de distinctions sociales¹⁴⁴. C'est ainsi que la France a retenu une « égalité par la différenciation ». Pour ne pas retomber dans l'arbitraire de l'Ancien Régime, le droit pénal est encadré par le principe de la légalité criminelle qui interdit aux juges d'inventer des sanctions selon l'article 111-3 du Code pénal. Ainsi, le législateur différencie la règle de droit pénal applicable et le juge l'adapte aux cas particuliers afin d'obtenir une réponse individualisée. Par conséquent, l'égalité lors de l'individualisation de la peine repose sur la recherche d'un équilibre entre l'intervention du législateur pour encadrer l'intervention des juges (§1) et une latitude¹⁴⁵ suffisamment importante accordée à ces derniers pour leur permettre de réaliser cette égalité (§2).

¹⁴¹ La loi peut, cependant, s'appliquer à des catégories de personnes même très précises.

¹⁴² Dans son ouvrage *De poenis temperandis*, publié en 1559, le juriste André Tiraqueau recense soixante-quatre causes pouvant minorer ou augmenter la peine. Cité dans B. GARNOT, *Histoire de la justice – France, XVI^e-XXI^e siècle*, Folio histoire, 2009, p. 462.

¹⁴³ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, op. cit., p. 31.

¹⁴⁴ L'article premier de la Déclaration de 1789 admet l'existence de distinctions sociales fondées sur « l'utilité commune ».

¹⁴⁵ Une partie de la doctrine critique pourtant cette grande latitude accordée aux juges. V. – J. BIGUENET, « Les limites de la liberté du juge dans l'individualisation de la peine ou l'inconventionnalité (entre autres anomalies) des condamnations « ultra petita » » : *Dr. pén.* 2011, étude 3 ; G. CASADAMONT, P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, éd. Odile Jacob, 2004, p. 100 et s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. Manuel, 3^e éd. 2014, n° 1543 p. 1065-1066 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la chambre criminelle à propos de l'arrêt rendu le 4 avril 2002 », *Dr. pén.* 2003, chron. 11. – « Le prononcé de la peine devant la Cour de cassation, ou l'art paradoxal de l'esquive et du racCourci », *AJP* 2013, p. 340 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 3^e éd. 2014, n° 578, p. 54 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd. 2005, p. 393 et 394.

§ 1. Une détermination de la peine encadrée par la loi

65. L'individualisation de la sanction pénale est encadrée par le législateur à deux niveaux. D'une part, il impose aux magistrats de prendre en compte les éléments objectifs de l'infraction (A), et d'autre part, il peut contraindre ces derniers à moduler la peine en fonctions de circonstances aggravantes ou atténuantes tenant soit à la personnalité de l'auteur de l'infraction, soit aux conditions dans lesquelles celle-ci a été commise (B).

A. La prise en compte de la commission d'une infraction

66. L'article 132-24, alinéa 1^{er} du Code pénal dispose que le juge détermine la peine « en fonction des circonstances de l'infraction ». En commençant l'article par ce critère, le législateur a voulu manifester son importance lors de la fixation de la sanction pénale. En effet, la répression commence par l'acte ayant enfreint la valeur sociale protégée par la loi.

L'expression est assez générale pour comprendre différentes situations. Le juge tient compte dans un premier temps de la gravité de l'atteinte. Cela peut comprendre le mode de commission de l'infraction¹⁴⁶, le moment de sa commission¹⁴⁷, la répétition ou non des faits délictueux¹⁴⁸, le rôle de la personne poursuivie¹⁴⁹ et enfin la nature de la faute intentionnelle ou non intentionnelle.

67. L'importance du préjudice. Il sera également tenu compte de l'importance du préjudice causé à la victime. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de valider une peine de sept ans d'emprisonnement pour vol aggravé et tentative d'extorsion de fonds au motif de l'« extrême gravité » des faits dans la mesure où l'extorsion portait sur vingt millions de francs¹⁵⁰. A *contrario*, les juges peuvent également prendre en compte la faible importance du préjudice pour diminuer la sanction. La Cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt du 24 août 2010, n'a

¹⁴⁶ CA Caen, ch. Corr., 24 juin 2011, n° 11/00466 et 11/00551, la Cour a retenu l'utilisation de subterfuges pour des vols et des falsifications de chèques.

¹⁴⁷ CA Rennes, 21 juin 2010, n° 10/00076, il s'agissait d'une agression commise de nuit, commise au domicile de la victime.

¹⁴⁸ CA Montpellier, 3^e ch. Corr., 22 févr. 2011, n° 10/01254

¹⁴⁹ CA Rennes, 3^e ch. Corr., 27 oct. 2010, n° 10/0185, le prévenu est poursuivi pour homicide involontaire, conduite sous l'empire d'un état alcoolique, conduite sans permis et délit de fuite.

¹⁵⁰ Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 04-86.442. Voir également CA Montpellier, 3^e ch. Corr., 22 févr. 2011, n° 10/01254. Elle motive sa décision de la sorte « il convient de ne pas banaliser les faits poursuivis qui ne sont pas sans perturber gravement ceux qui en sont les victimes »

pas appliqué la peine plancher en justifiant son arrêt par la « modicité du préjudice » et par le fait que « le scooter dérobé a été restitué sans délai à son légitime propriétaire »¹⁵¹.

Le juge pourra tenir compte de l'identité de la victime, son âge¹⁵², son éventuelle vulnérabilité¹⁵³, de la qualité de la victime¹⁵⁴, des liens entretenus avec le prévenu¹⁵⁵. La jurisprudence a également retenu que l'absence de perturbation de la victime suite à une agression sexuelle pouvait être une cause de diminution de la peine¹⁵⁶.

68. Appréciation de ces critères à l'égard des personnes morales. Ces conditions semblent assez facilement démontrables à l'égard d'une personne physique. En revanche, pour les personnes morales, cela semble être plus difficile. En effet, si certains critères liés à la nature ou à l'importance du préjudice peuvent être facilement imputés à la personne morale, d'autres critères ayant trait à la nature et à la gravité de la faute reprochée ne peuvent être déterminés que par le biais du représentant du groupement. La jurisprudence exprime assez bien ce problème dans la mesure où il n'y a pas de jugement ou d'arrêt condamnant une personne morale au visa de l'article 132-24 du Code pénal. Cette difficulté se traduit, dans la plupart des cas, par une peine d'amende.

Si le juge peut adapter la peine selon « *les circonstances de l'infraction* », il peut être contraint, par le législateur, à sanctionner plus sévèrement ou plus favorablement le prévenu.

B. La prise en compte des causes d'aggravation ou d'atténuation de la peine

69. La détermination de la peine par le juge est subordonnée à la prise en compte des causes légales d'aggravation de la peine (1) et des causes légales de diminution de la peine (2).

1. Les causes légales d'aggravation de la peine

70. Le juge ne peut dépasser la peine légalement encourue en raison du respect du principe de légalité. Néanmoins, le législateur peut prévoir des circonstances aggravantes permettant une

¹⁵¹ CA Montpellier, 3^e ch. Corr., 24 août 2010, n° 10/01037

¹⁵² CA Toulouse, 3^e ch. Corr., 18 juin 2008, n° 07/01417

¹⁵³ CA Caen, ch. Appels corr., 28 juin 2004, la Cour a retenu que le prévenu avait commis un « très grand nombre de vols, principalement auprès d'ecclésiastiques, personnes que le prévenu a pu supposer plus accueillantes et moins méfiantes à l'égard de leurs contemporains ».

¹⁵⁴ CA Toulouse, 3^e ch. Corr., 17 sep. 2008, n° 08/00334

¹⁵⁵ CA Grenoble, 1^{re} ch. Corr., 4 mai 2005

¹⁵⁶ CA Bourges, ch. Spéc. Mineurs, 3 mai 2007

répression renforcée de la part du juge afin d'accroître sa sévérité. On distingue classiquement les circonstances aggravantes spéciales (a) et les circonstances aggravantes générales (b).

a. Les causes d'aggravations spéciales

71. Définition. Les circonstances aggravantes spéciales sont celles qui ne s'appliquent que lorsqu'elles sont expressément prévues par le législateur au titre d'une infraction déterminée. Aucune disposition générale du Code pénal ne donne la liste des circonstances aggravantes spéciales ; il faut consulter les différentes infractions spéciales pour les connaître. Les circonstances aggravantes sont très nombreuses et elles ne cessent de se multiplier au fil des réformes pénales¹⁵⁷. Leur domaine d'application continue également de s'étendre. En effet, les infractions au titre desquelles le législateur les envisage sont de plus en plus nombreuses¹⁵⁸.

72. Différentes circonstances aggravantes. Pour remédier à la confusion régnant en matière de circonstances aggravantes spéciales, la doctrine les classifie en trois catégories : les circonstances aggravantes réelles, les circonstances aggravantes personnelles et les circonstances aggravantes mixtes.

Les circonstances aggravantes réelles renvoient aux circonstances matérielles qui ont entouré la commission de l'infraction. Il peut s'agir de l'usage d'une arme, ou encore de la commission de l'infraction dans un établissement scolaire ou éducatif. Les circonstances aggravantes personnelles sont en revanche attachées à l'auteur de l'infraction en tant que personne. Le législateur vise, par exemple la qualité d'ascendant ou encore la qualité professionnelle. Enfin, les circonstances aggravantes mixtes relèvent à la fois de la matérialité de l'infraction et de la personne de l'auteur comme la préméditation ou le mobile raciste ou homophobe. La distinction entre ces circonstances aggravantes présente un intérêt pratique considérable lorsqu'il s'agit de déterminer si une circonstance se communique au complice.

73. Circonstances aggravantes prévues par le législateur. Par ailleurs, s'il n'en dresse pas une liste limitative, le législateur a tout de même pris soin de définir, en tête du code pénal, parmi

¹⁵⁷ Ex : la loi du 4 mars 2004 a institué la circonstance aggravante d'incendie de forêt ; la loi du 5 mars 2007, celle de guet-apens, etc.

¹⁵⁸ Ex : loi du 9 mars 2004 élargissant considérablement le domaine d'application de la bande organisée ; loi du 4 avril 2006 procédant de la même manière quant à la circonstance d'infraction commise par le conjoint ou le concubin.

les principes directeurs du droit pénal, un certain nombre de circonstances aggravantes. L'article 132-71 du Code pénal définit la circonstance aggravante de bande organisée comme « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ». La bande organisée nécessite donc la participation de plusieurs personnes (deux suffisent toutefois), une préméditation, et un ou plusieurs actes de préparation. Elle se distingue ainsi de la circonstance aggravante de réunion que la seule pluralité de participants suffit à caractériser. La précision est importante car, depuis la loi du 9 mars 2004, la mise en œuvre d'une lourde procédure pénale dérogatoire est subordonnée à la seule circonstance de bande organisée. L'article 132-72 du Code pénal définit quant à lui la circonstance de préméditation comme le « dessein, formé avant l'action, de commettre un crime ou un délit déterminé »¹⁵⁹. L'article 132-73 du Code pénal définit la circonstance aggravante d'effraction comme « *le forçement, la dégradation ou la destruction de tout dispositif de fermeture ou de toute espèce de clôture* », et y assimile l'usage de fausses clefs, de clefs obtenues indûment¹⁶⁰ ou de tout outil pouvant être frauduleusement employé pour actionner un dispositif de fermeture sans le forcer ni le dégrader¹⁶¹. La circonstance aggravante d'escalade est définie à l'article 132-75 du Code pénal comme le fait de s'introduire dans un lieu quelconque, soit par-dessus un élément de clôture, soit par toute ouverture non destinée à servir d'entrée. Enfin, à propos de la circonstance aggravante d'usage d'une arme¹⁶², l'article 132-75 du Code pénal prévoit qu'elle recouvre l'arme par nature¹⁶³, l'arme par assimilation¹⁶⁴, l'arme simulée¹⁶⁵, et l'utilisation dans certaines conditions d'un animal¹⁶⁶. L'arme par nature est tout objet conçu pour tuer ou blesser. L'arme

¹⁵⁹ La préméditation exclut une impulsion subite et doit donc être le fruit d'une réflexion murement établie. V. en ce sens : Cass. crim., 18 juin 1969 : Bull. crim. 1969, n° 201 ; Cass. crim., 30 janv. 1975, Bull. crim. 1975, n° 35 ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 260 ; *RSC* 1976, p. 107, obs. G. Levasseur. Cette circonstance aggravante étant difficile à prouver, la Cour de cassation autorise l'utilisation d'un faisceau d'indices : Cass. crim., 17 déc. 1990 : *JurisData* n° 1990-004136 ; *Dr. pén.* 1991, comm. 141, note M. Véron ; *RSC* 1991, p. 759, obs. G. Levasseur.

¹⁶⁰ V. par exemple : CA Besançon, 3 nov. 1999 : *JurisData* n° 1999-101907.

¹⁶¹ La circonstance aggravante a notamment été retenue lors d'une tentative de dégradation de la porte d'un kiosque à journaux à l'aide d'un tournevis : CA Aix-en-Provence, 9 mai 2001 : *JurisData* n° 2001-151986.

¹⁶² M.-H. RENAULT, « Le port d'arme, de l'épée à la bombe lacrymogène », *RSC* 1999, p. 519

¹⁶³ Il peut s'agir, par exemple, d'un fusil à pompe même utilisant des balles en caoutchouc : Cass. crim., 30 avr. 1996, n° 95-84.271, Bull. crim. 1996, n° 180, *Dr. pén.* 1996, comm. 216, obs. M. Véron

¹⁶⁴ La Cour de cassation a considéré qu'une voiture pouvait être une arme (Cass. crim., 16 févr. 2005, n° 04-82.398, *Dr. pén.* 2005, comm. 106, note M. Véron) ainsi qu'une tronçonneuse (Cass. crim., 9 janv. 1986, cité *in Dr. pén.* 1989, comm. 57, note M. Véron) ou encore de pierres (Cass. crim., 21 sept. 2004, n° 04-80.567). Il ne s'agit de quelques exemples parmi une longue liste d'objets pouvant être utilisés comme une arme.

¹⁶⁵ V. Cass. crim., 5 août 1992, n° 92-82.717, Bull. crim. 1992, n° 276, *D.* 1994, somm. p. 156, obs. G. Roujou de Boubée

¹⁶⁶ La Cour de cassation avait refusé, dans un premier temps, d'assimiler à une arme un chien que son maître avait lancé contre un tiers (Cass. crim., 1er mars 1989, Bull. crim. 1989, n° 99, *RSC* 1989, p. 738, obs. G. Levasseur). Cette jurisprudence est, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 96-647 du 22 juillet 1996, devenue caduque. Ainsi, les juridictions ont admis que les animaux pouvaient aussi être des armes : CA Paris, 31 mai 2000 : *JurisData* n° 2000-128063.

par destination se caractérise par la volonté de celui qui en est le porteur. L'arme simulée comprend les seuls objets présentant à l'arme par nature une ressemblance de nature à créer une méprise de la part du public, lorsque l'objet est utilisé pour menacer de tuer ou de blesser. Hormis ces causes d'aggravations spéciales, le législateur a établi, dans le Code pénal, des causes d'aggravations générales.

b. Les causes d'aggravations générales

74. Définition. Par opposition aux circonstances aggravantes spéciales, le législateur a mis en place des circonstances aggravantes générales s'appliquant à toutes les infractions pénales en vertu de dispositions générales du Code pénal, sauf prévision contraire du législateur. Notre droit pénal consacre deux circonstances aggravantes générales : la récidive et la circonstance consistant dans l'utilisation d'un moyen de cryptologie.

75. L'utilisation d'un moyen de cryptologie. Cette dernière, introduite dans le Code pénal, par la loi sur l'économie numérique du 21 juin 2004¹⁶⁷, est érigée en circonstance aggravante générale par le législateur¹⁶⁸. Cela implique qu'elle s'applique à toutes les infractions pénales, sans qu'il soit besoin que le législateur la prévoie au titre des infractions particulières. Toutefois, si elle ressemble à une circonstance aggravante générale, la circonstance consistant dans l'utilisation d'un moyen de cryptologie voit par définition son application limitée à certaines infractions.

76. La récidive légale. Elle constitue en revanche une véritable circonstance aggravante générale. Elle peut être définie comme le fait, pour une personne déjà condamnée définitivement pour une infraction, de commettre une nouvelle infraction, soit de même nature (récidive spéciale), soit de nature différente (récidive générale), dans les délais prévus par la loi. Elle se distingue du concours réel, en ce qu'elle suppose qu'un jugement définitif sépare la première infraction de la seconde. La récidive est également différente de la réitération d'infraction. Celle-ci peut être assimilée à une sorte de récidive avortée, puisqu'on la retrouve quand une seconde infraction est commise après une première condamnation devenue définitive mais que l'une des conditions de la récidive fait défaut (nature des faits ou temps séparant les deux

¹⁶⁷ Loi du 21 juin 2004, n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁶⁸ Art. 132-79 CP.

infractions). Réglementée aux articles 132-8 à 132-16-6 du Code pénal, la récidive retient depuis quelques années toute l'attention du législateur. Les lois du 12 décembre 2005, du 5 mars 2007, du 10 août 2007 et du 25 février 2008 se sont ainsi succédées pour prévenir la récidive et pour la réprimer.

Outre ces circonstances aggravantes, il existe des circonstances permettant d'atténuer la sanction pénale.

2. Les causes légales d'exemption ou d'atténuation de la peine

77. Le juge a toute l'attitude pour diminuer la peine en fonction de critères qui lui sont personnels. Toutefois, le législateur a expressément visé des situations dans lesquelles il souhaite que le juge prononce une peine inférieure à la peine encourue. Bien qu'avec le Code pénal de 1992 le législateur ait mis un terme à la notion de circonstances atténuantes figurant dans le Code de 1810, il n'en demeure pas moins vrai qu'il existe des causes légales d'exemption ou d'atténuation de la peine. On peut en distinguer trois : la minorité (a), le trouble psychique (b), et le repentir (c).

a. La minorité

78. Définition. Il s'agit, premièrement, de la répression atténuée du mineur doté de discernement. Alors que le mineur dénué de discernement bénéficie d'une cause d'irresponsabilité pénale, le mineur discernant demeure pénalement responsable. Néanmoins, il est logique qu'il fasse l'objet d'une répression atténuée en raison de son âge. Les modalités de cette atténuation changent selon l'âge du mineur au moment de la commission des faits.

79. Les mineurs de dix ans avec discernement. Ils sont pénalement responsables : l'infraction leur est imputable. En revanche, leur répression pénale est atténuée. Ils encourent seulement les mesures éducatives de l'ordonnance de 1945. Ces mesures sont les suivantes : admonestation ; remise du mineur à ceux qui en ont la garde ou à une personne digne de confiance ; placement dans une institution d'éducation ou de formation professionnelle, ou dans un établissement médical ou médico-psychologique ; mesures d'activités de jour, consistant dans la participation du mineur à des activités d'insertion professionnelle ou

scolaire pour une durée d'un an maximum ; avertissement solennel. Dans tous les cas, le juge a la faculté de prescrire la liberté surveillée de l'enfant jusqu'à sa majorité. Afin d'accroître la sévérité du juge à l'égard des mineurs récidivistes, la loi du 5 mars 2007 prévoit que le juge des enfants ne peut plus prononcer à titre exclusif les mesures éducatives d'admonestation et de remise à parents. Il s'agit là d'éviter la multiplication du prononcé, par le juge des enfants, de ces deux mesures éducatives très peu coercitives, et donc de renforcer la réponse pénale face à des mineurs récidivistes.

80. Les mineurs de dix à treize ans. Ils n'encourent en principe que le prononcé de mesures éducatives (identiques à celles de la catégorie précédente). En revanche, par exception, si les circonstances et la personnalité du mineur le permettent, la juridiction de jugement peut prononcer à leur encontre des sanctions éducatives. Il peut s'agir de la confiscation de l'objet ayant servi à la commission de l'infraction ; de l'interdiction de séjour dans les lieux de l'infraction ; de l'interdiction de rencontrer la victime, les coauteurs ou complices ; d'une mesure d'aide ou de réparation ; d'une obligation de suivre un stage de formation civique ; d'un stage de citoyenneté. Cette liste a été complétée par la loi du 5 mars 2007, laquelle a donné naissance à quatre nouvelles sanctions éducatives : le placement dans une institution ou un établissement public ou privé d'éducation ; l'exécution de travaux scolaires ; l'avertissement solennel ; le placement dans un établissement scolaire comprenant un internant pour la durée de l'année scolaire.

81. Les mineurs de treize à seize ans. Ils encourent en principe le prononcé de mesures éducatives (similaires à celles précédemment indiquées plus la mise sous protection judiciaire pour une durée de cinq ans au plus). Ce principe connaît toutefois deux exceptions : les sanctions éducatives peuvent être prononcées lorsque les circonstances et la personnalité du mineur l'exigent (les mêmes que celles précédemment énoncées), et les peines prévues pour les majeurs peuvent être prononcées si les circonstances et la personnalité du mineur le justifient. Elle entraîne une diminution de moitié des peines privatives de liberté et de l'amende encourues. Si la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, elle doit être ramenée à vingt ans de réclusion criminelle. L'amende ne peut dépasser 7 500 euros. La loi du 10 août 2007 a institué pour les mineurs de treize ans en état de récidive légale des peines planchers. Elles sont fixées en fonction de l'atténuation de la répression dont ils bénéficient. Ainsi, la peine plancher encourue par un mineur récidiviste sera égale à la moitié de celle

encourue par un majeur. Le juge conserve la possibilité de descendre en dessous des seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. En cas de seconde récidive, le magistrat ne peut aller en deçà de la peine plancher que si l'intéressé présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion et par décision spécialement motivée.

82. Les mineurs de seize à dix-huit ans. Ils sont soumis au même régime que ceux de la catégorie précédente à deux différences. Tout d'abord, l'excuse atténuante de minorité n'est pas obligatoirement retenue. L'ordonnance du 2 février 1945 consacrait le principe selon lequel l'atténuation de peine ne pouvait être écartée qu'à titre « *exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur* » et par décision motivée. Les lois du 5 mars et du 10 août 2007 ont supprimé les mots « à titre exceptionnel », et étendu le domaine d'exclusion de l'atténuation légale de la peine. Désormais, l'atténuation de peine peut être exclue sans qu'il soit nécessaire de motiver cette décision, en cas de récidive d'infractions graves (crime d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne, ou délit de violences volontaires, d'agressions sexuelles ou délit commis avec la circonstance aggravante de violences). Par ailleurs, le rejet de la diminution de la peine devient le principe pour ces mêmes infractions graves lorsqu'elles sont commises en seconde récidive. La juridiction de jugement peut en décider autrement par décision spécialement motivée. Ensuite, lorsque la diminution légale de peine est écartée se trouve également écartée l'atténuation de la peine plancher. La peine plancher est alors la même que celles des majeurs.

b. Le trouble psychique ayant altéré le discernement

83. La seconde cause légale d'atténuation de la responsabilité est le trouble mental ayant altéré le discernement¹⁶⁹.

L'hypothèse du trouble mental ayant simplement altéré le discernement est prévue par l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal. Elle vise les personnes se trouvant dans des états intermédiaires entre la lucidité et l'abolition totale de discernement. À la différence des personnes dont le discernement a été aboli, celles dont le discernement n'a été qu'altéré restent pénalement responsables : l'infraction est pleinement constituée à leur encontre.

¹⁶⁹ A. PONSEILLE, « Prise en considération de l'état de santé de la personne suspecté ou condamné par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et à l'efficacité des sanctions pénales », *RSC* 2015, n° 4, p. 729-744.

L'article 122-1 alinéa 2 prévoit que « la juridiction tient compte de l'existence du trouble quand elle détermine la peine et en fixe le régime ». Il convient de noter que le législateur n'impose pas au juge de faire du trouble mental ayant altéré le discernement une cause d'atténuation de la peine. Ainsi, bien souvent, les juridictions, en présence d'un criminel souffrant d'une pathologie mentale, particulièrement dangereux, prononcent, compte tenu du risque de récidive résultant du trouble mental, une peine plus sévère¹⁷⁰ que celles qu'ils auraient prononcée contre un criminel sain d'esprit¹⁷¹. Tel est notamment le cas des auteurs d'infractions sexuelles sur mineurs. Pour mettre fin à cette solution inique, le législateur a réécrit l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal en précisant que la peine est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de réclusion ou de la détention criminelle à perpétuité, ramenée à trente ans. Le législateur a également précisé l'application de la règle devant la Cour d'assises par l'ordre de formulation des questions posées¹⁷². En revanche, en matière délictuelle, la position du législateur semble plus ambiguë¹⁷³ puisqu'il autorise la juridiction à ne pas appliquer cette diminution légale par une décision spécialement motivée. Nous pensons, comme la grande majorité des auteurs, que cette disposition favorise l'individualisation de la sanction pénale par une véritable prise en compte de l'état d'esprit du délinquant au moment de la commission de l'infraction¹⁷⁴. Cette mesure est indiscutablement plus favorable à ce dernier, ce que confirme la Cour de cassation dans un arrêt du 15 septembre 2015¹⁷⁵.

c. Le repentir

84. Le repentir de l'individu qui accepte d'informer les autorités d'une infraction en préparation, sur le point de se commettre, ou susceptible de connaître de graves développements et qui en

¹⁷⁰ G. BAERBIER, C. DEMONTES, J.-R. LECERF et J.-P. MICHEL, *Rapport d'information du 5 mai 2010*, n° 434.

¹⁷¹ Ce paradoxe peut aussi s'expliquer par le fait que la Cour de cassation n'exerce pas de contrôle de proportionnalité sur le choix de la peine (G. STRAHELI, « L'application dans le temps de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *Gaz. Pal.*, 22 et 23 mai 2015, p. 16). Ce faisant, plusieurs arrêts rendus avant la réforme de 2014 indiquaient clairement que le Président n'avait pas à poser de question à la Cour et au jury sur le trouble psychique ayant altéré le discernement. V. en ce sens : Cass. crim., 5 sept. 1995, Bull. crim., n° 170; 1^{er} oct. 1997, Bull. crim., n° 322 ; 31 mars 1999, Bull. crim., n° 66 ; 20 oct. 1999, Bull. crim., n° 228.

¹⁷² CPP. Art. 361-1 al. 3 et 362 al. 2 modifié.

¹⁷³ M. GIACOPELLI, « La traduction du principe d'individualisation de la sanction pénale dans la loi du 15 août 2014 », in *L'individualisation en matière pénale, Les nouveaux problèmes de sciences criminelles*, Aix-Marseille, 2015, n° XXVI, p. 43.

¹⁷⁴ J. LASSERRE-CAPDEVIELLE, *Les modifications concernant la personnalisation de la peine*, dossier Gazette du Palais, la réforme pénale, journée d'études sur la loi du 15 août 2014, *Gaz. Pal.* 2014, p. 14 ; J. -H. ROBERT, « Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 », *Dr. pén.* 2014, étude 16.

¹⁷⁵ Cass. crim., 15 sept. 2015, n° 14-86.135 : « L'article 122-alinéa 2 du Code pénal issu de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales est une disposition moins sévère... ».

dénonce les auteurs ou complices est une cause d'atténuation de la peine. L'article 132-78 du Code pénal distingue deux situations. D'une part, la personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est exempte de peine si, ayant averti les autorités administratives ou judiciaires, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices¹⁷⁶. D'autre part, la personne ayant commis un crime ou un délit voit la durée de la peine privative de liberté encourue réduite si, ayant averti les autorités administratives ou judiciaires, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage, d'identifier les autres auteurs ou complices, d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, de faire cesser une telle infraction. L'article 132-78 du Code pénal ne précise pas la mesure de la réduction. Pour ce faire, il convient de se rapporter aux textes spéciaux¹⁷⁷. Lorsque la peine encourue est la peine de réclusion criminelle à perpétuité, elle est ramenée à vingt ans. Lorsque la peine encourue est une peine de réclusion à temps, les textes spéciaux précisent généralement qu'elle est diminuée de moitié. Dans tous les cas, la culpabilité est prononcée, la cause d'exemption n'influe que sur la peine.

3. L'interaction entre les différentes causes objectives de modulation de la sanction.

85. Le juge peut rencontrer des difficultés pour individualiser la sanction en raison de la présence dans une même affaire de circonstances atténuantes et de circonstances aggravantes.

Comme il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux, il faut se demander comment résoudre le concours des circonstances aggravantes et atténuantes.

86. Résolution du conflit. Le juge commence par retenir les circonstances réelles et personnelles, dans la mesure où ces circonstances aggravantes spéciales font partie intégrante de la caractérisation de l'infraction.

¹⁷⁶ La majorité de la doctrine considère qu'il s'agit d'une condition alternative : V. en ce sens : J. PRADEL, *La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 16 juin 2000 sur la présomption d'innocence*, D. 2002, p. 169 ; M.-E. CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français », RSC 1995, p. 225. Néanmoins, une minorité estime qu'il s'agit d'une condition cumulative : J. DANET, « De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ? » : *AJ pénal* 2004, n° 5, spécialement p. 194 et 195. Il nous semble plus pertinent de considérer qu'il s'agit d'une condition alternative pour prendre en compte l'hypothèse où la personne a agi seule.

¹⁷⁷ La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a étendu le dispositif du repentir aux infractions de blanchiment, de corruption active ou passive, de trafic d'influence et de fraude fiscale en précisant pour chaque infraction que la peine privative de liberté peut être réduite de moitié (Art. 324-6-1 ; 432-11-1 ; 433-2-1 ; 434-9-2 ; 435-6-1 ; 435-11-1 CP et 1741 du CGFP).

Par ailleurs, il reste à savoir si l'aggravation résultant de la récidive doit s'appliquer avant ou après la diminution de la peine. La doctrine¹⁷⁸ s'accorde pour considérer que les causes légales de diminution de peine doivent être appliquées en principe avant la récidive. Toutefois, l'article 356 du Code de procédure pénale relatif au délibéré lors du procès d'assises suit l'ordre inverse. En effet, cet article dispose que « *la Cour et le jury délibèrent, puis votent, par bulletins écrits et par scrutins distincts et successifs, sur le fait principal d'abord, et s'il y a lieu, sur les causes d'irresponsabilité pénale, sur chacune des circonstances aggravantes, sur les questions subsidiaires et sur chacun des faits constituant une cause légale d'exemption ou de diminution de la peine.* ». De plus, concernant l'excuse de minorité, la Cour de cassation¹⁷⁹ observe que la diminution résultant de l'excuse de minorité devrait s'appliquer à la peine aggravée par la récidive. Toutefois, comme le soulignent Messieurs Desportes et Le Gunehec,¹⁸⁰ cette solution semble dépendre de la rédaction du texte instituant la cause de diminution de peine. Concernant les causes judiciaires de diminution de la peine, celles-ci doivent s'appliquer sur la peine légalement encourue, comprenant, éventuellement, la récidive légale¹⁸¹.

Si la détermination de la peine est encadrée par la loi pour éviter tout risque d'arbitraire, c'est au juge que revient la tâche d'adapter la peine en fonction des circonstances de l'affaire et de la personnalité de l'auteur de l'infraction.

§2. Une détermination de la peine réalisée par le juge

- 87.** Pour adapter la sanction, le juge va tenir compte de nombreux éléments subjectifs comme la personnalité, l'insertion professionnelle ou encore les ressources et les charges de la personne. On peut regrouper ces critères en deux : les critères subjectifs généraux (A) et les critères subjectifs spéciaux indispensables pour le prononcé de l'amende (B).

¹⁷⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 7^e éd., n° 794 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, n° 677 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, p. 464

¹⁷⁹ Cass. Crim., 28 août 1919, S., 1921, I, 185, note J.-A. Roux

¹⁸⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd, 2009, n° 926

¹⁸¹ Cass. Crim., 23 août 1888, DP, 1889, I, 99 ; Cass. Crim., 11 juillet 1963, B., n°257

A. Les critères subjectifs généraux

88. Le juge va prendre en compte, pour individualiser la sanction, l'élément psychologique de l'infraction (1) et différents éléments comme l'insertion professionnelle, une conduite addictive ou une situation familiale difficile. Ces derniers éléments peuvent être regroupés dans ce que l'on peut appeler les « éléments du parcours de vie » (2).

1. L'élément psychologique de l'infraction

89. Selon le droit pénal français, pour qu'une personne soit responsable de ces actes, il faut qu'elle ait commis un acte positif interdit par le texte pénal. Il s'agit de l'élément matériel de l'infraction. Toutefois, à part pour les contraventions, cette seule matérialité ne peut suffire à caractériser une infraction. Il est nécessaire qu'elle soit accompagnée par une volonté coupable. Ce n'est qu'à la réunion de ces deux éléments que le juge pourra prononcer une sanction.

Ce dernier élément appelé selon les auteurs, élément psychologique, intellectuel ou plus classiquement élément moral, implique que le juge recherche, d'une part, si la personne a commis une faute pénale, intentionnelle ou involontaire et, d'autre part, si la personne a agi avec intelligence et liberté. Cela renvoie à la conception classique de l'élément moral de l'infraction comprenant la culpabilité et l'imputabilité.

90. L'imputabilité, du latin *imputare*, peut se traduire par « attribuer à ». Il s'agit de savoir s'il est possible de rattacher la commission des faits à son auteur. Ce rattachement s'opère, en réalité, en deux temps. Tout d'abord, le juge va simplement rattacher l'acte commis à la personne. Il s'agit de l'imputabilité matérielle. Le second est beaucoup difficile à appréhender car il s'agit de savoir si la personne a agi selon son libre arbitre, c'est-à-dire avec une capacité suffisante pour comprendre et vouloir son acte. Il s'agit de l'imputation morale qui a été consacrée dans le célèbre arrêt *Laboube* du 13 décembre 1956. La haute juridiction a rappelé que « toute infraction, même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté »¹⁸². Il appert donc que le juge doit établir l'imputabilité avant de procéder à l'examen de la culpabilité de l'auteur. Il ressort de cela que le juge devra tenir compte du degré d'imputabilité pour retenir la responsabilité de l'auteur de l'acte et adaptera la sanction en fonction de cela.

¹⁸² Cass. crim., 13 déc. 1956, D 1957, jurisp., p. 349, note Patin

91. Les causes de non imputabilité. On peut constater qu'il existe des causes de non-imputabilité absolues manifestées par une absence de libre arbitre dans le cas de la contrainte ou d'une abolition du discernement. Dans ce cas, ces causes de non-imputabilité absolues entraînent une irresponsabilité pénale et donc l'absence de prononcé d'une peine. Par ailleurs, il existe des causes de non imputabilité relatives correspondant à des troubles mentaux n'ayant qu'altéré le comportement de l'auteur de l'acte. Inspiré par la circulaire Chaumié du 20 décembre 1905, le Code pénal actuel tient compte de cela. Le législateur a ainsi prévu l'altération du discernement à l'article 122-1 du Code pénal. Lorsque le discernement n'est que partiellement aboli ou lorsque les actes ne sont qu'entravés, la personne demeure responsable de ses actes devant la justice. Toutefois, le juge doit tenir compte de cette altération au moment où il fixe la peine et en détermine les modalités. Si l'objectif de la circulaire Chaumié et de la mise en place de l'altération étaient que l'individualisation de la sanction s'opère *in favorem*, il s'avère, aujourd'hui, que l'on constate l'inverse. Cela s'explique par le souci, toujours plus prégnant, de protéger la société. Il a même été préconisé qu'il était préférable de « bénéficier » d'une responsabilité totale plutôt que d'une atténuation de la responsabilité pour cause de trouble mental¹⁸³.

92. La prise en compte de l'élément psychologique de l'infraction est alors particulièrement importante pour la détermination de la sanction mais elle doit être complétée par la prise en compte des autres éléments du « parcours de vie » de la personne.

2. Les autres éléments du « parcours de vie »

93. Le juge est amené à prendre en considération différents éléments du « parcours de vie » de la personne pouvant soit être retenus pour alourdir la sanction soit, au contraire, adoucir la sanction prononcée.

94. Le juge peut prendre en compte, pour alourdir la sanction, la qualité professionnelle de l'auteur de l'infraction si celle-ci a un lien avec l'infraction commise. Ainsi, la haute juridiction a eu l'occasion de retenir, dans un arrêt du 5 février 2013¹⁸⁴, comme élément

¹⁸³ Rapport de l'audition publique sur l'expertise psychiatrique pénale ? in Senon J. L., Pascal J. C., Rossinelli G. (2008), *Audition publique Expertise psychiatrique pénale*, John Libbey Editeur.

¹⁸⁴ Cass. crim., 5 févr. 2013, n°12-81155, *Bull.* 2013 n°35.

constitutif de l'infraction d'exercice illégal de la profession d'avocat le fait qu'un ancien avocat radié du barreau continuait à assister une partie dans une procédure suivie devant le conseil de prud'hommes. De même, la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 2013¹⁸⁵, a déclaré à propos d'un matelot ayant subi un accident du travail que l'armateur était coupable du délit de blessures involontaires en retenant que celui-ci, en sa qualité de capitaine du second navire, n'avait pas rempli les obligations de sécurité à l'égard des préposés se trouvant sous ses ordres.

95. Par ailleurs, certains traits de personnalité peuvent être pris en compte par la juridiction de jugement. Il peut s'agir d'une addiction à l'alcool¹⁸⁶, de troubles mentaux comme des troubles de l'affirmation de soi et des difficultés d'identification virile¹⁸⁷, ou encore des psychopathies¹⁸⁸. Enfin, la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 mars 2011¹⁸⁹, a eu l'occasion de valider l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans qui avait retenu, pour condamner le prévenu coupable du délit de violences avec usage d'une arme et avec préméditation, des traits de caractère comme un "excès d'assurance" et une "tendance à dominer". Cette solution paraît bien atypique et c'est d'ailleurs ce qui va être discuté dans le pourvoi. En effet, pour le demandeur au pourvoi, les traits de caractère ne doivent pas être pris en compte pour alourdir la sanction. Si la Haute juridiction ne retient pas cet argument, il n'en demeure pas moins vrai qu'il pouvait être tout à fait recevable. Toutefois, il ne faut pas s'y tromper, la Cour d'appel n'avait pas fondé sa décision que sur cet élément. Il venait seulement au surplus de la gravité de l'infraction pour justifier une aggravation de la sanction.

96. Exemples d'éléments retenus pour adoucir la peine. Au contraire, d'autres éléments, manifestant un effort d'adaptation sociale de la part du prévenu, pourront être retenus par le juge pour adoucir la peine. Les éléments pris en compte sont très variés. Il peut s'agir de la situation familiale du prévenu¹⁹⁰, de son état de santé¹⁹¹, de sa réputation,¹⁹² de la prise en

¹⁸⁵ Cass.crim., 25 juin 2013, n° 11-88037, *Bull.* 2013, p. 153.

¹⁸⁶ CA. Agen, Ch. corr., 25 janvier 2010, n° 09/00189 A

¹⁸⁷ CA Toulouse, 3^e Ch. corr., 7 mai 2008, n° 08/00017, 420/08

¹⁸⁸ CA Montpellier, 3^e ch. corr., 3 mars 2010, n° 09/02051 : prise en compte de la susceptibilité, des réactions paranoïaques, de la variabilité de l'humeur et des troubles de caractère type colères immotivées pour caractériser le passage à l'acte.

¹⁸⁹ Cass. crim., 2 mars 2011, n° 09-86.687 et 10-80.671.

¹⁹⁰ CA Toulouse, 3^e Ch corr., 15 mai 2007, n° 06/01396, 07/470 : les appelants demandaient une réduction de leurs peines et faisaient valoir « qu'ils ont charge de famille, et qu'ils ont eu la malchance de naître dans un milieu défavorisé »,

¹⁹¹ CA Montpellier, 23 juin 2010, n° 09/01729, à propos d'un prévenu amputé d'une jambe

compte des efforts depuis la commission des faits comme par exemple l'abstinence à l'alcool depuis un an et la reprise d'un emploi dans les espaces verts dans lequel le condamné se montre ponctuel, volontaire et travailleur¹⁹³, et enfin plus généralement tous les gages d'insertion ou de réinsertion manifestés par une formation, une recherche d'emploi ou un emploi¹⁹⁴. Cependant, le juge pourra également retenir des critères subjectifs spécifiques pour prononcer des sanctions pécuniaires.

B. Les critères subjectifs particuliers

97. L'article 132-24, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code pénal, dispose que « lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction » (1).

Cette disposition a trait tout d'abord au prononcé de l'amende mais également à la mise en œuvre des jours-amende qui fait l'objet de règles spécifiques, figurant à l'article 131-5 du Code pénal. En effet, selon ce texte, « le montant de chaque jour-amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges du prévenu ; il ne peut excéder 1 000 €. Le nombre de jours-amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ; il ne peut excéder trois cent soixante ». Cette disposition apporte une particularité dans le prononcé de cette sanction. La détermination de la quotité quotidienne du jour-amende suit la règle posée par l'article 132-24, alinéa 1^{er}, deuxième phrase. En revanche, la fixation du nombre de jours est déterminée en fonction des « circonstances de l'infraction ».

Pour que le juge puisse prononcer une peine d'amende la plus juste possible, il est nécessaire qu'il soit suffisamment informé des ressources et des charges de la personne (2).

¹⁹² CA Toulouse, 3^e Ch. corr., 14 févr. 2007, n° 06/01368 : les juges retiennent pour diminuer la peine que le prévenu a fait preuve d'une vie honnête.

¹⁹³ CA Caen, Ch des appels corr., 3 oct. 2011, n° 11/00608 et 11/00749

¹⁹⁴ CA Rouen, Ch. corr., 13 avril 2011, n° 11/00091 : la Cour a prononcé un aménagement de peine *ab initio* car le prévenu a communiqué une promesse d'embauche, sous contrat à durée indéterminée, une attestation d'hébergement de Mademoiselle K. qui accepte que le prévenu soit placé sous surveillance électronique à son domicile. Le prévenu justifie également par production de bulletins de paie et mission d'intérim avoir régulièrement travaillé, il a également suivi des stages de formation.

1. Les ressources et les charges

98. S'agissant des personnes physiques. Les « ressources » intègrent les traitements et salaires, les revenus non salariaux, les pensions et rentes, les loyers, les revenus de valeurs mobilières, mais aussi l'ensemble des éléments constituant le patrimoine et permettant de justifier du train de vie de la personne (habitation, capital en banque...). Les « charges » proviennent principalement des loyers que le coupable doit payer, des dettes qu'il doit rembourser et des aliments qu'il doit verser.

La jurisprudence a eu l'occasion de condamner un automobiliste à une amende de 250 euros pour dépassement de la vitesse autorisée car la personne « s'est refusée de faire connaître le montant de ses ressources et de ses charges »¹⁹⁵. *A contrario*, les juges peuvent prendre en compte le manque de ressources du prévenu pour atténuer le montant de l'amende. Ainsi, une personne a été condamnée à une amende de 250 euros au motif que « les prévenus justifient être dans une situation financière précaire et sans aucun revenu par suite de la liquidation judiciaire de leur entreprise »¹⁹⁶. Les juges ont également retenu, pour condamner un prévenu à une amende de 100 euros, qu'il est « de nationalité hongroise, titulaire d'un titre de séjour, sans travail ni ressources déclarées »¹⁹⁷. Cependant, la Cour de cassation a précisé que si la juridiction doit déterminer le montant de la peine d'amende en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction, l'article 132-24 du Code pénal ne lui impose pas de motiver sa décision¹⁹⁸.

99. Pour les personnes morales. Les « ressources » correspondent principalement aux crédits de la société que ce soit sous forme de subventions, de dons, ou de bénéfices réalisés par l'entreprise. Les « charges » sont assimilées aux dettes contractées par le groupement (loyers, charges d'équipement et de fonctionnement). Le juge prendra en compte, lors de la détermination de la sanction, l'ensemble du patrimoine de la personne morale ou le chiffre d'affaires de la personne morale¹⁹⁹. Il ressort des statistiques que l'amende est presque

¹⁹⁵ CA Caen, Ch. corr., 18 nov.2010, n° 09/01009, 10/00866

¹⁹⁶ CA Lyon, 7^{ème} Ch. corr., 16 oct 2009, n° 08/00437

¹⁹⁷ CA Montpellier, 3^{ème} Ch. corr. 6 avr. 2011, n° 11/00004

¹⁹⁸ Cass. crim., 5 juin 2013, n° 12-87.053

¹⁹⁹ Il faut néanmoins un lien entre l'infraction et le chiffre d'affaire de la personne morale. Il aurait sans doute été plus judicieux de faire référence au profit tiré de l'infraction pour éviter une censure du Conseil constitutionnel. V. Cons. const., 4 déc. 2013, Déc. n° 2013-679 DC, Rec. p. 1060, JO du 7 déc. 2013, p. 19958, E. BONIS-GARCON, « Critère de fixation du montant maximum de la peine encourue par une personne morale », *D. pén.* févr. 2014, n° 2, comm. 33 ; V. dans le même sens : Cons. const., 20 juill. 2012, déc. n° 2012-267 QPC, JO du 21 Juill. 2012, p. 12003.

toujours prononcée à l'encontre des personnes morales²⁰⁰. De plus, il apparaît que les amendes prononcées contre les groupements sont trois fois plus élevées que celles qui sont infligées à des personnes physiques et sont assez peu aménagées²⁰¹.

100. L'ajournement aux fins de consignation. Pour faciliter le prononcé des peines d'amendes, le législateur a créé, par la loi du 15 août 2014, l'ajournement aux fins de consignation figurant à l'article 132-70-3 du Code pénal. Avec ce mécanisme, le tribunal qui ordonne la consignation détermine le montant de cette consignation et fixe le délai dans lequel celle-ci doit être déposée au greffe du tribunal, qui ne peut être supérieur à un an. Il peut également prévoir un paiement fractionné et fixe, dans ce cas, un échéancier. La décision doit également comporter l'indication de la date à laquelle il sera statué sur la peine. Cette dernière doit intervenir au plus tard un an après celle d'ajournement. Le tribunal n'est pas tenu par la consignation qu'il a ordonnée : il peut ainsi prononcer une peine d'amende d'un montant supérieur ou inférieur ou une peine d'une autre nature que l'amende, qui peut être d'emprisonnement, dans le cas d'inexécution délibérée du versement de la consignation. Néanmoins, nous sommes quelques peu sceptique quant à la réelle nature de cette mesure. En effet, celle-ci figure dans la loi relative à l'individualisation des peines, mais en réalité, il s'agit davantage d'une mesure garantissant l'efficacité de la sanction pénale plutôt que son individualisation²⁰².

Dans tous les cas, pour pouvoir prononcer une amende, le juge doit avoir l'ensemble des renseignements nécessaires sur les capacités contributives de l'auteur de l'infraction.

2. L'information concernant les ressources et les charges

101. Documents à fournir. Cette information apparaît grâce à la production de documents justificatifs comprenant, entre autres, les bulletins de salaire et les déclarations d'impôts, le dossier de personnalité ou de l'enquête rapide réalisée durant la procédure. Il existe des dispositions propres à l'information de la juridiction statuant en matière correctionnelle. Ainsi,

²⁰⁰ En 2005, 98 % des peines prononcées à l'encontre d'une personne morale étaient une peine d'amende. D. Baux et O. Timbart, « Les condamnations de personnes morales en 2005 », ministère de la Justice : Infostat justice n° 108, sept. 2008.

²⁰¹ *Op. cit.* p. 3

²⁰² M. GIACOPELLI, « La traduction du principe d'individualisation de la sanction pénale dans la loi du 15 août 2014 », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes de sciences actuelles*, Aix-Marseille, 2015, n° XXVI, p. 47.

en cas de recours à la citation directe, il faut informer le prévenu « qu'il doit comparaître à l'audience en possession des justificatifs de ses revenus ainsi que de ses avis d'imposition ou de non-imposition, ou les communiquer à l'avocat qui le représente²⁰³ ». C'est également le cas pour la convocation en justice, dite convocation « par OPJ »²⁰⁴. Si le procureur choisit de mettre en mouvement l'action publique par le biais d'une convocation par procès-verbal, il doit inviter le prévenu à se munir de ces mêmes justificatifs²⁰⁵. Par ailleurs, le ministère public ne peut recourir à la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale que si « les renseignements concernant la personnalité, les charges et les ressources sont suffisants pour permettre la détermination de la peine²⁰⁶ ».

102. Protection des données économiques. Concernant la communication des données économiques, ces informations d'ordre économique peuvent-elles être protégées par le secret professionnel ? L'article 132-22 du Code pénal prévoit que « *le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret* ».

Le secret professionnel ne peut justifier l'absence de communication des informations demandées. En effet, les enquêteurs peuvent « requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête ou l'instruction, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse être opposé, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel²⁰⁷ ». Par ailleurs, le législateur a érigé en infraction le fait de s'abstenir de répondre à une telle demande « dans les meilleurs délais ». Elle est sanctionnée par une amende de 3 750 euros.

²⁰³ Art. 390, al. 2 CPP

²⁰⁴ Art. 390-1, al. 2 CPP

²⁰⁵ Art. 394, al. 1^{er} CPP

²⁰⁶ Art. 495, dernier al. CPP

²⁰⁷ Art. 60-1, 77-1-1 et 99-3 CPP

Conclusion du chapitre 1.

- 103.** En confiant de larges prérogatives aux juges²⁰⁸ pour adapter la peine aux délinquants et en privilégiant une égalité subjective empreinte d'équité, le danger est grand de voir réapparaître l'arbitraire du juge. Le risque est d'autant plus grand que le juge ne dispose pas de véritables contraintes constitutionnelles. Cela peut donc l'inciter à privilégier les règles de son for intérieur au détriment de la règle légale, ce qui peut conduire à des inégalités ou des discriminations. L'individualisation judiciaire de la peine, en reposant sur une égalité empreinte d'équité, nous oblige à atténuer l'idée selon laquelle elle offre une meilleure égalité par rapport à l'égalité formelle. Il pourrait donc y avoir un risque d'incompatibilité entre l'individualisation de la peine et l'égalité. Mais l'acceptation de ce risque n'est-elle pas nécessaire pour obtenir une peine juste ?

²⁰⁸ D. Dechenaud considère qu'il s'agit d'un renoncement nécessaire du pouvoir législatif au profit de l'autorité judiciaire car le législateur ne peut prévoir toutes les circonstances susceptibles de se présenter au juge. D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p. 221-222.

Chapitre 2. Une incompatibilité potentielle avec l'égalité

104. Le passage de la règle légale à l'individualisation des peines fait apparaître la problématique de la logique de traitement égalitaire. Il ne s'agit pas d'aspirer à une uniformité car derrière chaque affaire, il y a une histoire particulière. Mais les analyses, peu nombreuses en France²⁰⁹, indiquent des sanctions différentes selon les régions et pour une même infraction aussi bien au niveau des Cours d'assises²¹⁰ qu'au niveau des tribunaux correctionnels²¹¹.

Ce faisant, l'hypothèse que la France possède des spécificités locales est une réalité, ce qui conduit à rejeter une égalité par assimilation²¹². Cette prise en compte des particularismes favorise les disparités voire même des discriminations. Même si le juge n'a pas la volonté de discriminer, l'impact des décisions indique qu'il n'existe pas d'égalité de traitement des délinquants. Ces disparités desservent l'individualisation des peines. Il s'agit ici de dévoiler les mécanismes inégalitaires, même si la tâche est difficile, car l'influence de la personnalité du juge est bien difficile à déterminer, et il est impossible de déduire dans des décisions rendues une intention discriminatoire. Mais les disparités constatées prouvent qu'il existe bien des inégalités. Celles-ci seraient d'abord attribuables aux juges dans leur manière de choisir les sanctions et d'apprécier les critères d'individualisation (section 1). Mais ces disparités ne sont pas liées qu'à la personnalité du juge. Sa décision est incorporée dans un processus pénal. Autrement dit, les inégalités sont amplifiées par les pouvoirs accordés à chaque acteur de la procédure, en particulier le procureur de la République et le juge de l'application des peines. Ces autorités judiciaires influent sur la peine prononcée et par conséquent, les disparités seraient également attribuables à l'institution judiciaire (section 2).

²⁰⁹ Conseil de l'Europe, Comité européen pour les problèmes criminels, Disparités dans le prononcé des peines : causes et solutions, Strasbourg, COE.M.1.1/026, Études relatives à la recherche criminologique, 1989, p. 19 ; F. JOBARD, S. NEVANEN, « La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *Revue française de sociologie*, vol. 48, n° 2, 2007, p. 243 ; T. LEONARD, « Ces papiers qui font le jugement », *Champ pénal*, Vol. VII, 2010 mis en ligne le 24 sept. 2010, URL [<http://champpenal.revues.org/7879>].

²¹⁰ J.-M. GARRAULT, *Rapport relatif au projet de loi portant réforme de la procédure criminelle*, Sénat, n° 275, 20 mars 1997, p. 49 et 50.

²¹¹ F. VANHAMME, *La rationalité de la peine, Enquête au tribunal correctionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

²¹² D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, p. 14.

Section 1. Des disparités attribuables aux juges

105. Le premier que l'on rend responsable des disparités est le juge. On lui demande d'être un homme compétent, impartial et de bon sens. Mais celui-ci n'est pas un distributeur automatique de peines ; des disparités peuvent donc apparaître pouvant générer des discriminations, c'est-à-dire des différences de traitements non pertinentes. Celles-ci favorisent le sentiment d'arbitraire du juge auprès de l'opinion publique, ce qui est contraire au principe d'égalité. Cette réflexion nous conduit à distinguer deux types de disparités : certaines sont relatives au choix de la sanction (§1), d'autres liées à l'appréciation des critères de sélection (§2).

§1. Des disparités dans le choix des peines.

106. Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal en 1994, le législateur a considérablement diversifié les sanctions pénales, en créant à côté de l'emprisonnement et de l'amende, des sanctions alternatives afin de favoriser l'individualisation de la réponse pénale. Force est de constater que toutes ces sanctions ne sont pas également prononcées : la peine d'emprisonnement demeure la peine de référence malgré la volonté du législateur de faire de celle-ci « la peine de dernier recours ». Ces disparités, lors de la détermination de la sanction, peuvent être soit volontaires (A) en raison du choix des magistrats, soit involontaires (B) qui tiennent aux difficultés inhérentes à certaines peines les rendant difficiles à prononcer.

A. Des disparités volontaires.

107. Alors que le législateur n'a eu de cesse de multiplier les sanctions pénales en créant des alternatives à l'incarcération, on peut constater que les juges ont tendance à prononcer principalement une peine d'emprisonnement²¹³ (1). Partant de ce constat, le législateur a choisi de créer une nouvelle peine principale non privative de liberté : la contrainte pénale (2).

²¹³ J. DANET et B. LAVIEILLE, « La juste peine », *Gaz. Pal.* 24 et 25 mai 2000, p. 889.

1. La place prépondérante de la peine d'emprisonnement.

108. Le recours prépondérant à la peine d'emprisonnement. Malgré une apparente diversité des sanctions offertes aux juges, la peine d'emprisonnement occupe une place principale dans notre droit pénal français²¹⁴. La suppression des châtiments corporels à la Révolution française, la suppression du bague et de la relégation en 1938 ainsi que l'abolition de la peine de mort en 1981 ont contribué à donner à la peine privative de liberté une place de référence dans notre arsenal pénal. En effet, tout crime ou délit est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende. Les chiffres clés de la justice sont d'ailleurs révélateurs de la place prépondérante des peines principales dans notre système pénal. En 2014, sur 583 727 peines prononcées, 279 891²¹⁵ peines privatives de liberté ont été prononcées. De plus, l'étude d'impact déposée à l'Assemblée nationale le 7 octobre 2013 concernant le projet de loi relatif à l'individualisation des peines indique que la peine d'emprisonnement ferme représente, en 2011, 5.5 % des peines en Allemagne, contre 30 % en France²¹⁶.

109. Les raisons de cette prépondérance. Le recours persistant aux peines principales et notamment à l'emprisonnement peut s'expliquer de deux manières : d'une part, par la complexification du droit de la peine et par l'impossibilité de recourir à d'autres sanctions.

Le développement de l'individualisation a eu pour effet une multiplication des sanctions applicables rendant le droit applicable plus complexe²¹⁷. Une telle évolution a rendu le choix opéré par le juge moins rationnel²¹⁸, ce qui constitue une source de disparité.

110. Tout d'abord, la séparation entre les peines complémentaires et les peines alternatives manque de clarté. En dressant une liste des peines alternatives à l'emprisonnement, le législateur a repris des peines déjà susceptibles d'être prononcées à titre de peine complémentaire. Cette distinction n'a pas grand intérêt et est potentiellement porteuse d'erreurs. Il serait alors plus simple de supprimer l'article 131-11 du Code pénal et de le remplacer par un article unique indiquant que les peines complémentaires, sous réserve que certaines exceptions pourraient être prononcées à titre de peine principale, en remplacement de la peine d'emprisonnement.

²¹⁴ D. DASSAT-LE DEIST, « L'emprisonnement : peine de référence en droit pénal », *Gaz. Pal.* 26 avr. 2016, p. 92.

²¹⁵ *Les chiffres clés de la justice 2015 – statistiques du casier judiciaire national* (952 réclusions criminelles et 278 939 peines d'emprisonnement), p. 18.

²¹⁶ Étude d'impact du 7 octobre 2013 concernant le projet de loi relatif à l'individualisation des peines, p. 63.

²¹⁷ D. RAIMBOURG, Rapport n° 1974 remis à l'Assemblée Nationale le 28 mai 2014, p. 20.

²¹⁸ E. DREYER., *Droit pénal général*, Lexisnexus, 3^e éd., 2014, n° 379.

111. Ensuite, la liste des peines complémentaires n'a cessé d'être complétée au cours des années, « *sans vision d'ensemble, [ni] sans cohérence interne* »²¹⁹. Le législateur prévoit parfois, pour une même infraction, plusieurs peines complémentaires dont le prononcé cumulatif semble inimaginable pour des raisons pratiques. Tel est le cas, par exemple, avec le délit d'atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne figurant à l'article 222-44 du Code pénal. Il est théoriquement possible pour le juge de condamner le prévenu, reconnu coupable de blessures involontaires par le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, à l'immobilisation, pendant une durée d'un an au plus, du véhicule dont il s'est servi pour commettre l'infraction, s'il en est le propriétaire ainsi qu'à la confiscation de ce même véhicule²²⁰. Le cumul de ces deux sanctions semble inapplicable dans la mesure où la confiscation produit un effet total empêchant l'exécution de la peine d'immobilisation²²¹. À propos de ces incohérences liées à une diversification des peines complémentaires, Jean Danet a écrit qu'il s'agissait de « *ressources diversifiées mais [des] ressources complexes, avec des cumuls interdits et une présentation des peines complémentaires qui s'avèrent d'un maniement relativement délicat.* »²²². Ces difficultés rendent le droit pénal incompréhensible aussi bien pour les citoyens que pour les juges ce qui augmente les risques d'erreurs. D'ailleurs, un magistrat dirigeant le casier judiciaire national avait indiqué que « *la loi pousse les tribunaux à la faute* »²²³. Pour éviter les risques d'erreurs et limiter les disparités dans le prononcé des peines, une simplification des règles de droit est donc nécessaire.

112. Par ailleurs, l'emprisonnement est souvent prononcé lorsqu'il n'est pas possible de recourir à d'autres sanctions. Par exemple, l'amende ne peut être prononcée efficacement qu'à l'encontre de personnes bénéficiant d'un patrimoine économique suffisant. Elle ne pourra donc pas s'appliquer à des gens impécunieux. Ainsi pour un sans domicile fixe ou un chômeur, l'amende ne sera pas appliquée et sera remplacée par une peine privative de liberté. Le juge se trouve alors dans une situation où lorsqu'il veut prononcer une peine d'amende et qu'il ne peut le faire, décide de recourir à une peine privative de liberté, ce qui est plus sévère. Bien que le juge ait la possibilité de prononcer une peine alternative, la translation de la peine de référence s'effectue vers une plus grande sévérité, ce qui renforce les disparités dans le

²¹⁹ *Ibid.* n° 384.

²²⁰ C. pén., art. 222-44, al. 1, 10° et 13°

²²¹ V. en ce sens, A. BEZIZ-AYACHE, Rép. pén. Dalloz, V° Peines complémentaires, n° 74.

²²² J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Folio actuel, 2008, p. 77.

²²³ G. LORHO, « Mauvais choix et classicisme », in *L'individualisation de la peine de Saleilles à aujourd'hui*, Érès, 2001, p. 256.

prononcé de la peine. Comme l'indique Béatrice Geninet, « *il aurait été utile que le législateur précise les conditions d'octroi des sanctions et notamment indique qu'une sanction plus sévère ne doit pas remplacer une moins sévère lorsque cette dernière ne peut s'appliquer, une sanction de nature équivalente devrait être prononcée* »²²⁴.

Outre la nécessaire simplification et clarification des règles en matière de droit de la peine, une véritable diversification des sanctions pouvant être prononcées est nécessaire afin de limiter le recours à la standardisation de la réponse pénale et faciliter l'individualisation de la peine.

- 113.** Enjoint par l'Europe de diversifier la réponse pénale afin de réduire le prononcé d'une peine privative de liberté et prenant appui sur des exemples étrangers comme le Canada (a), le législateur a diversifié les peines principales en créant une peine non privative de liberté de probation : la contrainte pénale (b).

a. Une influence étrangère.

- 114. Une pression étrangère.** Il existe une peine de probation autonome dans plusieurs pays principalement anglo-saxons. On peut citer l'Angleterre, le Pays de Galles, le Canada et les États-Unis d'Amérique. Le droit pénal canadien offre un bon exemple de comparaison en raison de la forte ressemblance avec notre droit pénal français. Il distingue plusieurs sanctions pouvant être prononcées à l'encontre d'un délinquant. Il peut s'agir de l'absolution, de la probation, de l'amende, du dédommagement, de l'emprisonnement avec sursis et de l'emprisonnement. Le Code criminel canadien a classé ces différentes mesures par ordre de gravité par rapport à la privation de liberté. Si certaines sont communes aux sanctions françaises comme l'amende, le dédommagement ou l'emprisonnement avec ou sans sursis, une d'entre elle est propre au Canada. Il s'agit de la peine de probation. Cette mesure figure aux articles 731 et suivants du Code criminel canadien. Dérivant du latin *probatio* signifiant « épreuve » ou « essai », il s'agit d'une période de « *mise à l'épreuve pendant laquelle l'individu doit s'astreindre à l'obéissance de certaines conditions prévues dans l'ordonnance de probation* »²²⁵. Comme il a pu être dit, cette mesure « *n'est pas destinée à sanctionner l'infraction, mais à contrôler l'individu, à neutraliser son état dangereux et à modifier ses*

²²⁴ B. GENINET, *op. cit.*, n° 204.

²²⁵ H. PARENT et J. DESROSIERS, *La peine, Traité de droit criminel*, T.3, éd. Thémis, 2012, p. 213.

dispositions criminelles »²²⁶. Dans le système canadien, l'ordonnance de probation comprend trois conditions obligatoires²²⁷ qui peuvent être complétées par des conditions facultatives : l'accomplissement d'un travail communautaire, une prise en charge médicale en cas de consommation d'alcool, de drogues ou de troubles mentaux, la réparation du dommage et des privations de liberté comme un couvre-feu. Plus surprenant, l'ordonnance de probation peut enjoindre le délinquant d'effectuer le versement d'un don à un organisme à but non lucratif dont le montant est fixé par la juridiction²²⁸. L'ordonnance peut également comporter une « *clause de responsabilisation* »²²⁹. Il s'agit d'obliger le condamné à « *prendre soin des personnes à charge et de subvenir à leurs besoins* »²³⁰.

b. Une forte influence.

115. L'influence du Conseil de l'Europe. L'impulsion majeure a été effectuée par le Conseil de l'Europe qui a produit une succession de recommandations visant à la diversification des sanctions au sein de la communauté. Il préconise, entre autres, la mise en place d'une peine de probation.

La recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 19 octobre 1992 établit un ensemble de principes qui doivent régir les sanctions au sein de la communauté dans un souci d'éviter « *les effets négatifs de l'emprisonnement* ». Pour le Conseil de l'Europe, il s'agit de développer des mesures permettant de « *développer chez le délinquant le sens de ses responsabilités envers la société et, plus particulièrement, envers la ou les victimes* »²³¹. Par ailleurs, la recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 29 novembre 2000 précise les principes directeurs afin de parvenir à un usage plus efficace des sanctions. Elle préconise de développer, dans la communauté, de nouvelles sanctions et évoque la « *probation en tant que sanction indépendante imposée sans que soit prononcée*

²²⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 26.

²²⁷ Art. 732.1 (2) C. cr. : « Le tribunal qui ordonne que le délinquant soit libéré ou se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, doit assortir l'ordonnance de probation des conditions suivantes :

- a) Ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite ;
- b) Répondre aux convocations du tribunal ;
- c) Prévenir le tribunal ou l'agent de probation de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation. »

²²⁸ V. par exemple la décision *R. c. Ratelle*, [2010] J.Q. N° 239 (C. A.) (QL/N). La juridiction a condamné le prévenu à une peine de dix-huit mois de détention, avec probation de trois ans et ordonnance de verser 250 000 \$ à divers organismes.

²²⁹ H. PARENT et J. DESROSIERS, *op. cit.* p. 252.

²³⁰ Art. 732.1 (3) e) C. cr.

²³¹ Règle n° 30, Recommandation n° R(92)16 du 19 octobre 1992.

une peine d'emprisonnement »²³². Enfin, le Conseil de l'Europe a émis une recommandation spécifique concernant la probation, le 20 janvier 2010. La probation est définie comme « l'exécution en milieu ouvert de sanctions et mesures définies par la loi et prononcées à l'encontre d'un auteur d'infraction. Elle consiste en toute une série d'activités et d'interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l'auteur de l'infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective »²³³. Elle inclut une évaluation de l'auteur des faits, de « sa situation particulière, y compris les risques, les facteurs positifs et les besoins, les interventions nécessaires pour répondre à ces besoins ainsi qu'une appréciation de la réceptivité de l'auteur d'infraction à ces interventions »²³⁴. La peine de probation a pour objectif le changement de l'auteur des faits en lui permettant de se réinsérer dans la société, en établissant un suivi fondé sur une étroite collaboration entre la communauté et lui.

Suivant les recommandations du Conseil de l'Europe, le législateur français a adopté par une loi du 15 août 2014, une nouvelle peine devant limiter le recours très important à l'emprisonnement.

2. L'instauration récente d'une mesure de contrainte pénale.

116. Création de la contrainte pénale. À la suite des réflexions menées au Cours de la « conférence de consensus », organisée de septembre 2012 à février 2013²³⁵, le législateur français a adopté, le 15 août 2014, une loi relative à l'individualisation et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Celle-ci instaure une nouvelle peine, « porteuse d'espoir »²³⁶ censée réduire le nombre d'emprisonnement, à l'article 131-4-1 du Code pénal : la « contrainte pénale »²³⁷. Elle peut être appliquée pour réprimer des infractions commises

²³² Règle n°1, Recommandation n° R (2000) 22 du 29 novembre 2000.

²³³ Recommandation n° CM/Rec (2010) 1 du 20 janvier 2010.

²³⁴ *Op. cit.* Règle n° 66.

²³⁵ V. É. BONIS-GARCON, « Vers un droit pénal raisonné ? – À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », *JCP G* 2013, p. 285 ; M.HERZOG-EVANS, « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.* 2013, p. 720 ; J. PRADEL, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. Les réponses d'un incrédule », *D.* 2013, p. 725

²³⁶ J. LEBLOIS-HAPPE, « La création d'une nouvelle peine de contrainte pénale : de la conférence de consensus au droit positif », 23 mai 2015, *Gaz. Pal.*, n° 143, p. 20.

²³⁷ L'instauration de la contrainte pénale a pu générer la peur de voir disparaître l'emprisonnement, mais en réalité cette mesure permet de renforcer du lien social : D. DELAMOTTE, *Qui a peur de la nouvelle peine sans prison ? Ajouter du « lien » et non du « rang » pour réussir la contrainte pénale et en finir avec la récidive*, L'Harmattan, 2014, p. 7 et 11.

antérieurement et non encore définitivement jugées²³⁸, mais l'entrée en vigueur de la loi ne remet pas en cause les emprisonnements sans sursis antérieurement prononcés²³⁹. La création de la contrainte pénale.

117. Conditions d'octroi. Cette nouvelle peine peut être prononcée à l'égard des personnes²⁴⁰ ayant commis des délits passibles d'une peine de moins de cinq ans d'emprisonnement²⁴¹. Néanmoins, cette limitation est temporaire puisque l'article 19II de la loi du 15 août 2014 dispose qu'à compter du 1^{er} janvier 2017, la contrainte pénale sera encourue pour tous les délits²⁴², ce qui présente un aspect positif puisque les autres peines de substitution sont applicables à tous les délits. Pour être prononcée, le législateur impose au tribunal correctionnel de prendre en considération, non seulement la personnalité de l'auteur des faits, mais encore sa situation matérielle, familiale et sociale²⁴³. Le juge devrait être aidé, en cela, par l'ajournement de peine aux fins d'investigation instituées par cette même loi et figurant à l'article 132-70 du Code pénal.

118. Mise en œuvre de la contrainte pénale. La contrainte pénale est mise en œuvre dès le prononcé de la peine. La mesure emporte pour le condamné le respect de différentes obligations qui peuvent être la réparation de dommages causés par l'infraction, l'obligation de suivre un enseignement ou une formation professionnelle, des traitements médicaux ou des soins, ou encore un stage de citoyenneté²⁴⁴ pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans selon l'article 131-4-1 alinéa 2 du Code pénal²⁴⁵. Il s'agit des mêmes obligations que le sursis avec mise à l'épreuve. Par ailleurs, la juridiction fixe également la durée maximale de l'emprisonnement encourue par le condamné en cas d'inobservation des obligations et

²³⁸ Cass. crim., 14 avr. 1015, n° 15-80.858, J. Dubarry, *JCP G* 2015, 697, note V. Peltier et *Dr. pén.* 2015, étude 13, note É. Bonis-Garçon ; *D.* 2015, p. 1307, note S. Detraz et *D.* 2015, p. 1395, obs. G. Barbier ; *Gaz. Pal.* 12-13 juin 2015, p. 19, note G. Pitti.

²³⁹ Cass. crim., 14 avr. 1015, deux arrêts n° 15-84.473 et n° 14-80.260, *D.* 2015, p. 1307, note S. Detraz et *D.* 2015, p. 1395, obs. G. Barbier, *Gaz. Pal.* 12-13 juin 2015, p. 19, note G. Pitti.

²⁴⁰ La contrainte pénale n'est applicable qu'aux personnes physiques majeures. En effet, l'article 23 de la loi du 15 août 2014 a modifié l'article 20-4 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante qui énumère les sanctions ne pouvant pas être prononcées à leur encontre, pour y ajouter la contrainte pénale.

²⁴¹ Art. 131-4-1 al.1 CP.

²⁴² Il convient de préciser que la contrainte pénale n'est applicable qu'aux délits et non aux contraventions.

²⁴³ Art. 131-4-1 al. 1 CP.

²⁴⁴ Art. 131-4-1 1° à 3° CP.

²⁴⁵ Il convient de noter que le délai d'épreuve est plus vaste que pour le SME, puisque l'article 132-42 du Code pénal prévoit un délai d'épreuve de douze mois à trois ans.

interdictions auxquelles il est astreint. Cet emprisonnement ne peut excéder deux ans, ni le maximum de la peine d'emprisonnement encourue.

119. Le condamné fait l'objet d'un suivi par le SPIP²⁴⁶ et le juge de l'application des peines²⁴⁷. Un rapport sur la situation sociale, matérielle et familiale de l'intéressé est établi au moins une fois par an²⁴⁸. Aux vues de ce rapport, le juge de l'application des peines pourra modifier les obligations initiales²⁴⁹ afin d'améliorer la « *dynamique de l'exécution de la peine* »²⁵⁰. En cas d'inobservation des obligations par le condamné, le juge de l'application des peines peut modifier les obligations ou, si cela n'est pas suffisant, saisir par requête soit d'office, soit sur réquisition du procureur de la République, le président du tribunal qui décidera, après un débat contradictoire, de la durée de l'emprisonnement qui ne pourra pas dépasser celle fixée par la juridiction²⁵¹. Par ailleurs, en cas de commission, pendant la durée de la contrainte pénale, d'un crime ou délit de droit commun suivi d'une condamnation à une peine privative de liberté sans sursis, la juridiction de jugement peut, après avis du juge de l'application des peines, ordonner la mise à exécution de tout ou partie de l'emprisonnement fixé par la juridiction en application du dixième alinéa de l'article 131- 4-1 du code pénal²⁵².

120. Critiques du modèle français. Le système français présente alors une différence importante avec les systèmes étrangers et notamment canadien concernant le non-respect de la mesure de contrainte pénale ou de probation, ce qui en fait une mesure ambiguë²⁵³ compte tenu de sa

²⁴⁶ La contrainte pénale entraîne un accroissement du travail du SPIP qui « croule » déjà sous les dossiers (D. RAIMBOURG, Rapport remis à l'Assemblée Nationale le 28 mai 2014, 67 et 103). Dès lors, il aurait été pertinent que le législateur confie cette tâche à des associations spécialement formées (V. F. LAUFERON, « Les associations sont en capacité de prendre en charge les contraintes pénales », *Dalloz actualité*, 4 sept. 2013 ; C. CLOAREC, « Le SPIP : seul maître d'œuvre de l'exécution des peines ? », *AJ. Pénal*, 2014, p. 268 ; S. LASSALE, « La réforme pénale peut-elle se passer d'une complémentarité entre le secteur public et le secteur associatif socio-judiciaire ? », *AJ pénal*, 2014, p. 272). Madame le Professeur Poncela estime que la contrainte pénale risque d'être contre-productive en ce qu'elle risque de mobiliser les SPIP au détriment des autres peines et mesures de milieu ouvert (P. PONCELA, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *RSC* 2014, p. 611).

²⁴⁷ A. GROSCLAUDE-HARTMANN, « Modalités et régime de la nouvelle peine : la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve », *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, n° 143, p. 22.

²⁴⁸ Art. 713-44 CPP.

²⁴⁹ Art. 713-43 CPP.

²⁵⁰ J.-CL. BOUVIER, « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal*, 2013, p. 132.

²⁵¹ Art. 713-47 CPP.

²⁵² Art. 713-48 CPP.

²⁵³ M. HERZOG-EVANS, « Loi Taubira : derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu », *AJ pénal* 2014, p. 458

similarité avec le sursis avec mise à l'épreuve²⁵⁴. Dans le système canadien, la peine de probation n'est pas rattachée à l'emprisonnement. Cela implique que le « *bris de conditions* »²⁵⁵ lors du prononcé de la peine de probation n'entraîne pas l'incarcération de la personne mais lui fait encourir une nouvelle infraction dont la peine d'emprisonnement est fixée par la loi²⁵⁶. Cela la distingue de l'emprisonnement avec sursis qui conduit à la modification des conditions de l'ordonnance ou une incarcération²⁵⁷. Cette diversification des mesures, et plus particulièrement cette peine de probation, permettent une plus grande individualisation de la sanction « *qui se concrétise tant au point de vue du choix de la peine que des conditions qui lui [le condamné] seront imposées* »²⁵⁸. Le législateur français n'a pas suivi ce système qui aurait été plus simple et qui aurait permis une plus grande égalité entre les condamnés, créant de surcroît une confusion avec le sursis avec mise à l'épreuve, en lui empruntant ses mesures et ses obligations²⁵⁹. En réalité, la contrainte pénale à la française n'est pas une nouvelle peine mais un « *sursis avec mise à l'épreuve inversé* » ou comme il a été dit, « *un clone du sursis avec mise à l'épreuve* »²⁶⁰.

Par ailleurs, la mesure de contrainte pénale à la française laisse à la juridiction de jugement le libre choix de la peine d'emprisonnement encourue en cas de manquement de la part du condamné. Cela conduira à une incertitude et à un sentiment d'inégalité entre les condamnés. Si l'adoption de la contrainte pénale est une avancée majeure et audacieuse dans notre droit pénal²⁶¹, il n'en demeure pas moins qu'elle fragilise encore un peu plus le principe de l'égalité en créant une peine d'emprisonnement indéterminée pourtant contraire aux recommandations

²⁵⁴ J.-H. ROBERT, « Réforme pénale – Punir dehors », *Dr. pén.* 2014, étude n°16, spéc. n° 4.

²⁵⁵ H. PARENT et J. DESROSIERS, *Traité de droit criminel, La peine, op. cit.* p. 252.

²⁵⁶ Art 733.1 (1) C. cr. canadien : « *Le délinquant qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de se conformer à l'ordonnance de probation à laquelle il est soumis est coupable :*

- a) *Soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans ;*
- b) *Soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois et d'une amende maximale de deux mille dollars, ou de l'une de ces peines. »*

²⁵⁷ Art 742.6 (9) C.cr.

²⁵⁸ H. PARENT et J. DESROSIERS, *op. cit.* p. 213.

²⁵⁹ M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », in Dossier la loi du 15 août 2014, *AJ pénal* 2014, p. 456 ; H. MATSOPOULOU, « Réforme pénale, la nouvelle peine de contrainte pénale est-elle nécessaire ? », *JCP* 2013, n° 44-45, p. 1153 ; J. PRADEL, « Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP* 2014, I, p. 1642.

²⁶⁰ B. BOULOC, « Mieux punir ? », in *Le nouveau Code pénal 20 ans après, État des questions*, L. Saenko (dir.), préf. M. Delmas-Marty, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 133.

²⁶¹ R. BADINTER, P. BEAUVAIS, « À propos de la nouvelle réforme pénale », *D.* 2014, p. 1830

européennes, et pourrait favoriser l'arbitraire du juge en ne prévoyant pas précisément les critères pour lesquels le juge doit choisir la contrainte pénale²⁶².

Si des disparités existent dans le choix de la sanction, faisant de la peine privative de liberté la peine de référence, certaines peines sont porteuses intrinsèquement de disparités.

B. Des disparités involontaires.

121. La complexité et l'ambiguïté de certains modes d'individualisation risque de heurter le principe d'égalité. En effet, d'un côté le choix de ces sanctions devrait favoriser l'individualisation des peines, mais d'un autre côté, l'application de ces sanctions a des aspects assez peu compatibles avec le principe d'égalité. Cela concerne principalement les peines pécuniaires (1) et les sanctions alternatives (2).

1. Les peines pécuniaires.

122. Des disparités dans le prononcé des peines pécuniaires. L'amende est proportionnée au dommage causé à la victime ou au profit retiré par l'infraction. Elle est particulièrement effective en droit pénal des affaires, là où le gain économique est le motif habituel de la commission de l'infraction et pour laquelle la victime éprouve un préjudice patrimonial très important²⁶³. Toutefois, on constate une certaine inégalité entre la répression des délinquants d'affaire par rapport aux autres délinquants. Ainsi, en matière de législation relative aux marchés boursiers, le législateur incrimine trois infractions pour lesquelles les sanctions s'élèvent à 1 500 000 euros ou le décuple des profits réalisés²⁶⁴. Par ailleurs, le législateur permet au juge de prononcer une amende dont le montant est égal à la moitié des biens recelés²⁶⁵. Cette particulière sévérité a pu s'expliquer par le fait qu'en matière économique, le délinquant souhaite réaliser un profit important²⁶⁶. Cette explication est assez peu

²⁶² A. GARRAUD, « Quelle réforme pénale pour la France en 2014 ? Analyse de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RPDP* juill. Sept. 2014, n° 3, p. 589.

²⁶³ F. STASIAK, « La personnalisation de la sanction en droit pénal des affaires », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les Nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, n° XXVI, 2015, p. 67 à 73.

²⁶⁴ Art. L. 465-1 al. 1 et 3 du CMF pour le délit d'initié, L. 465-1 al.4 du CMF pour le délit d'information fausse ou trompeuse et L. 465-2 du CMF pour le délit de manipulation de Cours.

²⁶⁵ Art. 321-3 CP.

²⁶⁶ M. DANTI-JUAN, « À propos du principe de l'égalité en droit pénal français », *RDPC* 1985, p. 227.

convaincante dans la mesure où toutes les infractions économiques ont le même mobile. Par ailleurs, il faut observer que les sanctions pécuniaires prononcées ne tiennent pas compte de la gravité de l'infraction que l'on retrouve dans le prononcé d'une peine d'emprisonnement et la juridiction pénale n'a pas l'obligation de motiver sa décision quant au montant de l'amende²⁶⁷. Les juges répressifs disposent donc d'un pouvoir discrétionnaire dans la fixation de l'amende, ce qui peut favoriser les inégalités lors du prononcé d'une peine pécuniaire, d'autant plus que les critères de détermination du montant de l'amende ne sont qu'une « *pieuse recommandation* »²⁶⁸. Cependant, un arrêt rendu le 15 décembre 2015²⁶⁹ par la Cour de cassation semble marquer une évolution favorable dans la lutte contre les inégalités puisque la chambre criminelle a effectué, pour la première fois, un contrôle de la proportionnalité du montant de l'amende prononcée.

123. Les raisons de ces disparités. Malgré ces efforts pour rendre le prononcé de la peine d'amende plus juste, les risques de disparités lors de la détermination du montant de l'amende est toujours bien présent, dans la mesure où il est parfois bien difficile de recueillir des données concernant les moyens financiers de la personne. Le danger d'inégalité est principalement dû au manque d'information du juge sur la situation financière du délinquant. Pour se prémunir contre ce risque, l'article 132-22 du Code pénal permet au tribunal correctionnel de requérir la communication de tous renseignements utiles de nature financière ou fiscale de la part de toutes les administrations ou établissements financiers. Cet article permet ainsi de limiter certains aspects inégalitaires mais ne peut les gommer en totalité en raison du manque de moyens et de temps.

Les peines pécuniaires ne sont pas les seules à être une source de disparité entre les délinquants. Les sanctions alternatives peuvent également être porteuses d'inégalité.

2. Les peines alternatives.

124. Le législateur, en instaurant des peines alternatives (a), a depuis longtemps diversifié la palette de sanctions pouvant être prononcées, mais celle-ci reste trop peu utilisée compte tenu des nombreuses contraintes propres aux peines alternatives (b).

²⁶⁷ Cass. crim., 8 avr. 2010, JurisData n° 2010-006667.

²⁶⁸ J. -H. ROBERT, *Punir dehors, Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, Dr. pén.* 2014, étude 16, n° 25, p. 393.

²⁶⁹ Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-85.638.

a. La reconnaissance des peines alternatives à l'emprisonnement.

125. Le législateur a créé des peines dites *alternatives* venant se substituer à l'une des peines principales encourues²⁷⁰. Il a conçu les premières peines de substitution²⁷¹ par la loi n°75-624 du 11 juillet 1975. Ce dispositif fut étoffé par l'adjonction de la peine de travail d'intérêt général²⁷² et de jours-amende²⁷³ par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983. En élargissant l'éventail des peines, le législateur souhaitait encourager les magistrats à utiliser ces sanctions à la place d'un emprisonnement de Courte durée, souvent néfaste pour le condamné²⁷⁴.

Porté par le souffle de la Défense sociale nouvelle, les rédacteurs du Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, ont repris ces peines de substitutions aux articles 131-5 à 131-9 et à l'article 131-11. Le dispositif fut, par la suite, étendu par l'adjonction du stage de citoyenneté²⁷⁵ et de la peine de sanction-réparation²⁷⁶. Si elles peuvent être prononcées à la place d'une peine principale afin de limiter la standardisation de la réponse pénale, le législateur semble avoir opéré une hiérarchie entre les peines principales et les peines alternatives. En effet, l'article 131-6 du Code pénal modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 indique que : « lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place de l'emprisonnement... ». Il résulte de ce texte que les peines alternatives constituent une possibilité pour remplacer l'emprisonnement ou l'amende. Le législateur a alors introduit une hiérarchie entre les peines principales et les peines alternatives comme ont pu le souligner certains auteurs²⁷⁷. Cette hiérarchisation, non souhaitée par le législateur, pourrait expliquer en partie le faible recours à ces peines par rapport aux peines

²⁷⁰ S. DETRAZ, « La notion de peine alternative à l'emprisonnement », in *Le prononcé d'une peine d'emprisonnement*, *Gaz. Pal.*, 26 avr. 2016, p. 74.

²⁷¹ La juridiction correctionnelle pouvait prononcer, à titre de peine principale, soit une peine accessoire ou complémentaire encourue pour l'infraction (C. pén., art. 43-1 ancien), soit une interdiction professionnelle (C. pén., art. 43-2 ancien), soit une peine privative ou restrictive de droits (C. pén., art. 43-3 ancien).

²⁷² C. pén., art. 43-3-1 ancien.

²⁷³ C. pén., art. 43-8 ancien.

²⁷⁴ A. DECOCQ, Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal : *RSC* 1976, p. 1. ; Voir également, J. Pradel, *Le recul de la courte peine d'emprisonnement avec la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975* : *D.* 1976, chron. p. 63.

²⁷⁵ C. pén., art. 131-5-1.

²⁷⁶ C. pén., art. 131-8-1.

²⁷⁷ J.-H. ROBERT, op. cit., p. 438. – Y. MAYAUD, *Droit pénal général* : PUF, 5^e éd., 2015, n° 499.

d'emprisonnement ou d'amende²⁷⁸. Il existe, également, d'autres contraintes propres à certaines peines alternatives limitant leur utilisation.

b. Des contraintes propres aux peines alternatives.

126. Les peines alternatives sont assez rarement prononcées²⁷⁹ en raison de différentes contraintes aussi bien d'ordre juridique qu'extra-juridique.

127. Des contraintes d'ordre juridique. Le législateur a entouré le prononcé des peines alternatives de certaines contraintes. D'une manière générale, en matière correctionnelle, les sanctions alternatives impliquent une peine d'emprisonnement ou d'une amende prévue par un texte d'incrimination. En matière contraventionnelle, les sanctions alternatives ne peuvent être appliquées qu'aux contraventions de cinquième classe. S'agissant, plus spécialement, des jours-amende, leur nombre ne peut dépasser trois cents soixante jours, et chacun ne peut dépasser un montant de mille euros. Par ailleurs, le travail d'intérêt général est également encadré car il est soumis au consentement du prévenu. Ainsi, cette peine ne pourra pas être retenue si la personne la refuse ou si elle n'est pas présente à l'audience. Cette contrainte constitue un frein non négligeable dans le prononcé de cette peine.

128. Des contraintes extra-juridiques. À cela viennent s'ajouter des contraintes extra-juridiques. Les sanctions alternatives connaissent des limites d'utilisation pratique. Ce type de sanctions doit faire l'objet d'un contrôle administratif difficile à assurer, et souvent très onéreux. De plus, le travail d'intérêt général ne peut être employé massivement en période de récession économique et de chômage de masse dans la mesure où il est plus difficile de trouver des postes vacants. Le choix de ces mesures aura également pour effet de créer des disparités entre les juridictions disposant de nombreuses structures pouvant mettre en œuvre ces sanctions et celles moins bien pourvues. Si l'objectif de cette diversification des sanctions

²⁷⁸ 66 393 sur 617 221 peines prononcées en 2012, in *Les chiffres clés de la justice 2013*, p. 18.

²⁷⁹ L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits » in *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris I* (ss. la dir. M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT, H. RUIZ-FABRI), Société de législation comparée, 2002, p. 589 ; L. CADIET, « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* (ss. la dir de P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, Ph. MILBURN), La Documentation française, Paris, Mission de recherche « Droit et justice », 2003, p. 255-265.

était de faire diminuer le nombre de peines privatives de liberté de Courtes durées, les contraintes tant juridiques que pratiques expliquent le succès limité des sanctions alternatives et le recours persistant aux peines principales. Il convient également de souligner que ces sanctions correspondent de moins en moins à la représentation que peut se faire le public de la peine et, dans une moindre mesure, certains magistrats.

§2. Des disparités liées à l'appréciation des critères de choix.

- 129.** L'appréciation des critères permettant de choisir une sanction peut entraîner des disparités²⁸⁰. En effet, parmi les nombreux critères que les magistrats utilisent pour se forger leur conviction, tels que l'âge, le genre, le montant des ressources déclarées, la situation d'emploi, la domiciliation, la nature du délit ou encore le casier judiciaire, il s'avère que ceux-ci n'ont pas la même importance aux yeux du juge. Il semble que les magistrats accordent une grande importance aux « *marqueurs pénaux* »²⁸¹ et plus particulièrement au casier judiciaire, ce qui peut conduire à une appréciation standardisée (A). Mais ils ne sont pas insensibles à certaines caractéristiques sociales qui peuvent être porteuses de discriminations (B).

A. Une appréciation standardisée.

- 130.** Au risque d'une simplification défavorable pour le condamné, les différentes recherches en *sentencing*²⁸² et les décisions des juridictions de fond nous apprennent que certains critères vont être plus particulièrement pris en compte dans le choix de la peine prononcée pouvant conduire à une appréciation standardisée²⁸³. Ainsi les magistrats sont-ils plus particulièrement attentifs au passé pénal de l'auteur de l'infraction (1) et au pré-jugement (2).

1. L'importance du passé pénal.

²⁸⁰ A. COTTINO, M.-G. FICHER, « Pourquoi l'inégalité devant la loi ? », *Déviante et société*, Vol. 20, n° 3, 1996, p. 199.

²⁸¹ V. GAUTRON, J.-N. RETIERE, « Des destinées judiciaires pénalement et socialement marquées », in *La réponse pénale*, op. cit., p. 213.

²⁸² M.-C. DESDEVISES, « Les risques des standards pénologiques », in *L'individualisation de la peine, 100 ans après Saleilles* (ss. la dir. de R. OTTENHOF), Toulouse, Eres, 2001, p. 227-235.

²⁸³ V. GAUTRON, La « barémisation » et la standardisation des réponses pénales saisies au travers d'une étude quantitative et qualitative de l'administration de la justice pénale », in *Sayn I.* (dir.), Le droit mis en barèmes, Paris, Dalloz, 2014, p. 85-97.

- 131.** Le passé pénal de l'auteur d'une infraction est un indicateur particulièrement important dans le choix d'une procédure et dans celui de la peine qui sera prononcée²⁸⁴. En effet, les antécédents judiciaires constituent « *un indicateur d'ancrage dans la délinquance et d'insoumission à l'intervention de la justice* »²⁸⁵. L'étude coordonnée par Jean Danet²⁸⁶ nous apprend que le passé pénal de l'auteur d'une infraction a une influence dans deux cas.
- 132. Une influence sur le choix de la peine.** D'une part, des recherches récentes²⁸⁷ ont montré l'importance du passé pénal sur l'orientation processuelle de l'affaire. Il ressort de ces recherches que la récidive augmente la probabilité d'une comparution immédiate ainsi que la détention provisoire. En dehors de l'état de récidive légale, le grand nombre de condamnations détermine l'orientation vers une comparution immédiate. Toutefois, l'étude démontre que le nombre de condamnations important n'entraîne pas forcément un placement en détention provisoire²⁸⁸.
- 133. Une influence sur le choix de la peine.** D'autre part, l'impact du passé pénal est un indicateur important lors du prononcé d'une peine d'emprisonnement. Sans surprise, les juridictions se montrent particulièrement attentives au nombre de condamnations. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 6 juin 2012, a confirmé la condamnation du prévenu à une peine de dix-huit mois d'emprisonnement ferme sans sursis et au paiement d'une amende de cent mille euros pour abus de biens sociaux et banqueroute par absence de tenue de toute comptabilité. La Cour d'appel a motivé le prononcé de cette peine au regard des nombreux antécédents judiciaires du prévenu, en l'occurrence, dix-huit condamnations notamment pour banqueroute, recel, contrefaçon de chèques, vol, escroquerie, faux et usage de faux et aux vues des éléments de personnalité du prévenu²⁸⁹. *A contrario*, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a réformé la peine, de quatre ans d'emprisonnement dont trois ans avec sursis, prononcée par le Tribunal à l'encontre du prévenu, grand-père de la victime, condamné pour agression sexuelle sur un mineur de quinze ans. La Cour d'appel a réformé le jugement en

²⁸⁴ S. RUOPOLI-CAYET, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), un précurseur de la science criminelle moderne*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002, p. 542.

²⁸⁵ F. VANHAMME, K. BEYENS, « La recherche en *sentencing* : un survol contextualisé », *Déviante et Société*, Vol. 31, n° 2, 2007, p. 199-228.

²⁸⁶ J. DANET, « La réponse pénale, dix ans de traitement des délits », *PUR*, 2013.

²⁸⁷ J. DANET, *ibid.*

²⁸⁸ V. GAUTRON, J.-N. RETIERE, « Des destinées judiciaires pénalement et socialement marquées », in *La réponse pénale, dix ans de traitement des délits*, *PUR*, 2013, p. 226.

²⁸⁹ CA Paris, pôle 5, 12^e ch., 6 juin 2012, n° 1, 11/04745.

constatant qu'aucune condamnation antérieure ni postérieure aux faits litigieux ne figurait sur le casier judiciaire du condamné. La Cour a alors prononcé un emprisonnement de quatre ans assorti d'un sursis avec mise à l'épreuve²⁹⁰. Cela a d'ailleurs été confirmé par la recherche effectuée sous la direction de Jean Danet en 2013²⁹¹. Celle-ci fait également apparaître, ce qui est assez logique, que le prononcé d'un sursis simple diminue avec le nombre de condamnations inscrites sur le casier judiciaire. Par ailleurs, l'étude démontre que le prononcé de jours-amende varie beaucoup selon le passé pénal du prévenu. En effet, plus le nombre de condamnations serait important et plus le prévenu aurait de chance d'être condamné à cette sanction²⁹².

Par ailleurs, lors de la préparation des audiences, il est demandé aux magistrats de relever le nombre de condamnations et la récidive légale. Cela révèle bien l'importance de ce critère. On pourrait alors se demander si ce dernier n'est pas devenu le premier critère pris en compte par le juge pour l'individualisation de la sanction pénale à l'inverse de ce que prévoit l'article 132-24 du Code pénal. En tout état de cause, celui-ci contribue à une certaine standardisation dans l'appréciation des critères par le juge occultant ainsi les critères familiaux et personnels de l'auteur de l'infraction. La prise en compte des antécédents judiciaires n'est pourtant pas le seul critère conduisant à une standardisation de la réponse pénale, le pré-jugement en est un autre.

2. L'importance du pré-jugement.

134. L'influence de l'orientation du dossier pénal sur la peine. L'impact de la voie procédurale sur le choix de la peine se manifeste de plusieurs manières. Tout d'abord, l'orientation du dossier de procédure conduit vers une comparution immédiate, vers le tribunal correctionnel, ou vers une instruction, cela augmente sensiblement le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme²⁹³. Par ailleurs, il semble qu'un placement en détention provisoire avant l'audience augmente significativement le recours à un emprisonnement ferme. Les magistrats ont alors tendance à confirmer les décisions d'incarcérations prises en amont, renforçant ainsi une appréciation standardisée de la réponse pénale. J. Faget avait d'ailleurs

²⁹⁰ CA Aix-en-Provence, 19^e ch. corr., 23 nov. 2011, n° 655/J/2011.

²⁹¹ V. GAUTRON et J.-N. RETIERE, *Des destinées judiciaires pénalement et socialement marquées*, op. cit., p. 226.

²⁹² V. GAUTRON et J.-N. RETIERE, *Ibid.*, p. 227.

²⁹³ *Les chiffres clés de la justice*, 2012. Voir également *Ibid.* p. 230-231.

écrit « loin d'être une garantie pour le justiciable, la succession des phases s'organise comme si chaque séquence confirmait le choix préexistant sans remettre en cause le mûrissement collectif de la décision. Le souci de cohérence du travail pénal l'emporte toujours sur la recherche de la véracité des faits et les nécessités de l'individualisation »²⁹⁴. Il en va de même pour le placement sous contrôle judiciaire qui anticipe un futur sursis avec mise à l'épreuve ou une obligation de soins²⁹⁵.

135. La prise en compte de l'absence du condamné à l'audience. Par ailleurs, plusieurs études²⁹⁶ ont montré que l'absence de l'auteur d'une infraction accroît, sans grande surprise, le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme. Cela se comprend assez facilement dans la mesure où les magistrats voient dans cette attitude une « insoumission »²⁹⁷ à la justice. En réalité, il faudrait davantage y voir une marque de « désaffiliation sociale »²⁹⁸ des populations les moins bien insérées socialement. Les causes de cette précarité sont diverses. Il peut s'agir d'une absence d'emploi ou de domicile.

136. Quoiqu'il en soit, la prise en compte des antécédents judiciaires et du pré-jugement peuvent être une source de disparité dans la mesure où cela conduit à une standardisation de la réponse pénale au détriment d'une appréciation plus globale de la personnalité de l'auteur d'une infraction. Il convient tout de même de nuancer quelque peu cette affirmation qui concerne principalement les délits, pour lesquels les magistrats ne bénéficient que des renseignements du casier judiciaire et de la fiche pénale. En matière criminelle, l'instruction permet de recueillir davantage d'informations de personnalité et les juges auront alors une vision plus approfondie du parcours de vie de l'accusé. Outre cette dérive d'une appréciation standardisée, des disparités peuvent survenir dans l'interprétation des critères de choix pouvant conduire à une inégalité voire à une discrimination.

²⁹⁴ J. FAGET, « La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des avertissements et des émancipations », *Champ pénal / Penal Field* [en ligne], Vol. VI 2008, mis en ligne le 22 mai 2008. URL. [<http://champpenal.revues.org/3983>].

²⁹⁵ *Ibid.* p. 231.

²⁹⁶ P. -V. TOURNIER, *La délinquance en France, analyse des statistiques pénales, Délit d'immigration, immigrant delinquency*, Commission européenne, Cost A2, Sciences sociales, 1996, p. 133-162 ; V. GAUTRON et J.-N. RETIERÉ, *Des destinées judiciaires pénalement et socialement marquées*, *op. cit.*, p. 232.

²⁹⁷ F. VANHAMME, K. BEYENS, *op. cit.*, p. 213.

²⁹⁸ R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?* Paris, le Seuil et la République des Idées, 2003 ; R. CASTEL, *La montée des incertitudes. Travail, protections, statut de l'individu*, Paris, Le Seuil, 2009.

B. Une appréciation discriminante.

137. L'appréciation de ces critères peut conduire à des discriminations tant à l'égard des personnes physiques (1), que des personnes morales (2).

1. À l'égard des personnes physiques.

138. Robert Castel a employé l'expression « discrimination négative »²⁹⁹ pour parler des différences de traitement que connaissent les « jeunes de banlieue » dans leur rapport aux différentes institutions étatiques comme l'institution judiciaire. Si effectivement la part des populations les plus durement touchées par la précarité sociale constitue la grande masse de la population pénale, il semblerait qu'il existe une inégalité entre les auteurs d'infractions pénales. En effet, les auteurs d'infractions économiques et financières jouissent d'une plus grande bienveillance à leur égard³⁰⁰. Cela peut-il venir d'une discrimination opérée par les magistrats à l'égard des populations défavorisées ? Il semble que certains critères non pénaux aient une incidence sur le choix des peines dans le sens d'une plus grande mansuétude ou d'une plus grande sévérité à leur égard. Le premier marqueur qui retient l'attention des magistrats est l'emploi en ce qu'il manifeste l'insertion de la personne (a). Viennent ensuite la domiciliation de l'auteur d'une infraction (b) puis son âge et son genre (c).

a. L'insertion professionnelle de l'auteur d'une infraction.

139. L'insertion professionnelle de l'auteur d'une infraction est un critère d'individualisation de la sanction très important qui conduit souvent à des disparités. L'absence d'emploi augmente la probabilité d'une condamnation à un emprisonnement ferme et limite le prononcé d'une amende ou d'une peine de suspension du permis de conduire³⁰¹. L'absence d'emploi est d'ailleurs souvent utilisée par les juridictions pour motiver une peine d'emprisonnement ferme³⁰². Par ailleurs, les stages de sensibilisation sont assez peu prononcés à l'encontre des populations les plus précaires car le coût de ces stages revient directement à la personne. Des

²⁹⁹ R. CASTEL, *La discrimination négative. Citoyens ou indigènes ?* Paris, Le Seuil et la République des Idées, 2007.

³⁰⁰ J. -P. JEAN, *Le système pénal*, Paris, La découverte, 2008, p. 36.

³⁰¹ V. GAUTRON, J.-N. RETIERE, *Des destinées judiciaires pénalement et socialement marquées*, op.cit., p. 239.

³⁰² Voir par exemple, CA Bordeaux, 2^e ch. corr., 16 déc. 2010, n° 10/01143.

circulaires d'application ont d'ailleurs indiqué que ces stages étaient destinés plutôt à des personnes possédant un emploi au motif que « le dispositif n'est pas jugé adapté à un public trop désocialisé ou en situation précaire ». Une telle position est bien surprenante car ces stages sont justement destinés à réapprendre les règles de savoir vivre en collectivité. Certaines juridictions ont toutefois mis en place des stages gratuits.

Cette discrimination par l'emploi, frappant des personnes touchées par la précarité, s'explique pour certains chercheurs par une volonté d'épargner les personnes insérées pour leur éviter les effets désocialisants d'une incarcération³⁰³. En écartant les plus désocialisés, les magistrats espèrent ne pas aggraver la situation sociale des autres infracteurs et, par voie de conséquence de leur famille, à cause de leur exclusion du marché du travail³⁰⁴. Si cette logique semble guider le prononcé d'une peine, il est bien surprenant que la peine de travail d'intérêt général ne soit pas adressée aux personnes sans emploi alors même que la finalité de cette sanction est la réinsertion sociale par un travail pour la communauté³⁰⁵.

L'insertion professionnelle joue un rôle très important dans le prononcé d'une peine et accroît les inégalités entre les auteurs d'infractions. Cette disparité dans le prononcé des peines renforce également l'exclusion et la précarisation de personnes déjà marginalisées par la société. Cette inégalité peut être renforcée par la domiciliation de l'auteur d'une infraction.

b. L'influence de la domiciliation.

140. L'étranger et le vagabond ont, depuis très longtemps, alimenté les rangs de la population pénale³⁰⁶. Ces personnes connaissent des parcours judiciaires marqués par des discriminations manifestes à leur égard. En effet, la probabilité d'une comparution immédiate ou d'une détention provisoire se concluant bien souvent par le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme est plus important pour les étrangers ou les personnes sans domicile fixe.

Pour ces populations, cette plus grande sévérité, assumée par les magistrats³⁰⁷, s'explique par un risque de fuite devant la justice³⁰⁸. En effet, pour les SDF ou les étrangers, les garanties de

³⁰³ F. VANHAMME, K. BEYENS, *op. cit.*, 2007.

³⁰⁴ C. PARENT, « Les conséquences d'une condamnation pénale dans le domaine du travail, *Déviance et société*, vol.6, n°3, 1982, p. 311.

³⁰⁵ MINISTERE DE LA JUSTICE, *Le travail d'intérêt général a 10 ans, le résultat en vaut la peine*, Etudes et recherches, Paris, 1994, Voir également, GAUTRON V. et RETIERE J.-N., *op.cit.*, p. 244-245.

³⁰⁶ B. GARNOT, *op. cit.*, p. 493 et s.

³⁰⁷ Voir les témoignages des magistrats recueillis par V. GAUTRON et J.-N. RETIERE, *op.cit.*, p. 248 et s.

³⁰⁸ P. -V. TOURNIER, Ph. ROBERT, *Etrangers et délinquances. Les chiffres du débat*, Paris, L'Harmattan, 1991.

représentation devant la justice ne sont pas pleinement réunies. Si la personne n'est pas convoquée en comparution immédiate, il y a alors de forte chance pour qu'elle ne se présente pas à son audience en raison des délais de convocation et d'audiencement parfois très longs. De plus, lors de l'audience, il sera très difficile de prononcer un SME ou une mesure alternative à une personne ne travaillant pas, sans ressource et sans domiciliation. Une mesure de suivi ne sera alors pas effective. Cela ne sera possible que si des associations pouvant héberger ces personnes sont présentes dans le ressort de la juridiction. Comme les places sont limitées, les magistrats n'auront pas d'autre choix que de prononcer une peine d'emprisonnement ferme.

- 141.** Le SDF, symbole de la précarité, n'est pas le seul à concrétiser l'importance de la représentation devant la justice. Les gens du voyage en font également partie, en raison de leur manque d'attache à un lieu, ce qui rend leur contrôle et leur surveillance plus difficile. La sanction se conçoit à leur égard en fonction de prédispositions sociales. Toutefois, la « cible » privilégiée des comparutions immédiates varie selon le contexte de précarisation et de tensions propre aux grandes agglomérations.

Il existe enfin une dernière source de disparité liée à l'âge et au genre.

c. L'importance tempérée de l'âge et du genre.

- 142.** Plusieurs études, réalisées surtout à l'étranger, ont montré que le genre aurait une incidence sur la sévérité des sanctions³⁰⁹. Selon les chercheurs, les sanctions sont moins sévères à l'égard des femmes qu'à l'égard des hommes. Toutefois, l'explication de cette disparité n'est pas unanime. Pour les uns, les magistrats seraient plus cléments en raison d'un désir de protection par rapport à une volonté de punition, afin de préserver la sphère familiale. Seules les infractions relatives à la famille échapperaient à cette clémence car elles touchent aux

³⁰⁹ C. MENABE, *La criminalité féminine*, L'Harmattan, 2014 ; F. VANHAMME, BEYENS., op. cit., 2007 ; R. CARIO, *Femmes et criminelles*, Toulouse, Eres, 1992 ; M. LIEBER, *Genre, violences et espaces publics*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008 ; C. CARDI, G. PRUVOST, *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte, 2012 ; C. BARD, F. CHAUVAUD, M. PERROT (dir.), *Femmes et justice pénale : XIX^e-XX^e siècles*, Rennes, PUR, 2002 ; V. égal. pour des études étrangères, K.-J. FERRARO, *Neither angels nor demons : women, crime, and victimization*, Northeastern University Press, University Press of New England, 2006 ; C. PARENT, *Féminisme et criminologie*, Presses de l'Université de Montréal, Presses de l'université d'Ottawa, De Boeck université, 1998 ; C. HEDDERMAN, L. GELSTHORPE, *Understanding the Sentencing of women* (Vol. 170), London, Home Office, 1997.

fonctions traditionnellement dévolues aux mères de famille³¹⁰. Cette explication, un peu passéiste et simpliste, a conduit d'autres chercheurs à proposer une autre explication. La particularité de la répression de la délinquance féminine s'explique de manière plus objective. Les actes commis seraient moins graves et leurs antécédents judiciaires moins nombreux et lourdement chargés.

- 143.** Par ailleurs, l'âge des délinquants a des répercussions sur les réquisitions et les condamnations. Le travail d'intérêt général, le sursis TIG, les stages de sensibilisation à la sécurité routière sont prononcés majoritairement à l'égard de personnes jeunes. À l'inverse, le sursis avec mise à l'épreuve est plutôt prononcé à l'égard d'une population plus âgée. Cela s'explique par le fait que cette mesure de suivi est destinée à des personnes plus stables, bien insérées professionnellement et soucieuses de respecter les obligations qui leur sont imposées³¹¹.

Si des disparités dans la détermination de la peine existent à l'égard des personnes physiques, ils en existent également à l'égard des personnes morales.

2. À l'égard des personnes morales.

- 144.** L'application d'une sanction à l'auteur d'une infraction devrait normalement être proportionnée à la gravité de l'infraction. Toutefois, il semble que la force de ce principe connaisse un assouplissement à l'égard des personnes morales de telle sorte qu'il existe des disparités entre celles-ci.
- 145.** Les sanctions prononcées à l'égard des personnes morales doivent être proportionnées à la taille du groupement. Cela crée une inégalité entre les différents infracteurs dans la mesure où la répression n'a pas pour origine la gravité de l'infraction, comme cela est le cas pour les personnes physiques, mais le patrimoine économique de son auteur. Le même constat pourrait être dressé concernant l'amende infligée aux personnes physiques qui est prononcée proportionnellement aux revenus de l'auteur et non à la gravité de l'infraction.

³¹⁰ M.-J. DHAVERNAS, « La délinquance des femmes », *Questions féministes* 1978, n° 4, p. 55-84 ; C. FAUGERON, N. RIVERO, « Travail, famille et contrition : femmes libérées sous conditions », *Déviance et Société* 1982, vol. 6, n°2, p.111-130.

³¹¹ V. GAUTRON et J.-N. RETIERE, *La réponse pénale*, op.cit., p. 237-238.

146. Des peines différentes selon les personnes morales. Par ailleurs, le législateur peut établir une distinction entre les personnes morales³¹². En effet, certaines sanctions, comme la dissolution, ne peuvent être prononcées. En premier lieu, les personnes morales de droit public ne peuvent pas être dissoutes. Cette position s'explique par la séparation des pouvoirs et par la permanence de l'État. Par ailleurs, la dissolution est exclue pour les syndicats ou les partis politiques. Cette solution est, selon les termes de Messieurs Desportes et Le Gunehec, plus « discutable »³¹³. La position du législateur est justifiée par la liberté syndicale³¹⁴ et la liberté de création des partis politiques ainsi que l'exercice de leur activité³¹⁵. Toutefois, on pourrait se poser la question de la dissolution d'un parti politique faisant l'apologie de crimes contre l'humanité. On peut aisément comprendre que « la politique et le syndicalisme cessent où commence l'entreprise criminelle »³¹⁶. Par ailleurs, il est plus surprenant de constater que toutes les libertés fondamentales n'ont pas bénéficié d'une aussi grande protection telle que la liberté d'association ou la liberté d'expression, puisque les associations peuvent être dissoutes.

147. Une distinction nécessaire entre les personnes morales de droit public et de droit privé.

À l'inverse, le législateur ne fait pas de distinction entre certaines personnes morales alors que cela serait approprié. Le législateur assimile les collectivités publiques aux autres personnes morales. Cette solution est assez problématique car les sanctions pouvant être prononcées à l'égard des personnes morales s'appliquent mal aux collectivités publiques.

Les sanctions les plus difficiles à appliquer sont celles qui portent atteinte à la continuité du service public, comme l'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales. Les personnes morales de droit public n'exercent pas de missions industrielles, hormis les établissements publics industriels et commerciaux. Sanctionner le service public revient alors à sanctionner les usagers et cela nuit à la mission première de l'État. La fermeture d'un établissement public n'a également pas grand sens. On verrait mal la fermeture d'un centre hospitalier ou d'une université. La confiscation de la chose qui a servi à causer une infraction n'est pas envisageable concernant une personne morale de droit public.

³¹² Art. 131-39 dernier alinéa du CP.

³¹³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., n° 869.

³¹⁴ Const. 27 oct. 1946, préamb.

³¹⁵ Const. 4 oct. 1958, art. 4.

³¹⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.* n°869.

Deux sanctions peuvent être prononcées à l'encontre d'une personne morale de droit public. Il s'agit de l'amende (article 131-37 1° du Code pénal) et la publication ou la diffusion de la décision de justice (article 131-39 9° du Code pénal).

Toutefois, l'application de ces deux sanctions est difficile. Lorsqu'une collectivité publique est condamnée à une peine d'amende, cela peut revenir à faire supporter la charge de la peine à la victime elle-même en tant que contribuable payant des impôts locaux. Cela paraît bien contraire à l'essence même de la sanction qui a pour principe de faire supporter la peine au seul auteur d'une infraction. En ce qui concerne la publication de la décision, cette sanction semblerait plus adaptée aux personnes morales de droit public même si cela remet en cause la collectivité publique. Des sanctions administratives semblent plus appropriées pour répondre à la délinquance des collectivités publiques, comme le souligne une partie de la doctrine, même si certains seraient partisans d'utiliser les sanctions administratives pour des fautes légères et les sanctions pénales pour les fautes graves³¹⁷. Cette position est critiquable dans la mesure où l'appréciation de l'« intensité » de la faute serait laissée au pouvoir discrétionnaire du juge, ce qui constituerait une nouvelle source d'arbitraire et complexifierait encore un peu plus une matière qui l'est déjà beaucoup.

Cela montre qu'il existe des disparités dans le prononcé des sanctions à l'égard des personnes morales, ce qui fragilise l'égalité lors de la détermination de la sanction.

Le problème des disparités des sanctions est certes lié à l'activité du juge, mais son action intervient au sein d'une institution judiciaire qui peut avoir des conséquences sur la peine prononcée et entraîner elle aussi des disparités.

Section 2. Des disparités attribuables à l'institution judiciaire

- 148.** L'institution judiciaire peut également générer des disparités lors de l'individualisation de la peine. Certaines sont imputables aux juges lors du prononcé de la peine en raison de la manière dont ils conçoivent la sanction pénale -ou s'ils sont professionnels ou non (§1). Mais le juge n'est pas seul. Sa décision est incorporée dans un processus pénal. Les disparités s'accroissent ainsi par le pouvoir dont dispose chaque intervenant pour modifier la décision des autres. Le procureur comme le juge de l'application des peines ont une influence sur les

³¹⁷ B. GENINET, *Étude critique de la personnalisation de la peine*, thèse, Paris I, 2000, n° 218.

juridictions de jugement. Il y aurait ainsi des disparités imputables aux structures entourant le jugement (§2).

§1. Des disparités institutionnelles lors du jugement.

149. Il ne s'agit nullement ici de remettre en cause la compétence ou l'intégrité des magistrats. Mais la justice est humaine. Un juge adopte une sanction différente de ses collègues en fonction de ses opinions et de sa personnalité. Les magistrats peuvent être sensibles à telle catégorie d'infractions et avoir une tendance naturelle à être plus ou moins sévère. Ces éléments ont évidemment un impact sur l'individualisation de la sanction.

Lorsque l'on évoque les juges, il s'agit des magistrats professionnels mais aussi des collaborateurs occasionnels de la justice que sont les jurés de Cour d'assises.

Ainsi, pour avoir une vision globale de l'influence de la personnalité du juge sur l'individualisation, il convient d'envisager à la fois l'attitude des juges professionnels (A), et celle des juges non professionnels (B).

A. L'attitude des juges professionnels.

150. Percer l'âme n'est pas chose aisée. Néanmoins, il existe différents facteurs pouvant engendrer des disparités dans la détermination de la peine. Il peut s'agir de facteurs institutionnels (1) et des facteurs personnels (2).

1. Des facteurs institutionnels de disparité.

151. La surcharge de travail que connaissent les juridictions induit des disparités lors du prononcé de la peine. Lorsque le rôle de l'audience est surchargé -soit en raison de difficultés imprévues rencontrées lors de l'audience, soit des lenteurs dans les plaidoiries- cela contribue à générer de la lassitude, de l'énervement et favorise l'automatisme dans la répression. De plus, une succession d'affaires de même nature comme le contentieux de la circulation routière fixée à une même date, peuvent provoquer une lassitude pouvant conduire à une plus grande sévérité des peines prononcées.

152. Par ailleurs, la qualité des dossiers de personnalité détermine le choix d'une peine plutôt qu'une autre : l'insuffisance des éléments de personnalité ne favorise pas le prononcé d'une peine aménagée. De plus, l'absence d'information sur la situation ou la régularité du séjour d'une personne étrangère peut conduire au prononcé d'une peine d'interdiction du territoire³¹⁸.

153. Si des facteurs purement institutionnels peuvent influencer la prise de décision du juge, il semblerait que l'appartenance à un syndicat porte atteinte à l'impartialité des magistrats et ait des répercussions sur la décision prononcée. Jacques Faget a d'ailleurs écrit : « *L'adhésion des magistrats français à des syndicats dont on sait, peu ou prou, la sensibilité politique détruit la fonction d'un juge, figure transcendante, au-dessus de la mêlée, appréciant avec sagesse les agissements des pauvres humains* »³¹⁹. Il a d'ailleurs été démontré que certains magistrats syndiqués avaient manifesté leur volonté de moins incarcérer les personnes en grande précarité³²⁰.

Outre les facteurs institutionnels, des facteurs personnels peuvent conduire à des disparités dans le prononcé de la peine.

2. Des facteurs personnels de disparité.

154. Étudier les facteurs de personnalité des juges n'est pas chose aisée car il s'agit d'analyser l'inconscient des magistrats. Il a souvent été souligné que les préjugés pouvaient avoir une influence sur la décision prise par des juges. Une telle corrélation est pourtant bien difficile à établir car il est difficile d'isoler l'influence d'un élément sur un autre. Les recherches à ce sujet, notamment anglo-saxonnes, s'efforcent de décrire les profils types des magistrats³²¹. Toutefois, elles ne démontrent pas en quoi ces différentes attitudes affectent les jugements. D'autres travaux ont essayé de montrer l'influence de la culture religieuse et morale sur les magistrats. Cela expliquerait la vision conservatrice de certains magistrats.

³¹⁸ B. COTTE, « Les facteurs de choix », in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui* (ss la dir. De R. OTTENHOF), Érès, 2001, p. 241.

³¹⁹ J. FAGET, *La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des avertissements et des émancipations*, Champ pénal, 2008, n° 31.

³²⁰ A. DEVILLE, *L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique en 1968, Droit et société*, 1992, n° 22, p. 939-670.

³²¹ A.S. BLUMBERG, *Criminal Justice*, Quadrangle Books, Chicago, 1967.

155. Pour ne pas laisser les affects prendre le pas sur le raisonnement juridique, il est important que les juges aient une vision claire de leur fonction. En effet, « un juge ne peut maîtriser ses affects que s'il sait vraiment à quoi il sert »³²². Comme leur fonction est de rendre la justice et de dire le droit, les magistrats se réfugient naturellement dans leur raisonnement juridique afin de ne pas se laisser submerger par des décharges émotionnelles.

Le cadre rassurant et objectif du droit permet de ne pas trop faire transparaître les affects des magistrats professionnels. Néanmoins ces facteurs sont davantage perceptibles par des juges citoyens car ils manifestent la société et ne bénéficient pas du « garde-fou » du raisonnement juridique.

B. Les juges citoyens.

156. Le groupe social est associé à l'institution judiciaire à titre individuel lors de sa participation comme juré d'assises³²³. Les jurés apportent dans le jugement des affaires criminelles leur conscience. Ils représentent l'opinion publique, ce qui permet de rapprocher la justice et la société. Le jury accroît également l'autorité des décisions rendues. Cependant, comme le jury n'est pas un professionnel du droit, des disparités peuvent apparaître lors de la détermination de la peine (2) en raison des conditions de leur recrutement (1).

1. Des disparités liées au recrutement.

157. Les jurés ne sont pas des professionnels du droit. Des disparités de sanctions peuvent alors apparaître en raison, d'une part, des aptitudes différentes des jurés (a) et, d'autre part, de leur propre façon de concevoir la peine (b).

a. Des aptitudes différentes.

³²² A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Paris, 2010, cité in J. FAGET, *La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations*, Champ pénal, 2008, n° 32 URL [<https://champpenal.revues.org/3983>].

³²³ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, Thémis, 1992, p. 112.

158. Recrutement des jurés. Le contrôle des aptitudes nécessaires aux fonctions de jurés est indispensable afin d'assurer la qualité de la décision de justice et éviter tout discrédit sur la Justice.

Ainsi, le Code de procédure pénale encadre le recrutement des jurés. L'article 255 du Code de procédure pénale dispose que pour être juré, il faut être citoyen, âgé de plus de vingt-trois ans, sachant lire et écrire en français, jouir des droits politiques, civils et de famille. Il ne faut pas que la personne soit placée sous un régime de protection judiciaire comme la tutelle, la curatelle ou la sauvegarde de justice. Par ce biais, le législateur entend exclure toutes les personnes qui n'auraient pas les capacités cognitives suffisantes pour suivre pleinement les débats judiciaires et prononcer une sanction adaptée. De plus, le législateur subordonne le recrutement des citoyens à des conditions de bonne moralité. L'article 256 du Code de procédure pénale vise une série d'incapacité qui comprend les personnes condamnées pour crime ou une condamnation pour délit à une peine égale ou supérieure à six mois d'emprisonnement, les fonctionnaires révoqués de leurs fonctions, les officiers ministériels destitués et les membres des ordres professionnels, touchés par une interdiction définitive d'exercer par une décision juridictionnelle, et les personnes en faillite non réhabilitées. Enfin, il est prévu des garanties d'indépendance en établissant des incompatibilités pour les titulaires de la fonction publique, les représentants de l'exécutif, les fonctionnaires de police et les militaires en activité. L'objectif est d'éviter que ces personnes fassent preuve d'*a priori* en vertu des fonctions qu'ils exercent. Il existe également des incompatibilités relatives propres aux membres de la famille d'un membre de la Cour, ou d'une partie au procès.

159. Un recrutement favorisant les aléas. La désignation de citoyens comme magistrats a pour objectif de renforcer la souveraineté populaire. Pour cela, ces citoyens doivent être représentatifs de l'ensemble de la population française. Pour ce faire, ils sont tirés au sort sur les listes électorales afin de composer une liste annuelle. Pour les citoyens assesseurs, le législateur avait adopté un système de sélection mixte mêlant tirage au sort et vérification des aptitudes par les chefs de juridictions³²⁴. Ce système s'explique par « des aléas importants sur l'impartialité et la compétence objective de la juridiction »³²⁵ mais aussi par la difficulté potentielle des affaires correctionnelles. Toutefois, il existe un certain nombre de difficultés rendant cette représentativité bien illusoire, créant ainsi des disparités. Il existe des

³²⁴ Art. 10-7 CPP.

³²⁵ J. PRADEL, *op. cit.*, p. 923.

possibilités pour se faire excuser en cas de tirage au sort. Certaines situations sociales ou professionnelles permettent de se dérober de ses fonctions. Il s'agit des artisans, des commerçants, des membres d'une profession libérale ou encore des mères de famille ayant des enfants en bas âges à leur charge³²⁶. Pour pallier ces disparités, il pourrait être mis en place des quotas. Néanmoins, comme le souligne Béatrice Geninet, rien n'indique que l'instauration de ceux-ci rende la décision plus juste³²⁷. Elle serait par contre plus représentative de la diversité sociale, ce qui renforcerait la bonne image de la Justice à l'égard des citoyens³²⁸.

Les aptitudes entre les citoyens sont bien différentes et certains magistrats reconnaissent sans détour l'incompétence de certains jurés³²⁹. Leurs conceptions de la peine expliquent également les disparités dans le choix de la peine.

b. Des conceptions de la peine différentes.

- 160.** Étant citoyens, les jurés ou les citoyens assesseurs sont influencés par leur environnement et leur tempérament. Ainsi les jurés vont assigner à la sanction des buts différents. Françoise Lombard indique que les jurés conçoivent la peine de trois manières distinctes : la répression, l'intimidation et la réinsertion³³⁰.

Tout d'abord, dans l'esprit de certains citoyens, la société doit se protéger des personnes qui commettent des infractions et encore plus des crimes. Pour cela, il convient de mettre à l'écart de la société la personne dangereuse. Pour ce faire, une peine se doit d'être sévère pour réparer aussi bien le dommage subi par la victime que par la société. Les journaux donnent d'ailleurs de nombreux témoignages de personnes estimant que la décision prononcée n'a pas été assez sévère. Toutefois, il existe des disparités entre les grandes agglomérations et les villes des départements ruraux. Dans les villes comme Paris, Lyon ou Marseille, les sanctions prononcées par des jurés sont souvent moins sévères car la délinquance et l'individualisme y sont plus rependus. *A contrario*, les jurés des villes plus rurales se sentent davantage atteints par l'infraction. L'affaire dite « du petit Valentin » assassiné de quarante-quatre coups de

³²⁶ P. CLEMENT, Rapport présenté à l'Assemblée nationale, n° 3232, 10/12/1996, p. 25.

³²⁷ B. GENINET, *Étude critique de la personnalisation de la peine*, Thèse, Université Paris 1, Panthéon Assas, 2000.

³²⁸ G. HALARD et K. AUDUREAU, *Contribution à la connaissance des jurys criminels*, RSC 2012, p. 523.

³²⁹ D. VERNIER, *Jury et démocratie : une liaison fructueuse ? L'exemple de la Cour d'assises française*, thèse, École normale supérieure de Cachan, 2007, p. 379,

<http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/26/22/51/PDF/Vernier2007.pdf>

³³⁰ F. LOMBARD, *Les jurés : justice représentative et représentations de la justice*, l'Harmattan, 1993, p. 95.

couteau, à Lagnieu dans l'Ain, en 2008 en est un bon exemple. L'auteur des coups mortels ainsi que sa compagne ont été renvoyés devant la Cour d'assises de Bourg-en-Bresse pour assassinat et complicité d'assassinat. L'auteur des faits avait été condamné à une peine de réclusion criminelle à perpétuité et sa compagne à dix-huit ans de réclusion³³¹. Non satisfaites de cette décision, les parties ont interjeté appel de cette décision. Ils furent renvoyés devant la Cour d'assises d'appel du Rhône qui prononça, le 22 novembre 2013, une peine de trente ans de réclusion criminelle à l'encontre de l'auteur et, après avoir requalifié les faits à l'égard de sa compagne en tentative d'enlèvement, la condamna à quatre ans d'emprisonnement ferme³³².

Pour d'autres jurés, la sanction doit dissuader l'auteur d'une infraction de recommencer. Une sanction plus sévère serait perçue comme intimidante et dissuaderait le condamné d'un nouveau passage à l'acte. Cette conception de la sanction est bien relative car elle diffère beaucoup en fonction du type d'infraction et du lieu de sa commission.

Enfin, la sanction doit permettre de réinsérer le condamné qui est susceptible d'évoluer. Pour ces jurés, la peine privative de liberté très sévère n'est pas nécessaire car elle aggraverait davantage la situation. Il faudrait alors développer des sanctions privilégiant la surveillance plutôt que l'enfermement.

Toutes ces sensibilités vont se rencontrer par le hasard du tirage au sort ce qui aura une influence sur la détermination de la peine.

2. Des disparités lors de la détermination des peines.

161. Confier le pouvoir de rendre la justice à des juges non professionnels tirés au sort conduit à rendre la décision imprévisible, notamment celle prononcée par la Cour d'assises (a). Par ailleurs, on peut s'apercevoir que cette décision est bien souvent influencée par les juges professionnels (b).

a. Une décision imprévisible.

³³¹ <http://www.leparisien.fr/faits-divers/assassinat-du-petit-valentin-30-ans-de-reclusion-requis-contre-moitoiret-21-11-2013>.

³³² <http://www.voixdelain.fr/blog/2013/11/23/affaire-du-petit-valentin-stephane-moitoiret-condamne-a-30-ans-de-reclusion/>

162. Il semblerait, selon une idée assez répandue, que les décisions prononcées par un jury populaire soient plus sévères. Ce présupposé a d'ailleurs fortement inspiré l'adoption de la loi du 10 août 2011³³³ sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice et le jugement des mineurs en étendant le jugement par des citoyens aux tribunaux correctionnels. Cette idée semble toutefois peu vraisemblable dans la mesure où les jurés sont tirés au sort pour une durée très courte. Par ailleurs, leur majorité dans les audiences criminelles efface les opinions personnelles de sévérité ou d'indulgence. Toutefois, ces opinions personnelles ne peuvent évidemment disparaître complètement et c'est d'ailleurs la richesse de ce mode de fonctionnement. Néanmoins, cela a pour conséquence de rendre les décisions prononcées plus imprévisibles. Il faut préciser que cela est vrai principalement pour la Cour d'assises. La loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale avait limité l'influence des citoyens en les rendant minoritaires à l'audience.

163. Les raisons de cette imprévisibilité. Cette imprévisibilité³³⁴ de la décision rendue par des juges non professionnels s'explique de plusieurs manières.

Tout d'abord, il est certain que les particularités propres aux jurés ont des conséquences sur les sanctions selon le type d'infraction jugée.

Ensuite, les jurés seraient plus sensibles aux aléas de l'audience. Le verdict dépend aussi des incidents d'audience et de l'éloquence des avocats³³⁵. Les avocats connaissent bien cette problématique et l'utilisent à bon escient en plaidant différemment selon les caractéristiques propres à chaque ville et en insistant sur les affects. Cela crée d'ailleurs une inégalité entre les accusés qui peuvent bénéficier d'un bon avocat et ceux qui n'ont pas les moyens de s'assurer une bonne défense. Les jurés sont également sensibles à l'opinion publique et aux comptes rendus de presse, plus particulièrement dans des affaires sensibles.

Pour limiter ces disparités autant que possible, les magistrats professionnels interviennent pour expliquer le sens de la peine, pour résoudre les éventuels problèmes et rassurer les citoyens appelés à prendre des décisions importantes. Cette assistance va se traduire par une certaine influence de la part de magistrats professionnels à l'égard des citoyens juges.

³³³ Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

³³⁴ A. DECOCQ, « Réforme du jury d'assises », *RSC* 1979, p. 127

³³⁵ T. DEBARD, S. GUINCHARD, A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, Dalloz, coll. Précis, 2015, n° 339.

b. Une décision influencée.

164. Une influence par les juges professionnels. Les citoyens juges ont un pouvoir très important puisqu'ils sont amenés à statuer sur la culpabilité et sur la peine. Mais le point commun entre tous est leur ignorance des règles de droit. Il est donc normal qu'ils aillent solliciter l'assistance des professionnels pour prononcer leur décision. Apparaît très rapidement une critique sur l'influence des magistrats. Il s'agirait d'une opposition singulière voire d'une manipulation des magistrats professionnels à l'égard des citoyens juges aboutissant à un manque d'indépendance de ceux-ci. Il faut dissiper le malentendu rapidement. En effet, à supposer une véritable manipulation de la part du président de la Cour d'assises, la décision est prise après un vote dont les règles donnent le pouvoir au peuple³³⁶. Cela est cependant différent pour les citoyens assesseurs. Ils sont minoritaires dans la formation de jugement composée de trois magistrats professionnels et de deux citoyens assesseurs et deviennent dès lors davantage influençables par les magistrats professionnels.

165. Les raisons de cette influence. Quoi qu'il en soit, il est évident que plus une personne a le sentiment de remplir correctement la tâche qui lui est dévolue, moins elle sera perméable à une influence extérieure. Il ressort de plusieurs études que les citoyens juges vont solliciter davantage un magistrat professionnel lorsqu'ils éprouvent des difficultés de compréhension sur des points factuels ou juridiques³³⁷. Ils seraient tout à fait capables de se prononcer sur la culpabilité car ils sont tout aussi compétents que les juges professionnels pour comprendre le déroulement des faits et la personnalité de l'auteur d'une infraction. En revanche, ils semblent plus démunis pour se prononcer sur la peine. Il semble que de nombreuses difficultés de compréhension aient été constatées pour les citoyens assesseurs. En effet, ils sont confrontés à des difficultés d'ordre juridique nombreuses concernant notamment les requalifications des faits et le prononcé de la peine. Le rapport sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les audiences correctionnelles indique sans détour que ceux-ci étaient « plutôt effacés et

³³⁶ La loi du 10 août 2011 a modifié le nombre de jurés composant la Cour d'assises passant de 9 à 6 en première instance et de 12 à 9 en appel. Cela entraîne une modification de la prise de décision. Le vote de la culpabilité et de la peine ne requiert plus la majorité absolue des jurés comme cela était le cas auparavant. Cela marque un véritable recul du jury. V. en ce sens, J. PRADEL, *Le citoyen comme juge pénal. - À propos de la loi du 10 août 2011*, *JCP G*, 2011, n° 36, p. 923.

³³⁷ V. G. HALARD et K. AUDUREAU, *Contribution à la connaissance des jurys criminels*, *op. cit.*, p. 523. ; X. SALVAT et D. BOCCON – GIBOD, *Rapport sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des Cours d'appel de Dijon et Toulouse*, février 2013, p. 62.

« suivistes » ». Par ailleurs, certains citoyens assesseurs doutent eux-mêmes de leur capacité à juger et ont tendance à s'en remettre systématiquement à l'appréciation des juges professionnels³³⁸.

166. Pour réduire l'influence des magistrats, il est nécessaire d'accroître la formation des citoyens juges en vue de la fonction qui les attend. Si les jurés d'assises reçoivent un guide présentant leur tâche, édité par le Ministère de la Justice, et s'ils sont tenus de visionner un film afin de les informer de leur fonction, leurs droits et leurs devoirs, la majeure partie de leur formation est assurée directement par le président et demeure, par conséquent, dépendant de sa bonne volonté, de son écoute, de sa pédagogie et de sa disponibilité. Pour les citoyens assesseurs, la loi prévoit une formation d'une journée portant sur le fonctionnement de la justice et sur leur rôle³³⁹. Cette formation doit leur permettre de comprendre, d'une part, les sujets de procédure pénale et de droit pénal propres à leur permettre d'assurer leur mission, et d'autre part, les règles déontologiques et les obligations qui découlent de la fonction de juger³⁴⁰. Il est regrettable que cette formation plus approfondie pour les citoyens assesseurs n'ait pas été étendue aux jurés des Cours d'assises. Cela permettrait de valoriser la fonction de juré.

Hormis ces disparités lors du jugement, il existe des disparités institutionnelles entourant le jugement.

§2. Des disparités institutionnelles entourant le jugement.

167. La détermination d'une sanction par les juridictions de jugement n'est pas un phénomène isolé. Il faut, pour bien le comprendre, replacer l'individualisation dans son contexte. Les décisions prises, en amont ou en aval de l'acte de juger ont une influence directe ou indirecte sur la décision de la juridiction de jugement. L'individualisation de la peine n'est ainsi que le fruit d'une multitude de décisions prises par des acteurs très divers³⁴¹. Ainsi, l'impact des structures agit à deux niveaux sur l'individualisation de la peine : lors de la phase pré-sententielle (A) et lors de la phase post-sententielle (B).

³³⁸ X. SALVAT et D. BOCCON – GIBOD, *op. cit.*, p. 62-63.

³³⁹ Art. 10 31 -12 et 668 CPP

³⁴⁰ L'article R.2-14 du Code de procédure pénale donne une vision très ambitieuse du contenu de la formation dispensée aux citoyens assesseurs. N'était-ce pas déjà le présage d'une fonction difficilement réalisable pour des juges non professionnels ?

³⁴¹ A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 312.

A. *L'influence de la phase pré-sententielle.*

168. L'activité du ministère public exerce une influence³⁴² sur l'individualisation des peines qui induit une « coproduction de la pénalité »³⁴³. Celle-ci se manifeste indirectement par le choix d'orientation du dossier de procédure pénale (1) et plus directement lors de la proposition de sanctions (2).

1. Une influence indirecte par l'orientation du dossier de procédure.

169. L'orientation du dossier de procédure pénale constitue une « phase cruciale du procès pénal »³⁴⁴, Selon l'article 40 du Code de procédure pénale, le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite qu'il convient de donner. Il s'agit du principe de l'opportunité des poursuites qui peut d'ailleurs s'analyser en une décision sur « l'opportunité des modalités de la réponse pénale »³⁴⁵. Ce principe permet librement au ministère public soit d'engager des poursuites, soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites, soit de classer sans suite le dossier. Ce choix de parcours procédural a bien souvent des répercussions sur le prononcé de la sanction et explique une part des disparités des sanctions prononcées. En effet, ces choix hiérarchisent les contentieux qui sont bien évidemment différents entre les différents parquets³⁴⁶ ce qui favorise l'arbitraire et crée des inégalités³⁴⁷. Cela peut paraître contraire au principe de légalité mais ce principe d'opportunité est guidé par des choix de politique pénale différents selon la taille de la juridiction et les priorités de traitements de la délinquance.

170. Critères de l'orientation procédurale. Avant de nous intéresser à la répercussion du choix procédural sur la détermination de la sanction pénale, il convient de nous demander quels sont les critères retenus par le ministère public pour effectuer l'orientation du dossier pénal.

³⁴² M. ROBERT, « La place du parquet dans l'individualisation de la sanction en matière pénale », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, 2015, n° XXVI, p. 54.

³⁴³ C. SAAS, « Le juge « artisan de la peine » », *Cahiers de la justice*, Paris, 2010, n° 4, p. 71.

³⁴⁴ S. GRUNVALD, « Les choix et schémas d'orientation », in *La réponse pénale, dix ans de traitements des délits* (ss la dir. de Jean Danet), PUR, 2013, p. 85.

³⁴⁵ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUIER, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, 2015, 4^e éd., n° 1145.

³⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, « Évolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes », *Rev. générale de droit processuel*, janv. – juin 1996, p. 84.

³⁴⁷ B. GENINET, *Étude critique de la personnalisation de la peine*, Thèse, Paris I, 2000, p. 212.

Monsieur Gildas Roussel propose de classer les critères du classement sans suite selon deux types de causes : « objectives » et « subjectives »³⁴⁸. Les causes « objectives » sont les causes légales d'orientation. Elles vont alors s'imposer au ministère public. Il existe des causes légales de classement lorsqu'il n'y a pas d'infraction³⁴⁹, lorsqu'il existe une cause légale s'opposant aux poursuites comme l'amnistie, et lorsque l'auteur n'est pas découvert. En matière de poursuite, il existe des cas où le choix du procureur de la République ne sera pas complètement libre. Le ministère public a l'obligation de poursuivre lorsqu'il en a l'ordre par un supérieur hiérarchique direct³⁵⁰ ou lorsque la victime s'est constituée partie civile et si les faits correspondent à une infraction³⁵¹. Par ailleurs, l'ouverture d'une information est obligatoire à la fois en matière criminelle³⁵² et pour les mineurs -sauf exceptions-, en matière délictuelle pour les mineurs de plus de seize ans, et en cas de récidive³⁵³. Hormis ces causes légales, le ministère public est libre de choisir l'orientation qu'il souhaite donner à une procédure. Le procureur de la République appréciera en son intime conviction, en fonction de la gravité de l'infraction, de la personnalité de l'auteur et du trouble causé à l'ordre public, l'opportunité d'engager ou non des poursuites. Il pourra également tenir compte de l'honorabilité du délinquant et de l'indemnisation des victimes. En effet, si, lorsque le ministère public est informé de la commission d'une infraction, l'auteur a déjà commencé l'indemnisation de la victime, il peut paraître opportun de ne pas poursuivre ou d'engager des mesures alternatives aux poursuites.

Le ministère public exerce son choix de différentes manières en fonction du type d'infraction. Ce choix a donc des incidences sur la sanction prononcée par le juge.

171. L'influence du juge d'instruction. En matière criminelle et délictuelle, le procureur de la République saisit le juge d'instruction par un réquisitoire introductif d'instance. Ce dernier, saisi *in rem*, doit instruire à charge et à décharge. Au cours de l'instruction, lorsqu'il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable le fait que la personne ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions, le juge d'instruction a la faculté de la placer sous le statut de « mis en examen ». Elle pourra alors être renvoyée devant le juge des libertés et de la détention en vue d'un placement en détention

³⁴⁸ G. ROUSSEL, *Procédure pénale*, Vuibert droit, 2015, 6^e éd., p. 111.

³⁴⁹ Art. 40-1 CPP

³⁵⁰ Art. 35 et 36 CPP

³⁵¹ Art. 86 CPP

³⁵² Art. 79 CPP

³⁵³ Ord. 2 fév. 1945, art. 5, 8-3, 14-2

provisoire. Or, une personne placée en détention provisoire et renvoyée devant la Cour d'assises a de fortes chances d'être condamnée à un emprisonnement après sa détention provisoire³⁵⁴.

172. Les différentes poursuites en matière délictuelle. En matière délictuelle, le ministère public dispose de plusieurs moyens pour poursuivre l'auteur d'une infraction. Il peut avoir recours à un réquisitoire introductif, à la citation directe, à la convocation par greffier, chef d'établissement pénitentiaire, officier ou agent de police judiciaire, ou encore l'avertissement suivi de comparution volontaire. Le ministère public peut également décider de renvoyer la personne devant une audience de comparution immédiate. Ce mode rapide d'exercice des poursuites peut être mis en œuvre pour les délits flagrants punis d'au moins six mois d'emprisonnement et pour les délits non flagrants punis d'au moins deux ans d'emprisonnement. Cette procédure permet de traduire le prévenu sur le champ, devant la juridiction de jugement. Le prévenu est alors retenu jusqu'à sa comparution qui doit avoir lieu le jour même. Si la réunion immédiate du tribunal est impossible, le procureur de la République peut saisir le juge des libertés et de la détention qui décidera d'un éventuel placement en détention provisoire le temps nécessaire à la réunion du tribunal. Le recours à cette procédure n'est pas anodin comme en témoigne le nombre important de mandats de dépôt prononcés à l'audience. Bien que l'on puisse constater une légère baisse entre 2006 et 2010, sur 42 056 comparutions immédiates, il y a eu 15 291 mandats de dépôt prononcés³⁵⁵.

173. On peut alors se rendre compte que l'activité du ministère dans l'orientation de la procédure a une incidence sur la peine qui sera prononcée par le juge³⁵⁶. Pour être précis, les choix d'orientation dans lesquelles la personne mise en cause peut être retenue par une mesure privative de liberté conduisent au prononcé d'une peine privative de liberté. La mesure de retenue prononcée avant le jugement peut alors être vu comme un pré-jugement préfigurant la sanction qui sera prononcée par le juge du siège. Si le ministère public joue un rôle important dans le choix d'orientation des dossiers de procédure, il a tout naturellement une utilité

³⁵⁴ En 2012, il y a eu 2005 condamnations pour crime après détention provisoire sur 2703 condamnations criminelles, ayant abouti à 1006 condamnations à de la réclusion criminelle, in *Les chiffres clés de la justice*, 2013.

³⁵⁵ *Annuaire statistique de la justice*, Edit. 2011-2012, p. 129.

³⁵⁶ M. ROBERT, *La place du parquet dans l'individualisation de la sanction en matière pénale*, op. cit., p. 56.

nécessaire lors du prononcé et de l'exécution de la sanction. Il s'agit, selon les mots de Denis SALAS, d'une forme d' « *individualisation procédurale* »³⁵⁷.

2. Une influence directe sur la peine.

174. Le ministère public exerce une influence sur l'individualisation de la peine par le rôle traditionnel qu'il tient à l'audience en proposant une peine (a). Son influence a été considérablement accrue dans la mesure où le législateur lui a confié des « *pouvoirs quasi juridictionnels* »³⁵⁸ (b).

a. Le rôle traditionnel du ministère public sur la peine.

175. Devant la juridiction de jugement, le ministère public constitue une partie au procès pénal, en tant qu'accusateur public et représentant des intérêts de la société. Il participe ainsi aux débats³⁵⁹, et peut poser des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toute autre personne appelée à la barre³⁶⁰. Par ailleurs, il peut intervenir, à tout moment, pour prendre des réquisitions auxquelles la juridiction est tenue de répondre. Il doit également, après la clôture des débats, prendre ses réquisitions³⁶¹ sur la culpabilité et sur la peine.

176. Intervention du ministère public lors du prononcé. Les réquisitions orales du ministère public sont construites autour de cinq temps³⁶² : une brève introduction ; la caractérisation de l'infraction s'appuyant sur les constatations, les examens scientifiques et techniques, les aveux, les dénégations, les témoignages, les déclarations et le comportement du prévenu ; le rappel des éléments de personnalité du prévenu compte tenu de la présence ou non d'enquête de personnalité et d'expertises ; l'étude du casier judiciaire permettant d'apprécier la chronologie du parcours pénal, le type de délinquance et le type de condamnations prononcées antérieurement ; la proposition de peine qui s'inscrit dans une logique d'ensemble fondée sur les éléments évoqués de fait et de personnalité. Cette proposition de peine doit être légale, proportionnelle et adaptée aux faits, au trouble social causé par l'infraction mais

³⁵⁷ D. SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, 2005, p. 162

³⁵⁸ S. GRUNVALD, *Les choix et schémas d'orientation*, *op. cit.*, p. 87.

³⁵⁹ Art. 464 CPP

³⁶⁰ Art. 312 à 442-1 CPP

³⁶¹ Art. 346 et 460 CPP

³⁶² L. LEMESLE et F.-J. PANSIER, *Le procureur de la République*, Paris, PUF, Que sais-je, 1998, p. 90.

également individualisée à l'auteur. Le ministère public vérifiera également l'existence de scellés afin d'envisager leur éventuelle confiscation, ou à tout le moins une décision du tribunal à ce sujet. Cette faculté de proposer une sanction joue un rôle très important pour l'individualisation de la sanction. Pour faciliter le travail des procureurs et des substituts, les parquets ont élaboré des barèmes³⁶³ permettant d'établir une échelle de sanctions envisageables, principalement dans les contentieux répétitifs comme en matière de circulation routière³⁶⁴. Certains auteurs ont pu dire qu'il s'agit d'une « *prédétermination directe de la sanction* »³⁶⁵. Cette proposition de peine pourrait être comprise comme une limite à la liberté du juge du siège dans la mesure où, en pratique, la juridiction de jugement suit bien souvent la proposition de peine du ministère public. Il y aurait d'ailleurs une sorte de « *résignation* »³⁶⁶ de la juridiction de jugement à suivre les réquisitions du ministère public. Cela peut s'expliquer par deux éléments. D'une part, comme le ministère public protège les intérêts de la société, la peine qu'il propose semble *a priori* adaptée à la réparation du trouble social engendré par l'infraction. D'autre part, le ministère public dispose du pouvoir de faire appel des décisions prononcées par le tribunal. Le procureur dispose, pour interjeter appel principal, d'un délai de dix jours à compter du jour du prononcé du jugement correctionnel. Le procureur général dispose d'un délai plus long pour interjeter appel d'un jugement³⁶⁷. Initialement, l'ancien article 505 du code de procédure pénale permettait au procureur général de pouvoir interjeter appel d'un jugement dans un délai de deux mois. La Cour européenne des droits de l'homme a cependant considéré que l'attribution d'un délai d'appel plus long au procureur général ne respecte pas l'égalité des armes, et viole par conséquent le droit au procès équitable garanti à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁶⁸. Bien qu'allant en sens contraire par rapport à la position de la Cour de cassation³⁶⁹, la position européenne a retenu l'attention du législateur qui a modifié ce délai par la loi du 24 novembre 2009³⁷⁰ passant de deux mois à vingt jours. On remarque que l'égalité entre les parties n'est pas encore complètement assurée puisque le délai d'appel pour le procureur général reste plus long que pour les autres parties.

³⁶³ B. BASTARD, C. MOUHANNA, « Procureurs et substituts : l'évolution du système de production des décisions pénales », *Droit et société*, n° 74, 2010, p. 35-53.

³⁶⁴ C. SAAS, S. LORVELLEC, V. GOUTRON, « Les sanctions pénales, une nouvelle distribution », in *La réponse pénale, op. cit.*, p. 177.

³⁶⁵ B. GENINET, *Étude critique de la personnalisation de la peine*, Thèse, Paris I, 2000, p. 236

³⁶⁶ *Ib item.*, p. 237

³⁶⁷ Art. 505 CPP

³⁶⁸ CEDH, Ben Naceur c/ France du 03 octobre 2006

³⁶⁹ Cass. crim., 27 juin 2000

³⁷⁰ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, art 73

177. Intervention de l'avocat. Pour atténuer la position du ministère public, la plaidoirie de l'avocat a un rôle particulièrement important. Il aura soin de défendre les intérêts de son client et notamment lors de l'individualisation de la sanction. Il pourra, en effet, produire des justificatifs de domicile, d'emploi, de formation ou tous autres documents permettant d'atténuer la sanction qui sera prononcée par le juge. Pour Béatrice GENINET, « de manière indirecte, le délinquant et la victime participent au choix de la sanction. Bien qu'ils n'aient pas la légitimité à choisir la sanction, en suggérer une ne leur est donc pas interdit »³⁷¹. Cette affirmation est à atténuer. En effet, il ne faut pas oublier que l'intervention de l'avocat dans le choix de la sanction est souvent limitée. De plus, si les avocats de la partie civile ont la possibilité de demander à la juridiction de prononcer des sanctions dont ils proposent le montant, cette position peut être vue comme un empiètement sur les pouvoirs du ministère public qui ne manquera pas de rappeler à l'ordre l'avocat de la partie civile.

178. Intervention du ministère public lors de l'exécution des peines. Le ministère public intervient également lors de l'exécution de la peine. En effet, c'est au ministère public que le Code de procédure pénale confie la mission de veiller à l'exécution des peines. L'exécution des peines privatives de liberté est alors assurée par le procureur de la République ou le procureur général qui peut requérir directement la force publique pour la mise à exécution de la décision pénale³⁷². Ils ont également la charge de faire exécuter les mandats de dépôt ou d'arrêt décernés par la juridiction de jugement, ainsi que les décisions de mise en liberté. Pour cela, le ministère public dispose de la possibilité d'émettre un mandat d'arrêt européen et de diffuser le signalement de la personne à rechercher par le système Schengen ou grâce à Interpol³⁷³.

En marge du rôle traditionnel du ministère public sur la peine, le législateur a considérablement élargi ses prérogatives en la matière, faisant de celui-ci un véritable acteur de l'individualisation de la peine.

b. Le nouveau rôle du ministère public sur la peine.

³⁷¹ B. GENINET, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, op. cit., p. 237

³⁷² Art. 709 CPP

³⁷³ Art. 695-15 CPP

- 179.** Si le rôle traditionnel du parquet consiste à diriger les enquêtes et à orienter les dossiers de procédure, le ministère public a augmenté ses pouvoirs dans ce qui constituait le pré-carré réservé aux magistrats du siège, à savoir la détermination et l'individualisation de la peine. La fin du XX^e et le début du XXI^e siècle ont vu une augmentation significative du nombre de dossiers entraînant une forte augmentation de l'activité des juridictions. C'est alors que s'est mise en place une véritable politique de gestion des flux³⁷⁴, confiée au ministère public, se voyant accorder une véritable « délégation totale ou partielle de la fonction de juger »³⁷⁵. Ainsi, le législateur a permis au ministère public de choisir une sanction pénale sans qu'il soit possible d'en substituer une autre dans de nombreuses mesures alternatives aux poursuites telles que la composition pénale, et la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité.
- 180.** La composition pénale constitue une sorte de transaction permettant au procureur de la République de proposer à une personne qui reconnaît avoir commis un délit ou une contravention d'effectuer certaines mesures présentant un caractère de sanction. Le législateur a considérablement élargi le champ des mesures de composition, montrant par ailleurs son intérêt pour ces mesures rapides et peu coûteuses. Les différentes mesures de composition, aussi variées soient-elles, ont toutes pour point commun de se rapprocher des peines alternatives ou complémentaires encourues en matière délictuelle. On compte parmi les mesures de composition : l'amende de composition dans la limite du maximum de l'amende encourue au titre de l'infraction commise, la confiscation de la chose qui a servi ou qui était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit, la réalisation d'un stage au profit de la collectivité. Il ne s'agit que de quelques exemples parmi les dix-sept mesures figurant à l'article 41-2 du code de procédure pénale. En plus de ces mesures, l'auteur des faits se verra proposer, de façon obligatoire, de réparer le préjudice causé à la victime. Par ailleurs, il convient d'ajouter que la loi du 5 mars 2007 a été complétée par la loi du 26 décembre 2011³⁷⁶ qui a créé de nouvelles mesures de composition spécifiques aux mineurs.
- 181.** La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, autrement appelée « plaider-coupable », et connue dans le monde anglo-saxon sous le nom de *plea-bargaining*, a été introduite dans notre droit par la loi du 9 mars 2004 aux articles 495-7 à 495-16 du code de

³⁷⁴ M. ROBERT, *La place du parquet dans l'individualisation de la sanction pénale*, op. cit., p. 55.

³⁷⁵ C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré – Étude des transformations du jugement pénal*, Nouvelles bibliothèques de thèses, vol. 120, Paris, Dalloz, 2012, p. 59.

³⁷⁶ Loi n°2011-1940 du 26 décembre 2011, art. 1.

procédure pénale. Cette procédure, très largement utilisée par le ministère public, a vu son champ d'application élargi. Initialement, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pouvait être mise en œuvre pour des délits punis à titre principal soit d'une peine d'amende, soit d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans. La loi du 13 décembre 2011³⁷⁷ a étendu cette procédure à « tous les délits, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans ». Dans cette procédure, après que la personne a reconnu les faits qui lui sont reprochés, une peine lui est proposée par le procureur de la République. Cette proposition doit toujours être faite en présence de l'avocat de l'intéressé. Le procureur de la République peut proposer à la personne d'exécuter une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues. Quant aux peines privatives de liberté, le ministère public ne peut proposer qu'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à un an. En outre, cette peine ne peut jamais dépasser la moitié de la peine d'emprisonnement encourue. Il convient de noter que le procureur peut, dans tous les cas, proposer différentes mesures d'aménagement des peines (sursis, surveillance électronique, semi-liberté, fractionnement de la peine...).

Le ministère public exerce ainsi des tâches de « quasi-juge »³⁷⁸ en proposant une sanction qui sera soumise à l'acceptation et à la validation par un juge du siège³⁷⁹. Dès lors, il est possible d'apercevoir une véritable mutation professionnelle qui trouble la distinction entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet, tout en amenuisant la séparation des autorités de poursuite et de jugement.

182. Un nouveau rôle controversé. Le développement des nouvelles prérogatives du ministère public suscite des incertitudes. Ces nouvelles prorogatives du ministère public créent un déséquilibre institutionnel voire une « justice sans juge »³⁸⁰ marquant « le passage d'un traitement juridictionnel à un traitement pénal ou judiciaire de la délinquance »³⁸¹. Ces incertitudes sont d'autant plus grandes que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme, en raison de son manque

³⁷⁷ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, art. 27.

³⁷⁸ J.-P. JEAN, *Le système pénal, La découverte*, 2008, p. 91

³⁷⁹ C. SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur de la République », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 827 ; V. également J. ALIX, « Quels visages pour le parquet en France ? » in *Figures du Parquet* (ss. La dir. de C. LAZERGES), Paris, PUF, Coll. « Les voies du droit », 2006, p. 73.

³⁸⁰ E. HAHLPHEN, *Le bal des outrés*, éd. Privé, 2006, p. 87

³⁸¹ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, coll. « Paradigme », 2013, 14^e éd., p. 153.

d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif³⁸². De notre point de vue, cela renforce incontestablement le sentiment d'opacité pouvant faire naître auprès de l'opinion publique un sentiment d'inégalité.

183. Un rôle limité. Les fonctions du ministère public ne sont toutefois pas sans limites. Tout d'abord, le législateur oblige le parquet à prendre exemple sur le juge dans sa prise de décision en lui demandant de prendre en compte la situation et de la personnalité des prévenus³⁸³. Par ailleurs, la fonction « jugeante » des juges du siège n'est pas complètement remise en cause. En effet, lorsque la juridiction de jugement est saisie selon les modes traditionnels de poursuites, leur monopole n'en est pas affecté. Par ailleurs, lorsque le ministère public désire utiliser une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou une composition pénale, le juge du siège intervient toujours en dernier lieu pour homologuer la procédure dans le cadre du plaider coupable ou pour valider la composition pénale. Quoiqu'il en soit, si le juge du siège ne peut pas modifier la peine proposée par le ministère public, il effectue un travail de contrôle de la régularité de la procédure³⁸⁴. Il lui appartient en effet de vérifier la qualification juridique des faits, de s'interroger sur la validité de la sanction au regard des circonstances de l'infraction et de s'assurer de la régularité de l'aveu et de l'accord du prévenu. Cela signifie donc que les pouvoirs du ministère public ne sont pas hors de tout contrôle mais on peut souligner que le rôle du juge est alors limité³⁸⁵ à un rôle de vérificateur et s'inscrit très largement en retrait par rapport à son rôle lors d'une audience.

Comme nous l'avons vu, les autorités de poursuites exercent une influence majeure sur l'individualisation de la sanction pénale, mais l'intervention judiciaire ne s'arrête pas à son prononcé. La peine doit être ensuite exécutée et son contrôle sera confié à un juge de l'application des peines. Ces décisions exerceront également une influence sur l'acte de juger.

B. L'influence de la phase post-sententielle.

³⁸² CEDH, 5^e sect., Medvedyev c/ France, 10 juill. 2008 ; CEDH, Grande Chambre, Medvedyev et autres c/ France, 29 mars 2010 ; CEDH, Moulin c/ France, 23 nov. 2010, § 59.

³⁸³ L'article 41-2 1^o du Code de procédure pénale fait référence aux critères de l'individualisation des peines en ce qui concerne le prononcé de l'amende de composition. Il en va de même pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité définie à l'article 495-8 du Code de procédure pénale qui renvoie directement aux articles 130-1 et 132-1 du Code pénal relatifs aux modes de personnalisation des peines.

³⁸⁴ M. ROBERT, « La place du parquet dans l'individualisation de la sanction en matière pénale », *op. cit.*, p. 58.

³⁸⁵ *Ibid.* p. 58.

184. L'exécution des sanctions appartient normalement au ministère public, mais les pouvoirs accordés au juge de l'application des peines lui permettent de modeler la décision prise par la juridiction de jugement en fonction des besoins de la réinsertion sociale du condamné. Il s'agit alors de poursuivre le travail d'individualisation commencé lors du jugement. Cependant, l'accroissement des pouvoirs du juge de l'application des peines conduit à relativiser le pouvoir d'individualisation lors du prononcé de la sanction. En théorie, ces modalités ne remettent pas en cause la sanction, mais en pratique, la peine est profondément redéfinie. Par cette individualisation, on parvient à dénaturer le jugement et à en modifier les effets. En effet, les sanctions prononcées ne sont plus celles exécutées³⁸⁶. Ainsi, la phase « post-sententielle » conduit à une remise en cause de la peine prononcée (1) obligeant la juridiction à anticiper cette remise en cause (2) pour éviter que l'individualisation ne perde sa crédibilité.

1. Une remise en cause de la peine prononcée.

185. L'influence du juge de l'application des peines. Créées depuis le 2 mars 1959, c'est aux juridictions de l'application des peines qu'incombe la tâche de veiller à l'exécution des peines prononcées. Pourtant, jusqu'à la loi du 15 juin 2000, le juge de l'application des peines n'était pas considéré comme une juridiction. Ses décisions n'étaient que de simples « mesures d'administration judiciaire ». Afin de lui donner les moyens nécessaires pour mener à bien sa mission, la loi du 15 juin 2000 a juridictionnalisé ses décisions les plus importantes. Le législateur a terminé la tâche en juridictionnalisant l'ensemble des décisions du juge de l'application des peines le 9 mars 2004. C'est donc, selon ce dispositif que le juge de l'application des peines détermine les principales modalités du traitement pénitentiaire.

Toutefois, lorsque le tribunal décide de prononcer une peine d'emprisonnement sans aménagement et sans prononcer de mandat de dépôt, le juge de l'application des peines peut, par la suite, procéder à son aménagement. Il intervient selon les modalités fixées aux articles 474 et 723-15 du Code de procédure pénale. Dès la réception du dossier, le juge convoque la personne condamnée pour un entretien, sauf si une convocation lui a été remise par la juridiction de jugement³⁸⁷. Lors de cet entretien, le juge de l'application des peines examine la

³⁸⁶ M. DANTI-JUAN, « Réflexion sur l'individualisation de l'exécution des peines », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 145.

³⁸⁷ L'article 723-15 du Code de procédure pénale prévoit que le délai de convocation ne doit pas être supérieur à 30 jours à compter de son information par le parquet.

situation du condamné qui peut être seul ou assisté de son avocat. La personne présente alors l'ensemble des justificatifs dont elle dispose afin d'éclairer le juge sur sa situation personnelle et professionnelle. Il peut s'agir de contrats de travail, de justificatifs de non-imposition, de suivi médical. Le juge lui proposera la mesure la plus appropriée à sa situation³⁸⁸. Le juge peut prononcer immédiatement l'aménagement de la peine ou renvoyer le dossier à un conseiller d'insertion et de probation afin d'effectuer des investigations supplémentaires. Le juge d'application des peines dispose de pouvoirs importants. D'une part, il peut décider de convertir une peine d'emprisonnement ferme, d'une durée inférieure ou égale à six mois, en peine d'emprisonnement avec sursis avec l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général ou en jours-amende³⁸⁹. D'autre part, le juge de l'application des peines dispose du pouvoir de modifier l'aménagement de peine *ab initio* décidé par la juridiction de jugement, s'il estime que « la personnalité du condamné ou les moyens disponibles le justifient ». Il pourra alors substituer une mesure de placement sous surveillance électronique à un placement à l'extérieur ou à une semi-liberté³⁹⁰.

186. Une remise en cause de la peine prononcée. Le juge de l'application des peines dispose alors d'un véritable pouvoir de remise en cause de la sanction prononcée par la juridiction de jugement puisque dans ces hypothèses le juge modifie la nature de la peine prononcée. De même que la peine prononcée est souvent éloignée de la peine encourue, la peine exécutée n'est pas nécessairement semblable à la peine prononcée. Comme l'indiquent Frédéric Desportes et Francis Le Guhenec, « l'adaptation de la peine à l'évolution de la situation du condamné est l'un des sujets les plus sensibles du droit pénal. Les citoyens ont en effet quelques difficultés à admettre que la justice rendue devant eux, parfois par eux et en tous cas en leur nom, ne soit pas empreinte d'une autorité absolue. Si la clémence appliquée lors du prononcé de la peine est parfois perçue comme une excessive faiblesse, celle qui intervient après est souvent vécue comme une trahison, du moins quand elle s'applique aux condamnations les plus graves »³⁹¹.

Pour pallier la modification de la décision prononcée par le tribunal lors de la phase post-sententielle, la juridiction de jugement va être amenée à anticiper ce phénomène.

³⁸⁸ Il peut s'agir d'une semi-liberté, d'un placement sous surveillance électronique, d'un placement à l'extérieur, d'une conversion-TIG ou jour-amende.

³⁸⁹ Art. 132-57 CP

³⁹⁰ Art. 723-2 CPP

³⁹¹ F. DESPORTES et F. LE GUHENEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p.965

2. L'anticipation de cette remise en cause.

187. Afin de réduire l'écart entre la peine prononcée et la peine exécutée, la juridiction de jugement va anticiper l'aménagement (a) et la réduction (b) de la sanction.

a. Anticiper l'aménagement de la sanction.

188. La faculté d'aménager la peine. L'aménagement *ab initio* de la peine -c'est-à-dire lorsqu'elle a été prononcée- était jusqu'à la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 une possibilité pour la juridiction de jugement. La Cour de cassation avait d'ailleurs confirmé la position d'une Cour d'appel qui avait jugé que, « *en ce qui concerne la demande d'aménagement de peine sollicité sous le régime de la semi-liberté, celle-ci n'est pas justifiée ab initio, le juge de l'application des peines pouvant toujours être saisi ultérieurement d'une telle demande* ». La Haute juridiction a alors estimé que « *en application de l'article 132-25 du Code pénal, le juges disposent d'un pouvoir dont ils sont libres de ne pas user* »³⁹². Cette faculté d'aménagement de la peine par la juridiction de jugement semble peu utilisée, comme le montre l'étude réalisée en 2007 par l'Association nationale des juges de l'application des peines. Plus surprenant, les réponses à ce questionnaire montrent que 44 % des magistrats interrogés étaient hostiles à ce mécanisme³⁹³.

189. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a modifié l'article 132-24 du Code pénal. Désormais cet article dispose que « *en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28* ». Il ne s'agit plus d'une simple faculté mais d'une véritable obligation de faire. Cette obligation est devenue tellement

³⁹² Cass. crim., 9 mai 2001, n° 00-87.387.

³⁹³ E. JANAS M., MARTIN, « Une photographie du quotidien de l'application des peines », *AJ pénal* 2007, p. 173.

importante que certains auteurs ont érigé en quatrième critère de l'individualisation « *l'évitement de l'emprisonnement ferme* »³⁹⁴. L'objectif de cette modification législative était de résoudre, autant que faire se peut, le problème de la surpopulation carcérale. Désormais, la détermination de la sanction se décompose en deux temps : rechercher toutes les sanctions possibles en tenant compte de la personnalité et des circonstances de l'infraction, et si l'emprisonnement ne peut être évité, la peine doit faire l'objet d'une mesure d'aménagement des peines prévues aux articles 132-25 à 132-28 du Code pénal, c'est-à-dire une semi-liberté, un placement à l'extérieur, un placement sous surveillance électronique ou le fractionnement de la peine. S'il est excessif de parler de quatrième critère de l'individualisation judiciaire de la peine, il n'en demeure pas moins vrai que la loi impose « *l'exploration tous azimuts d'un aménagement de peine par la juridiction de jugement dans le cas où cette dernière prononcerait néanmoins une peine d'emprisonnement* »³⁹⁵.

- 190.** Toutefois, la mise en œuvre de cette obligation d'aménager n'est pas simple, ce qui peut entraîner des disparités entre les auteurs d'infractions.

La juridiction qui décide de prononcer un aménagement de peine doit également s'interroger sur les modalités d'application de la mesure. Ces interrogations ne devront pas constituer un frein insurmontable pour la juridiction de jugement dans la mesure où la mise en œuvre effective de la mesure sera effectuée par le JAP, qui doit rendre une ordonnance dans un délai de quatre mois à compter de sa saisine. Par ailleurs, la juridiction pourrait également soulever des difficultés matérielles pour ne pas prononcer un aménagement de peine *ab initio*. Il s'agit d'impossibilités inhérentes à la situation de la personne : personne ne disposant pas de ligne de téléphone, ou ne disposant d'aucun projet d'insertion, de travail ou de formation. L'information de la juridiction est donc capitale pour pouvoir développer ces aménagements de peine.

- 191.** Pour permettre le développement des aménagements de peine lors du prononcé, il revient au condamné et à son conseil de préparer soigneusement un dossier de personnalité à présenter à l'audience de jugement. Il est alors très important de présenter tous les éléments permettant la mise en place d'un aménagement de peine. Il s'agit de communiquer au juge toutes les pièces justificatives d'hébergement, de travail, de formation, de soins, de l'accord du titulaire de la

³⁹⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 5^{ème} éd., 2015, n° 522.

³⁹⁵ M. JANAS, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire – entre aménagements de peine et libérations anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peine », *Dr. Pén.* 2010, chron. n°1.

ligne de téléphone pour une mise en place du bracelet électronique, de la participation à la vie de la famille, etc. Grâce à cela, la juridiction pourra décider de prononcer un aménagement de peine dans le but de limiter les incarcérations immédiates.

Si le juge peut anticiper l'aménagement de la peine, il peut également anticiper la réduction de la sanction.

b. Anticiper la réduction de la sanction.

192. Le juge du siège est amené à prendre en compte dans sa décision l'impact de la réduction de la sanction (α) ce qui conduit inévitablement le juge à une plus grande sévérité (β).

α . L'impact de la réduction de la sanction prononcée.

193. La réduction de la peine est une modalité de l'individualisation de la peine consistant pour le juge à affranchir le condamné de l'obligation de subir sa peine³⁹⁶. Il existe, depuis la loi du 9 mars 2004, quatre formes de réduction de peines³⁹⁷.

194. Les crédits de réduction de peine³⁹⁸ constituent un mécanisme « en vertu duquel la peine prononcée est automatiquement diminuée selon un mode de calcul fixé par le code procédure pénale »³⁹⁹. Depuis la loi du 9 mars 2004, le greffe judiciaire pénitentiaire est compétent pour se charger de l'application de ce dispositif, alors qu'auparavant c'était le juge de l'application des peines. Ce mécanisme s'applique à toute personne condamnée à une peine privative de liberté devenue définitive. Ainsi, toute mise sous écrou permet le calcul des crédits de réduction de peine aussi bien sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou d'un placement sous surveillance électronique. En cas de peine mixte, le CRP se calcule en prenant en compte la partie d'emprisonnement ferme. Il en va de même pour la révocation d'un sursis, simple ou avec mise à l'épreuve ou en cas d'emprisonnement pour ne pas avoir respecté une interdiction.

La loi du 9 mars 2004 fixe le quantum des CRP. Il s'agit de trois mois pour la première année et de deux mois pour les années suivantes. Le quantum est diminué d'un mois pour les

³⁹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant.

³⁹⁷ B. LAVIELLE, « Le Nouveau régime des réductions de peine », *AJ pénal*, 2004, p. 320.

³⁹⁸ Art. 721 CPP.

³⁹⁹ P. PONCELA, « Peine et crédit. Aménagement de peine », *RSC* 2004, p. 955.

récidivistes. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que le juge de l'application des peines n'a aucune compétence dans le calcul des CRP⁴⁰⁰.

Si le juge de l'application des peines a été dépossédé de son pouvoir sur l'octroi des CRP, il conserve toutefois un pouvoir de retrait en cas de mauvaise conduite, de mauvais comportements, de refus de soins ou d'inobservations des obligations ou interdictions durant une surveillance judiciaire des personnes dangereuses.

195. Les réductions supplémentaires de peine sont accordées aux condamnés manifestant des gages sérieux de réadaptation sociale⁴⁰¹. À la différence des CRP qui sont accordés automatiquement, les RPS sont octroyés par le JAP en commission d'application des peines en fonction des efforts réalisés par le condamné. Il peut s'agir d'indemniser des victimes, de suivre des soins, de suivre une formation, de trouver un travail, etc. Le quantum des RSP est de trois mois par an et sept jours par mois lorsque la durée d'incarcération restant à subir est inférieure à un an. Pour les récidivistes, elle est de deux mois par an et quatre jours par mois lorsqu'il reste un an à effectuer. Il existe un quantum particulier lorsque le condamné a commis des infractions particulières⁴⁰². Le JAP se prononce sur les RPS tous les ans et, à chaque fois, pour la période d'un an qui vient de s'écouler. Il statue par ordonnance motivée, notifiée au condamné qui peut interjeter appel dans un délai de vingt-quatre heures. Ces réductions peuvent être retirées en cas de commission d'une nouvelle infraction durant une permission de sortie⁴⁰³ ou du refus de prélèvement génétique⁴⁰⁴.

196. Enfin, le JAP peut accorder des réductions de peines créées spécialement pour le respect des obligations envers les parties civiles. Il s'agit des réductions de peines « conditionnelles »⁴⁰⁵. Le tribunal de l'application des peines peut octroyer des réductions de peines exceptionnelles⁴⁰⁶.

La réduction de la peine, qu'elle soit automatique ou qu'elle soit prononcée par une juridiction, entraîne une modification certaine de la décision prononcée par la juridiction de

⁴⁰⁰ Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 06-81.156, cit. Poncela P., « Chronique de l'exécution des peines », *RSC* 2007, p. 350.

⁴⁰¹ Art. 721 CPP.

⁴⁰² Art. 721-1 al. 4 CPP.

⁴⁰³ Art. 723-25 CPP.

⁴⁰⁴ Art. 706-56 CPP.

⁴⁰⁵ Art. 721-2 CPP.

⁴⁰⁶ Art. 721-3 CPP.

jugement. Pour pallier cette difficulté, le juge du siège aura tendance à prononcer une peine plus sévère.

β. Une sévérité accrue lors du prononcé de la sanction.

197. Face à ce constat de réduction de la sanction privative de liberté lors de la phase post-sententielle, les juridictions de jugement ont tendance à prononcer une sentence plus forte.

En effet, si la juridiction de jugement décide de prononcer un emprisonnement de trois ans pour un délinquant qui n'est pas en état de récidive légale, le condamné verra sa peine d'emprisonnement diminuée automatiquement par le biais des crédits de réduction de peine. Compte tenu de l'article 721 du Code de procédure pénale, le condamné bénéficiera de trois mois pour la première année et deux mois pour les années suivantes. Il devra donc exécuter une peine de vingt-neuf mois sur les trente-six initialement prononcés. À cela peuvent s'ajouter des réductions de peines supplémentaires pour bonne conduite.

198. Le dispositif d'exécution des peines perd quelque peu en crédibilité aux yeux des victimes et de l'opinion publique, qui ne comprennent pas qu'une personne condamnée n'exécute pas complètement la peine prononcée. En effet, il ne suffit pas qu'une sanction existe ou soit prononcée, il faut qu'elle soit exécutée pleinement. Lorsque ce schéma classique n'est pas respecté, l'opinion publique relayée par les médias⁴⁰⁷ et les victimes y voient une preuve de laxisme à l'égard de l'institution judiciaire.

Ainsi, pour garantir l'effectivité de la décision prononcée à l'audience de jugement, les magistrats vont alors alourdir la sanction afin de pallier la réduction causée par les crédits de réduction de peine. Cela pourrait être interprété comme une méfiance de la juridiction de jugement à l'égard de l'application des peines⁴⁰⁸. Il faut plutôt y voir la volonté des juridictions de jugement de garantir l'effectivité de leurs décisions. Michel Van de Kerchove écrit ainsi : « *L'efficacité symbolique de la norme ne peut survivre à long terme que si elle est au moins ponctuellement réactivée par son application effective* »⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ V. par ex. l'affaire de Pornic, « Affaire de Pornic : faille de la justice ou incompétence politique ? », *Marianne*, 22 janv. 2011, [URL] http://www.marianne.net/Affaire-de-Pornic-faille-de-la-justice-ou-incompetence-politique_a202121.html.

⁴⁰⁸ P. COUV RAT, Introduction in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Erès, 2001, p. 262.

⁴⁰⁹ M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peine. Aspects de la pénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Brylant, 1988, p. 426.

Conclusion du chapitre 2.

199. Les disparités dans le prononcé des peines relèvent aussi bien de l'attitude des magistrats, de leur manière d'apprécier les critères pour choisir une peine, que de l'institution judiciaire. Les pouvoirs accordés aux différents intervenants de la chaîne pénale (ministère public, juge de l'application des peines) et leurs difficultés à travailler de manière coordonnée intensifient les disparités.

Ainsi, pour que la sanction soit plus juste, il est nécessaire que l'ensemble des acteurs de la procédure puisse travailler ensemble. Mais cela ne peut suffire pour que l'individualisation soit vraiment efficace.

Conclusion du Titre 1.

200. L'individualisation de la peine garantit une peine juste si l'on ne retient pas une égalité formelle mais plutôt une acception aristotélicienne de celle-ci, consistant à ne pas traiter toutes choses également, mais à traiter également toutes choses égales. Cela pourrait conduire à l'arbitraire du juge qui doit suivre la norme pénale et ne pas se contredire d'une espèce à l'autre.

201. Cependant, l'individualisation de la peine ne risque pas d'aboutir à une égalité parfaite car de nombreux facteurs d'inégalité restent imputables aux magistrats ou à l'institution judiciaire. Cela est dû au fait que la loi n'encadre pas suffisamment les pouvoirs du juge, lui laissant une libre appréciation et faisant confiance à son discernement. Le risque de subjectivité est grand, mais il nous semble qu'il n'y ait pas d'autre modèle possible d'individualisation pour pouvoir avoir une peine juste. Pour être efficace, la peine ne doit pas seulement être juste, elle doit également être utile.

Titre 2. Le principe d'individualisation, garantie d'une peine utile

- 202.** En droit pénal, la peine est un « moyen pour atteindre une fin jugée bonne : la diminution, voire la disparition de la délinquance »⁴¹⁰. Ainsi, la peine doit dissuader le délinquant de commettre une nouvelle infraction et se justifie par cette utilité.
- 203.** La peine est alors utile parce qu'elle intimide et corrige. Cette volonté de faire disparaître la délinquance constitue d'ailleurs un objectif majeur des politiques criminelles contemporaines⁴¹¹ comme en témoignent les différentes études publiques⁴¹². Il convient, toutefois de souligner que la notion juridique de « peine utile » a aujourd'hui cédé sa place à la notion de « peine efficace », terme non juridique émanant du mouvement *Law and Economics*. Si la notion d'efficacité renvoie davantage à des notions économiques et managériales, il n'en demeure pas moins vrai que l'utilité et l'efficacité renvoient tous les deux au « résultat de l'application »⁴¹³ qui consiste à atteindre l'objectif de prévention des risques de récidive⁴¹⁴.
- 204.** Pour atteindre cet objectif, la peine s'articule autour de deux objectifs fondamentaux qui figurent à l'article 130-1 du Code pénal⁴¹⁵. L'individualisation judiciaire doit donc, tout d'abord, permettre de sanctionner l'auteur d'une infraction afin d'expier et réparer⁴¹⁶ le mal

⁴¹⁰ P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Thémis, PUF, 2001, p. 59.

⁴¹¹ J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Mélanges Pradel*, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Ed. Cujas, p. 137.

⁴¹² Rapport de la Conférence de consensus remis au Premier ministre le 20 février 2013 ou l'étude d'impact relatif au projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines du 7 octobre 2013, p. 17.

⁴¹³ P. CONTE, « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, sureffectivité... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Mélanges Catala, Litec 2001, p. 128.

⁴¹⁴ Etude d'impact relatif au projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines du 7 octobre 2013, p. 17.

⁴¹⁵ « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :

1^o De sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2^o De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion »

⁴¹⁶ P. PONCELA, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 64 et s.

causé par l'infraction à la société et à la victime⁴¹⁷. En effet, la punition compense le préjudice causé par la commission de l'infraction. Selon Léauté, « si la justice est représentée par une balance, le juge est un peseur dont le but est d'établir un équilibre et d'infliger une peine proportionnée à la faute. Il faut que les deux pôles de la balance – l'expiation et la culpabilité – soient identiques. La peine doit compenser la faute. [...] Elle doit rétablir l'ordre de justice rompu par le crime⁴¹⁸ ». L'individualisation est donc utile pour la répression des infractions (chapitre 1).

- 205.** Par ailleurs, il est unanimement reconnu que la récidive est liée à une mauvaise socialisation. La décision du juge doit donc favoriser la réinsertion sociale du délinquant et permettre de le responsabiliser car, si celui-ci comprend de lui-même l'intérêt des règles de vie en communauté, le risque de récidive devient moins important. L'individualisation judiciaire de la peine doit donc permettre au délinquant de mieux se comporter en société (chapitre 2). Ainsi, son adaptation doit permettre de trouver un équilibre entre la répression et la resocialisation afin d'aboutir à une peine utile et juste.

⁴¹⁷ B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 42, 2007 ; J.-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », *RSC* 2008, p. 65 et s.

⁴¹⁸ J. LEAUTE, *Cours de droit pénal et sociologie criminelle I* : Paris, Les Cours du droit, 1980-1981, p. 52.

Chapitre 1. L'individualisation, utile à la répression

- 206.** La sanction pénale a d'abord pour objectif de rétribuer le passé en ce qu'elle sanctionne la commission d'une infraction. Elle réprime le coupable pour sa faute. Pour reprendre l'expression de Madame Pierrette Poncela, la répression repose sur une « *rationalité restitutive* »⁴¹⁹. C'est ainsi que la détermination de la peine et son individualisation doivent permettre de sanctionner le condamné tout en veillant au respect des intérêts des victimes⁴²⁰.
- 207. Signification de la rétribution.** La fonction de rétribution de la peine consiste en « la rançon de l'acte antisocial ». En effet, « la violation de la règle sociale cause un préjudice à la société. À ce mal qu'elle a subi, la société répond en infligeant au coupable un autre mal destiné à compenser le premier et à rétablir un certain équilibre »⁴²¹. Malgré des évolutions, cette fonction de la peine a toujours été associée à la sanction pénale, qu'il s'agisse de la vengeance privée, de la loi du Talion ou de la peine entendue sous son acception moderne⁴²².
- 208. Fondements de la rétribution.** Platon, repris par Saint Thomas d'Aquin, considérait que « le crime opérant une rupture intolérable dans l'ordre du monde, devait être restauré, reconstitué par l'application de la peine »⁴²³. Aristote avait fait également observer que la peine devait permettre de rétablir l'équilibre rompu par le crime. La peine a alors pour fonction de rétablir le Droit et l'équilibre dans la cité en infligeant une peine semblable au délit. Platon préconisait d'infliger une peine d'intensité égale à celle du délit. Ainsi, « l'esclave qui vole des figues se voit administrer autant de coups de fouet qu'il en a cueillies »⁴²⁴. Néanmoins,

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁴²⁰ Cette fonction figure au 1° de l'article 130-1 du Code pénal qui dispose que « la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ».

⁴²¹ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, Précis, 4^e éd., 2011, p. 5.

⁴²² J.- M. CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », in *La peine, 2^{ème} partie, Europe avant le XVII^e siècle, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1991, p. 157-158.

⁴²³ J. CHANTEUR, « Rétribution et justice chez Platon », in F. Blandieau, J. Chanteur, J. Henriot, W. Naucke, R. Paulin, P. Poncela, C. Tresmontant, R. Verdier, M. Villey, *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 27-35.

⁴²⁴ Platon, *Les lois*, VIII, 845 a.

comme le souligne le Professeur Pradel⁴²⁵, « la rétribution génère un cycle infernal » car il n'est pas possible de réparer complètement ce qui s'est passé. Platon utilise d'ailleurs une phrase choc : « Ce qui est fait est fait »⁴²⁶. La rétribution a également influencé la pensée chrétienne de l'Ancien Régime. Tout commence par Saint Thomas d'Aquin. Celui-ci fonde sa théorie de la rétribution sur le péché qui est la conséquence d'une volonté. Le pécheur est alors débiteur d'une peine car elle est la conséquence naturelle du mal. Saint Thomas d'Aquin justifie la souffrance infligée au condamné en comparant celle-ci aux souffrances du Christ infligées pour expier les péchés des hommes. Influencés par la doctrine thomiste, « les légistes de l'ancien droit français étaient fortement imbus de la doctrine rétributive : tout crime appelle châtement que le Roi fait appliquer par délégation divine »⁴²⁷.

Rompant avec la pensée chrétienne de son époque, Emmanuel Kant indique que la peine à infliger doit être douloureuse car c'est le droit du souverain de punir celui qui lui est soumis. La peine est alors tournée vers le passé, vers l'acte commis. Elle a une fonction d'expiation et beaucoup moins de dissuasion. Punir est alors un impératif, un devoir moral quoi qu'il se passe⁴²⁸. Kant s'inscrit dans une logique purement rétributive de la peine⁴²⁹. Il s'inscrit dans le Courant de la justice absolue qui prévoit qu'il « est une exigence profonde et irrésistible de la nature humaine que le mal soit rétribué par le mal, comme le bien doit être récompensé d'un bienfait »⁴³⁰. Kant est favorable à une peine extrêmement sévère : la sanction est purement rétributive et n'a pas pour objectif d'être utile⁴³¹. Hegel, quant à lui, défend une conception de la rétribution plus juridique que morale. En effet, il « considère le délit comme rébellion de l'individu à la volonté de la loi, et de ce fait, exige une réponse qui sera une réaffirmation de l'autorité étatique »⁴³².

Après un certain effacement, la doctrine a ré-insisté sur l'importance de la rétribution notamment grâce à deux écoles de pensée. La première est issue de la pensée durkémienne. Emile Durkheim a construit une théorie de la peine rétributive qui « consiste dans une

⁴²⁵ J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989, p. 10.

⁴²⁶ Platon, Protagoras, 324 a.

⁴²⁷ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Tome 1 : Problèmes de la science criminelle*, Droit pénal général, Paris, Cujas, 1997, 7^e édition, p. 105 et s.

⁴²⁸ E. KANT, *L'apologie de l'île abandonnée, Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, 1896, trad. J. BARNY, Paris, 1853, p. 201. Une communauté vivant en autarcie sur une île et devant la quitter devrait juger les assassins encore enfermés dans les geôles, avant de partir par simple nécessité de justice.

⁴²⁹ ALVARO P. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, T. 2, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175-255. V. également, W. NAUCKE, *Le droit pénal rétributif selon Kant, in Rétribution et Justice pénale*, PUF, 1983, p. 73.

⁴³⁰ F.- J. PANSIER, *La peine et le droit*, Paris, PUF, QSJ, 1994, p. 11.

⁴³¹ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n° 55.

⁴³² F.- J. PANSIER *op. cit.*, p. 12.

réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué, sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite »⁴³³. La peine sanctionnant les transgressions sociales est donc nécessaire à la cohésion sociale. Ainsi, la peine est nécessaire à la cohésion du groupe social et non à l'individu. Paul Fauconnet, disciple de Durkheim, a insisté sur le caractère sacré de la peine, qui doit effacer l'infraction commise pour rétablir la cohésion sociale⁴³⁴. Il écrit d'ailleurs : « C'est au crime même que s'appliquerait la peine, si elle pouvait le saisir pour l'annihiler »⁴³⁵. La seconde est celle développée par John Rawls. Il s'agit de la théorie du « juste dû ». La peine « doit être méritée (*desert*), tournée vers la conduite passée et proportionnée à la gravité de l'infraction »⁴³⁶. Cette nouvelle conception de la rétribution a trouvé application notamment dans le monde anglo-américain, conduisant ses pays à mettre en place des *sentencing guidelines* mais également en France.

209. Une répression proportionnée. Cependant, pour être utile, la peine doit être méritée et proportionnée à la gravité de l'infraction. En effet, « une stricte proportionnalité doit être établie entre la sévérité de la peine et la gravité de l'infraction »⁴³⁷. La proportionnalité de la peine permet de se prémunir des excès⁴³⁸. Une peine disproportionnée ne pourra être considérée comme une peine adaptée et sera donc injuste⁴³⁹. Cette exigence de proportionnalité est déduite de l'article 8 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Mais celle-ci est difficile à apprécier de manière abstraite⁴⁴⁰. Face à cette difficulté, le Conseil constitutionnel se contente de sanctionner l'erreur manifeste d'appréciation et les juridictions supra-nationales semblent être également très prudentes pour apprécier la proportionnalité d'une mesure⁴⁴¹. Mais en réalité, cette exigence de proportionnalité, qui s'impose en premier lieu au

⁴³³ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, Paris, PUF, p. 64.

⁴³⁴ P. PONCELA, « Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal », in F. Blandieau, J. Chanteur, J. Henriot, W. Naucke, R. Paulin, P. Poncela, C. Tresmontant, R. Verdier, M. Villey, *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 15.

⁴³⁵ P. FAULCONNET, *La responsabilité, Etude de sociologie*, Paris, F. Alcan, 1920, p. 217.

⁴³⁶ P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, Coll. Thémis, 2e éd., 2001., p. 70.

⁴³⁷ P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, Coll. Thémis, 2e éd., 2001, p. 70.

⁴³⁸ A. KOESTLER, *Réflexions sur la potence*, Folio, T. 3609, 2011 [1955], p. 76.

⁴³⁹ Cons. const., 4 déc. 2013, déc. n° 2013-679 DC, Rec. p. 1060, JO du 7 déc. 2013, p. 19958, cons. 9 et 10.

⁴⁴⁰ G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 65.

⁴⁴¹ La Cour européenne des droits de l'homme admet assez rarement qu'une peine est disproportionnée comme en témoigne l'étude de sa jurisprudence (V. par ex. : CEDH, 14 mars 2013, EON c/ France, §62). En revanche, la juridiction de Luxembourg fait davantage référence au principe de proportionnalité (C. SOTIS, « Les principes de nécessité et de proportionnalité », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, SLC, coll. « UMR Dr. comp., 2012, vol. 38, p. 61.

législateur, est aujourd'hui davantage conçue comme une exigence d'individualisation qui s'adresse au juge. Dès lors, il ne s'agit plus d'établir un rapport raisonnable entre la sanction encourue et le trouble à l'ordre social causé par l'infraction mais d'apprécier la gravité intrinsèque de chaque comportement pour aboutir à une peine méritée par son auteur⁴⁴² (section 2). Cependant, cette exigence de proportionnalité ne concerne que les mesures ayant le caractère d'une punition. Il est donc nécessaire de nous intéresser, au préalable, à la nature et aux critères des mesures ayant le caractère d'une punition, afin de distinguer celles qui n'en sont pas (section1).

Section 1. Une répression protéiforme

- 210.** La première difficulté sur laquelle nous devons porter notre attention concerne la définition de la peine, c'est-à-dire le champ d'application de l'article 8 de la Déclaration de 1789. La difficulté est d'autant plus grande du fait qu'il existe une multitude de mesures contraignantes pouvant être prononcées à l'encontre d'une personne au Cours ou en dehors de toute poursuite. Ainsi pour appréhender correctement la notion de peine, il convient de ne pas se concentrer sur la seule matière pénale car, selon le Conseil constitutionnel, le domaine de l'article 8 de la Déclaration de 1789 s'étend aussi aux « sanctions ayant le caractère d'une punition » même si le législateur « a laissé le soin de les prononcer par une autorité de nature non juridictionnelle »⁴⁴³. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a jamais donné de définition globale de la peine⁴⁴⁴ dans une décision unique. Il se contente, le plus souvent, de faire état de certains critères permettant de retenir ou d'écarter la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition. Ainsi, en étudiant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est possible d'identifier les critères permettant de retenir la qualification de sanction pénale (§1), avant d'identifier les mesures n'en faisant pas partie (§2).

§1. La détermination des mesures ayant le caractère d'une punition

⁴⁴² M.-Ch. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mél. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 725.

⁴⁴³ V. par exemple, Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, Rec., p. 89, JO du 26 févr. 2008, p. 3272, cons. 8.

⁴⁴⁴ E. GARCON, « QPC et notion de sanction pénale », in *La QPC en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, 2012, n° XXIII, p. 86.

211. L'examen des décisions du Conseil constitutionnel permet de dégager des critères indirects (A) et des critères directs (B) permettant l'identification d'une sanction pénale.

A. Les critères insuffisants à l'identification d'une sanction pénale

212. Classiquement, une peine se différencie de la mesure de sûreté par ses caractères afflictifs et infamants. Pourtant, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, celui-ci n'y fait guère allusion lorsqu'il est amené à identifier une sanction (1). Les Sages auraient pu se référer au critère de l'origine de la mesure telle que le fait la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴⁵. Mais force est de constater que ceux-ci n'y prête guère plus d'attention (2).

1. L'insuffisance des critères traditionnels de la peine

213. Pour identifier une mesure, le Conseil constitutionnel est indifférent aux fonctions traditionnellement assignées à la peine qu'il s'agisse de son caractère infamant ou de son caractère afflictif⁴⁴⁶.

214. Indifférence au caractère infamant. Tout d'abord, la jurisprudence ne s'appuie pas sur le caractère infamant pour qualifier de peine une mesure édictée par le législateur. Ainsi, dans une décision du 27 janvier 2012, les Sages ont eu à se prononcer sur la nature de l'inéligibilité définitive aux chambres, organismes et conseils professionnels attachée de plein droit aux sanctions disciplinaires encourues pour les notaires, les huissiers et les commissaires-priseurs. Bien que cette mesure soit déshonorante pour la personne concernée, le Conseil constitutionnel considère qu'il ne s'agit pas d'une mesure punitive⁴⁴⁷.

215. Indifférence au caractère afflictif. D'autre part, le caractère afflictif de la sanction ne semble pas non plus être un critère suffisant pour qualifier une mesure de peine. Ainsi, dans une décision du 28 février 2014⁴⁴⁸ relative à la suspension temporaire des droits de vote des

⁴⁴⁵ CEDH, 9 févr. 1995, Welch c/ Royaume-Uni, n° 307 A ; CEDH, 8 juin 1995, Jamil c/ France, n° 317-B ; CEDH, 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne, n° 19359/04.

⁴⁴⁶ M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008, p. 808-809.

⁴⁴⁷ Cons. const., 27 janv. 2012, déc. n° 2011-211 QPC, Rec. p. 87, JO du 28 janv. 2012, p. 1674, consid. 4.

⁴⁴⁸ Cons. const., 28 févr. 2014, déc. n° 2013-369 QPC, JO du 2 mars 2014, p. 4119, consid. 7 et 10.

actionnaires en cas de déclaration irrégulière des actions, instituée par l'article L. 233-14 du Code de commerce, la Haute juridiction a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une mesure présentant le caractère d'une punition car ses effets sont limités aux rapports entre les actionnaires et la société, alors même que la personne qui subira cette suspension la vivra comme une véritable peine.

Mais, paradoxalement, dans une décision du 28 juin 2013, le Conseil constitutionnel a jugé que la peine obligatoire de publication et d'affichage des sanctions de retrait des copies conformes de licence, ou d'immobilisation des véhicules d'une entreprise de transport routier, en cas d'infraction aux réglementations des transports, du travail, de l'hygiène ou de la sécurité, prévue à l'article L. 3452-4 du Code des transports constitue une mesure ayant le caractère d'une punition⁴⁴⁹. Dans ce cas, cette mesure de publication présente bien un caractère infamant et afflictif pour le professionnel qui la subit. Cette solution, comme celle du 27 janvier 2012⁴⁵⁰, met en exergue les hésitations du Conseil constitutionnel pour qualifier ce qu'est ou n'est pas une sanction pénale. Faisant fi des critères traditionnels de la peine, les Sages ne semblent pas accorder plus d'importance à la procédure ayant conduit au prononcé de la mesure.

2. L'insuffisance d'un critère : l'origine de la mesure

216. Les principes énoncés par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent aussi aux mesures prononcées par des autorités non judiciaires. Ainsi, de manière récurrente, la Haute juridiction énonce dans un considérant de principe que « tous les principes constitutionnels ne concernent pas seulement les peines, mais s'étendent à toutes sanctions ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire »⁴⁵¹ ou « non juridictionnelle »⁴⁵². Par conséquent, les sanctions administratives prononcées par des autorités administratives indépendantes relèvent du champ d'application de l'article 8 de la

⁴⁴⁹ Cons. const., 28 juin 2013, déc. n° 2013-329 QPC, Rec. p. 857, JO du 30 juin 2013 p. 10964, consid. 3 et 5.

⁴⁵⁰ Cons. const. 27 janv. 2012, déc. n° 2011-211 QPC, Rec. p. 87, JO du 28 janv. 2012, p. 1674, consid. 4 ; Le Conseil avait considéré que l'interdiction définitive d'inscription sur les listes électorales des notaires et officiers ministériels était une sanction ayant le caractère d'une punition.

⁴⁵¹ Cons. const., déc. n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, JO du 18 janv. 1989, p. 754, Rec. p. 18, cons. 35 à 42.

⁴⁵² Cons. const., déc. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, JO du 1 août 1989, p. 9676, Rec. p. 71, cons. 18., V. également, Cons. const., déc. n° 92-311 DC, 29 juill. 1992, JO du 30 juill. 1992, p. 10261, Rec. p. 73, cons. 5 ; Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, JO du 18 août 1993, p. 11722, Rec. p. 224, cons. 48 ; Cons. const., déc. n° 97-389 DC, 22 avr. 1997, JO du 25 avr. 1997, p. 6271 ; Cons. const., déc. n° 2000-433 DC du 22 juill. 2000, JO du 2 août 2000, p. 11922.

DDHC comme les décisions prises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴⁵³ ou la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet⁴⁵⁴. Le domaine d'application s'étend également aux sanctions administratives prononcées par le pouvoir exécutif ou ses émanations. Tel fut le cas de la possibilité pour le président du Conseil général de suspendre les allocations familiales aux parents ne respectant pas le « contrat de responsabilité parentale » mis en place à l'article L. 222-4-1 du CASF⁴⁵⁵. Tel est également le cas de la majoration décidé par décret en Conseil d'état de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île-de-France en cas d'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'acquittement de la redevance, qui tend à sanctionner les personnes ayant éludé le paiement de cette redevance⁴⁵⁶. Il en va également de même pour des peines disciplinaires instituées par l'article 3 de l'ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945⁴⁵⁷. L'origine de la mesure ne permet donc pas de définir précisément la notion de sanction pénale comme cela pouvait être le cas avant l'entrée en vigueur de la QPC⁴⁵⁸.

Comme ces critères ne permettent pas de définir complètement la peine, il convient d'analyser les critères retenus pour l'identification de la sanction pénale.

B. Les critères retenus pour l'identification d'une sanction pénale

217. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler à de nombreuses reprises que, pour pouvoir être qualifiée de peine, une mesure doit avoir le caractère d'une punition, c'est-à-dire être répressive⁴⁵⁹. Ainsi, une sanction ne peut être ni purement réparatrice (1), ni purement moralisatrice (2).

1. L'exclusion des mesures purement réparatrices

⁴⁵³ Cons. const., 17 janv. 1989. préc.

⁴⁵⁴ Cons. const., déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, JO du 13 juin 2009, p. 9675, Rec. p. 107. consid. 14.

⁴⁵⁵ Cons. const. déc. n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, JO du 2 avr. 2006, p. 4964, Rec. p. 50, consid. 36.

⁴⁵⁶ Cons. const., déc. n° 2012-225 QPC, 30 mars 2012, JO du 31 mars 2012, p. 5917, texte n° 137, Rec. p. 172, consid. 5 et 6.

⁴⁵⁷ Cons. const., déc. n° 2014-385 QPC, 28 mars 2014, JO du 30 mars 2014 page 6202, consid. 5 ; V. également, Cons. const., 27 mars 2014, déc. n° 2014-692 DC, JO du 1 avr. 2014, p. 6232, cons. 25.

⁴⁵⁸ Dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel semblait attacher une certaine importance à l'autorité en charge du prononcé de la mesure. Cela avait conduit la doctrine à retenir le critère de l'origine de la mesure comme critère d'identification : V à ce sujet, M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008, p. 809.

⁴⁵⁹ Cons. const., 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC, JO n°0021 du 25 janv. 2015, p. 1150

218. Le Conseil constitutionnel considère qu'une mesure purement réparatrice n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition. C'est ainsi qu'il a refusé de qualifier de sanction pénale l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 8223-1 du Code du travail due par l'employeur au salarié à l'occasion de la rupture de la relation de travail, lorsque le travail de ce salarié était dissimulé en raison du fait que cette indemnité avait pour objet d'assurer une réparation minimale⁴⁶⁰.

219. *A contrario*, une mesure sera qualifiée de sanction pénale si elle est prononcée en fonction de la culpabilité de l'individu. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel jugeait, s'agissant de la période de sûreté, que « bien que relative à l'exécution de la peine, [elle] n'en relève pas moins de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé »⁴⁶¹. Néanmoins, avec l'introduction du contrôle *a posteriori*, la référence à la culpabilité a disparu. C'est ainsi que l'amende forfaitaire de mille cinq cents euros pour défaut de déclaration annuelle de tout compte bancaire ouvert utilisé ou clos à l'étranger figurant à l'article 1649 A du Code général des impôts constitue une sanction ayant le caractère d'une punition⁴⁶². C'est également le cas s'agissant de la déchéance de nationalité, que le Conseil qualifie de sanction pénale sans aucune explication⁴⁶³.

Si la finalité répressive et non réparatrice semble être un critère fondamental pour qualifier une mesure de sanction pénale, il semble, à la lecture des décisions rendues par le Conseil, que celui-ci s'intéresse à la finalité moralisatrice de la mesure pour considérer qu'il ne s'agit pas d'une sanction pénale.

2. L'exclusion des mesures purement moralisatrices

220. Le Conseil constitutionnel va également utiliser le critère de la finalité purement moralisatrice de la mesure pour la qualifier ou non de sanction pénale.

Dans une décision du 1^{er} avril 2011, le Conseil constitutionnel décida, à propos de l'exclusion d'une personne condamnée pénalement pour des agissements contraires à la probité du

⁴⁶⁰ Cons. const., 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, Rec., p. 163, JO du 26 mars 2011, p. 5407, consid. 4.

⁴⁶¹ Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, cons. 3 et 23.

⁴⁶² Cons. const., 17 sept. 2015, déc. n° 2015-481 QPC, JO n°0217 du 19 sept. 2015 page 16585, consid. 5.

⁴⁶³ Cons. const., 23 janv. 2015, déc. n° 2014-439 QPC, JO n°0021 du 25 janv. 2015, p. 1150.

collège électoral devant élire les juges du tribunal de commerce, que cette mesure ne constituait pas une sanction ayant le caractère d'une punition car « ces dispositions, sans caractère répressif, ont pour but d'assurer que les professionnels amenés à exercer des fonctions de juge présentent des garanties d'intégrité et de moralité »⁴⁶⁴. Le Conseil constitutionnel a réitéré le même raisonnement, dans une décision du 20 mai 2011, s'agissant de l'incapacité et de l'interdiction d'exploiter un débit de boissons pour des personnes qui ont été condamnées pour un crime ou un délit de proxénétisme ou un délit assimilé, ainsi que pour les personnes condamnées à une peine d'au moins un mois d'emprisonnement pour certains délits énumérés aux articles L. 3336-2 et L. 3336-3 du Code de la santé publique⁴⁶⁵. Si ces deux mesures n'ont pas été qualifiées de « mesure ayant le caractère d'une punition » par le Conseil constitutionnel, c'est qu'elles n'ont pas pour objectif de réprimer un comportement mais d'assainir une profession. Enfin, dans une décision du 27 janvier 2012, les Sages ont été amenés à contrôler la conformité de l'article 4 de l'ordonnance du 28 juin 1945, prévoyant une inéligibilité définitive aux chambres, organismes et conseils de notaires et une interdiction définitive d'inscription sur les listes électorales de ces mêmes organismes. Toujours en utilisant le même raisonnement, le Conseil constitutionnel aboutit à deux solutions différentes. Concernant l'inéligibilité définitive, il considère que celle-ci ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition car elle vise à « garantir la moralité des professionnels siégeant dans les organes représentatifs de la profession »⁴⁶⁶. En revanche, s'agissant de l'interdiction définitive d'inscription, il a jugé qu'il s'agissait d'une sanction ayant le caractère d'une punition⁴⁶⁷. Il semble que la distinction opérée par le Conseil constitutionnel porte sur la différence entre peine et mesure de sûreté uniquement tournée vers l'avenir⁴⁶⁸. L'utilisation de ce critère pourrait conduire le Conseil constitutionnel à qualifier de mesures n'ayant pas le caractère d'une punition des peines complémentaires qui n'ont pour finalité que la moralisation d'une profession.

- 221.** Toutefois, nous pourrions avoir un doute sur le bien-fondé de ce critère dans la mesure où, d'une part, le Conseil constitutionnel n'a plus utilisé ce critère d'identification depuis ces trois décisions, et où d'autre part, dans une décision du 3 février 2012, les Sages ont estimé que la

⁴⁶⁴ Cons. const., 1^{er} avr. 2011, déc. n° 2011-114 QPC, Rec., p. 118, JO du 2 avr. 2011, p. 5894, consid., 5.

⁴⁶⁵ Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, Rec., p. 246, JO du 21 mai 2011, p. 8891, consid. 6.

⁴⁶⁶ Cons. const., 27 janv. 2012, déc. n° 2011-211 QPC, Rec., p. 87, JO du 28 janv. 2012, p. 1674, consid. 4 ; *Dr. pén.* 2012, comm. 36, note J.-H., Robert.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, cons. 5.

⁴⁶⁸ E. GARCON, « QPC et notion de sanction pénale », in *La QPC en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, n° XXIII, 2012, p. 96.

perte du grade dont sont frappés de plein droit les militaires condamnés pour crimes ou certains délits énoncés à l'article L. 311-7 du Code de justice militaire constitue une peine⁴⁶⁹. Mais comme l'a très justement indiqué le professeur J.-H. Robert, le Conseil constitutionnel aurait pu décider que cette mesure « tendait à préserver la moralité de l'armée »⁴⁷⁰. Cette hésitation rend l'identification d'une mesure plus hasardeuse⁴⁷¹. Au fond, dans cette casuistique complexe, le Conseil constitutionnel s'attache à distinguer les peines et les mesures de sûreté. Face à ces hésitations, il est regrettable que le Conseil constitutionnel ne suive pas l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme qui suit un raisonnement plus rigoureux. Depuis les arrêts *Welch contre Royaume-Uni*⁴⁷² et *Jamil contre France*⁴⁷³, les juges de Strasbourg commencent par assigner à la mesure un domaine juridique précis pour, ensuite, l'identifier grâce à des critères juridiques propres à la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷⁴.

Si les mesures ne correspondent pas aux critères retenus par le Conseil constitutionnel, ce dernier considérera qu'il s'agit de mesures n'ayant pas le caractère d'une punition et le principe de proportionnalité ne leur sera donc pas applicable.

§2. L'identification des mesures n'ayant pas le caractère d'une punition

- 222.** Les décisions du Conseil constitutionnel montrent la certitude de l'exclusion du principe de nécessité à l'égard des mesures de police (A). En revanche, il se révèle plus hésitant à l'égard des mesures de sûreté (B).

A. La certitude des mesures exclues

- 223.** Les mesures qui ne reçoivent pas la qualification de sanction échappent ainsi aux exigences de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré, dans une décision du 9

⁴⁶⁹ Cons. const., 3 févr. 2012, déc. n° 2011-218 QPC, Rec. p. 107, JO du 4 févr. 2012, p. 2076, cons. 6.

⁴⁷⁰ J.-H., ROBERT, « Distinguos », *Dr. pen.* 2012, comm. 36.

⁴⁷¹ V. PELTIER, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. Pénal* 2011, Étude n° 4.

⁴⁷² CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 307-A, *RSC*, 1996, p. 470, obs. R. Koering-Joulin.

⁴⁷³ CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, n° 347-B, *RSC*, 1995, p. 855, obs. Mesnil du Buisson.

⁴⁷⁴ Voir pour la notion européenne de peine : E. BONIS-GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2015, 2^e éd., p. 49 et s.

octobre 2013⁴⁷⁵, que la décision de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique d'assortir la publication d'une déclaration de situation patrimoniale ou d'une déclaration d'intérêts d'un membre du Gouvernement - en application de l'article 5 de la loi relative à la transparence de la vie publique - ou de publier au Journal officiel un rapport spécial relatif à l'évolution de la situation patrimoniale des Ministres, ne constituent pas des sanctions ayant le caractère d'une punition. La solution fut reconduite, en matière commerciale, à propos de la suspension temporaire des droits de vote instituée par l'article L. 233-14 du Code de commerce et, constatée par le bureau de l'assemblée générale de la société intéressée. Cette mesure ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition car elle n'a d'effet qu'entre les actionnaires et la société, et consiste à priver de certains de ses effets, pendant une durée limitée, une augmentation non déclarée de la participation d'un actionnaire afin que la société puisse tirer les conséquences de cette situation⁴⁷⁶.

224. Les mesures de police. Par ailleurs, la Haute juridiction exclut de l'application de l'article 8 de la DDHC les différentes mesures de police. Il s'agit de mesures tendant à faire cesser le trouble occasionné par l'infraction et à prévenir le risque de récidive. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a considéré que la rétention judiciaire d'un étranger, suite à une décision d'expulsion prononcée par le tribunal sous certaines conditions, ne constituait pas une peine⁴⁷⁷. Cette solution a été rappelée à l'occasion de l'inscription de l'identité d'une personne dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs des infractions sexuelles⁴⁷⁸, ou des mesures conservatoires prises en vertu des dispositions du c) du paragraphe II de l'article L. 313-13 du Code de la construction et de l'habitation, ayant pour objet de permettre qu'il soit mis fin aux manquements des organismes agréés pour la collecte de la participation des employeurs à l'effort de construction⁴⁷⁹. Comme ces dispositions n'ont pas de finalité répressive mais seulement préventive, elles constituent des mesures de police non soumises au principe de nécessité des peines.

⁴⁷⁵ Cons. const. déc. n° 2013-676 QPC, 9 oct. 2013, Rec. p. 972, JO du 12 oct. 2013, p. 16847, texte n° 9, , consid. 49.

⁴⁷⁶ Cons. const., déc. n° 2013-369 QPC, 20 févr. 2014, JO du 2 mars 2014, p. 4119, texte n° 44, consid. 7.

⁴⁷⁷ Cons. const. déc., n° 93-325 DC, 13 août 1993, JO du 18 août 1993, p. 11722, Rec. 224, consid. 111 et 114 ; Cons. const. déc., n° 97-389 DC, 22 avr. 1997, JO du 25 avr. 1997, p. 6271, Rec. p. 45, consid. 65 et 67 ; Cons. const., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, JO du 13 mars 2003, Rec. p. 211, consid. 85.

⁴⁷⁸ Cons. const. déc., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, JO du 10 mars 2004, p. 4637, Rec. p. 66, consid. 74.

⁴⁷⁹ Cons. const. déc. n° 2013-332 QPC, 12 juill. 2013, JO du 14 juill. 2013, p. 11830, Rec. p. 895, consid. 4 et 5.

Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel semble être claire concernant l'exclusion des mesures n'ayant pas le caractère de punition, il n'en va pas de même pour les mesures de sûreté.

B. L'incertitude des mesures exclues

225. Le Conseil constitutionnel s'est efforcé d'élargir le champ d'application de l'article 8 de la DDHC pour y incorporer un grand nombre de mesures pénales ou parapénales. Il semblerait alors logique de penser que les mesures de sûreté mises en place pour limiter le risque de récidive soient soumises au principe de proportionnalité. Néanmoins, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation semblent faire une distinction entre les peines et les mesures de sûreté, les premières étant soumises au principe de proportionnalité et non les secondes.

226. La surveillance judiciaire. En effet, dans une décision du 8 décembre 2005, le Conseil a refusé d'appliquer les dispositions de l'article 8 de la DDHC à la surveillance judiciaire⁴⁸⁰. Le Conseil justifie sa position en considérant improprement que cette mesure est une « modalité d'exécution des peines »⁴⁸¹. La surveillance judiciaire ne serait donc pas une peine puisqu'il s'agirait d'une mesure d'exécution des peines, et ne serait pas non plus une sanction car il s'agit d'une mesure de sûreté. Dans ces conditions, l'application de l'article 8 de la DDHC est inopportune. Cette solution fut d'ailleurs confirmée par la Cour de cassation refusant de considérer l'application du principe de proportionnalité aux mesures de sûreté. La chambre criminelle a ainsi pu rejeter l'application de l'article 8 de la DDHC à une peine d'interdiction définitive d'exercice au motif que cette mesure constituait une mesure de sûreté destinée à prévenir le risque de récidive⁴⁸². Cette solution a été reprise dans une décision du 1^{er} avril 2009, dans laquelle la Cour de cassation a estimé que l'article 42 de la loi du 12 décembre 2005, instituant une mesure de surveillance judiciaire, est compatible avec l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, quand bien même cette mesure ne serait pas soumise au principe de proportionnalité⁴⁸³. C'est

⁴⁸⁰ Cons. const., déc, n° 2005-527 DC, 8 déc. 2005, JO du 13 déc. 2005, p. 19162.

⁴⁸¹ Cons. const., 8 déc. 2005, préc., consid. 13.

⁴⁸² Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88.502, inédit ; *Dr. pén.* 2009, chron. 3, n°11, obs. PELTIER.

⁴⁸³ Cass. crim. 1^{er} avr. 2009, n° 08-84.367 ; *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n° 57, obs. PELTIER ; *AJP* 2009, p. 321, obs. HERZOG-EVANS.

également le cas s'agissant de l'information adressée, par le procureur de la République, au propriétaire d'immeuble, au bailleur ou au propriétaire d'un fonds dans lequel des personnes se livrent à la prostitution en vertu de l'article 706-37 du Code de procédure pénale⁴⁸⁴.

227. Le cas ambigu de la rétention de sûreté. La position des deux Cours semble aller dans le même sens, et opère clairement une distinction entre les peines soumises au principe de proportionnalité, et les mesures de sûreté qui en sont dispensées. Cela aurait pu s'en arrêter là, mais le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 21 février 2008 qui suscite quelques interrogations. Chargé d'apprécier la constitutionnalité de la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, les Sages ont renouvelé leurs positions considérant que ces mesures ne sont pas des peines car elles ne reposent pas sur la culpabilité de la personne mais sur sa dangerosité. Néanmoins, par un jeu d'équilibriste, le Conseil va limiter la portée de son raisonnement en considérant que les atteintes portées aux libertés doivent être nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention de la récidive. Il écarte ainsi le grief de disproportion, non sur le fondement de l'article 8 mais sur celui de l'article 9 de la DDHC, en soutenant que cette mesure ne peut être renouvelée que si elle constitue l'unique moyen de mettre un terme au renouvellement des infractions. Par cette décision, le Conseil semble dégager deux types de mesures de sûreté : les mesures non privatives de liberté pour lesquelles il refuse l'application du principe de proportionnalité et les fait rétroagir, et les mesures privatives de liberté qui ne peuvent rétroagir. Si cette solution semble en accord avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸⁵, cette solution n'est pas pleinement satisfaisante en droit interne. En effet, on constate un rapprochement des notions de peine et de mesure de sûreté ainsi que de leurs régimes juridiques respectifs. La promotion des droits de l'homme, sous l'influence de la CEDH, a contraint les mesures de sûreté à l'application de garanties identiques à celles qui entourent le prononcé de la peine. Les mesures de sûreté sont en effet soumises au principe de la légalité criminelle, si bien qu'il est impossible pour le juge de prononcer une mesure de sûreté qui n'aurait pas été préalablement prévue par le législateur. Par ailleurs, la mesure de sûreté est soumise, comme la peine, au respect des principes d'égalité, de personnalité, et doivent respecter le principe de dignité de la personne humaine. Dès lors, comme le soulignent les Professeurs Garçon et Peltier, « on ne saisit pas d'emblée ce qui justifie que les

⁴⁸⁴ Cass. crim., 9 avr. 2015, n° 15-90.002.

⁴⁸⁵ CEDH, 17 déc. 2009, M c/ All

mesures de sûreté ne soient pas soumises au principe de la légalité criminelle »⁴⁸⁶. De plus, dans une ancienne décision, le Conseil constitutionnel avait affirmé que les principes tirés de l'article 8 « ne concern[ent] pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent au régime des mesures de sûreté qui les assortissent »⁴⁸⁷. Il paraît nécessaire que le Conseil revienne sur sa position afin de faire rentrer toutes les mesures pénales dans le champ d'application de l'article 8 de la DDHC. Cette solution ne devrait d'ailleurs pas changer l'objectif assigné à ces mesures tout en renforçant la cohérence du droit de la peine.

Toutes ces mesures doivent être proportionnées à la gravité du comportement. Cette exigence s'adresse principalement au législateur lorsqu'il édicte une sanction mais le Conseil constitutionnel a toujours été très rétif à l'idée d'effectuer un tel contrôle, dans la mesure où il consisterait à contrôler l'activité du législateur. Aussi, ce contrôle s'entend aujourd'hui d'un contrôle de l'individualisation de la peine.

Section 2. Une répression proportionnée

- 228.** La nécessité d'une peine s'apprécie, pour le Conseil constitutionnel, en fonction de sa proportionnalité. Une peine doit être proportionnée à l'infraction qu'elle sanctionne. Cette exigence est ancienne puisqu'elle avait déjà été formulée par Cesare Beccaria au XVIII^e siècle⁴⁸⁸, mais ne sera consacrée, sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, que dans les années 1980⁴⁸⁹. Le Conseil constitutionnel retient une double conception de la proportionnalité. La première, entre la peine encourue et l'infraction définie par le législateur, est objective et ne tient pas compte des éléments variant d'une infraction à une autre (§.1). Avec l'émergence de l'individualisation de la peine, cette conception subjective a cédé sa place à une autre forme de proportionnalité subjective, entre la peine prononcée et l'infraction commise. La peine n'étant plus seulement conçue en fonction de la gravité de la faute commise, mais aussi des circonstances particulières de chaque affaire. Il s'agit, dès lors, de contrôler l'individualisation de la peine (§. 2).

⁴⁸⁶ E. GARCON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit. 2010, p. 130.

⁴⁸⁷ Cons. const., déc., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, JO du 26 janv. 1994, p. 1380.

⁴⁸⁸ « Tout châtement qui ne découle pas d'une nécessité absolue, dit le grand Montesquieu, est tyrannique, proposition qu'on peut généraliser en disant : tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique », C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, GF- Flammarion, 1965, p. 63.

⁴⁸⁹ Cons. const. 03 sept. 1986, n° 86-215 DC, Rec. p. 130, JO du 05 sept. 1986, p. 10788.

§ 1. Le déclin de la proportionnalité objective

229. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». De ce texte ne visant que le principe de nécessité des peines, le Conseil constitutionnel impose que les peines définies par le législateur soient proportionnées aux infractions définies par la loi⁴⁹⁰. Il convient donc d'étudier la signification de la proportionnalité objective (A) avant de préciser la relativité de son contrôle (B).

A. *Le sens de la proportionnalité objective*

230. Le principe de proportionnalité s'adresse tout d'abord au législateur (1), mais il n'en est pas l'unique destinataire puisque le juge l'est également (2).

1. La signification du principe de proportionnalité à l'égard du législateur

231. Le législateur doit prévoir des peines objectivement proportionnées aux infractions qu'il définit. C'est donc en fonction de la gravité du comportement et de l'intérêt général recherché par le législateur que s'apprécie la proportionnalité. Ce dernier doit donc trouver le bon équilibre entre le comportement réprimé et la peine encourue. Cela repose sur la libre appréciation du législateur, juste représentant du corps social⁴⁹¹. C'est donc à lui que revient de déterminer les valeurs sociales à protéger et les mesures permettant de sanctionner les comportements déviants. Il s'agit bien d'une conception purement objective de la proportionnalité -puisque le législateur ne peut prendre en compte les cas particuliers- et non d'une conception subjective comme a pu le penser le Conseil constitutionnel. En effet, dans une décision du 29 juillet 1994, alors que les requérants invoquaient l'extrême sévérité des sanctions encourues pour l'infraction d'entrave à l'accomplissement des missions des agents

⁴⁹⁰ La jurisprudence du Conseil constitutionnel est à ce sujet plutôt confuse. Il a parfois considéré qu'il s'agissait de deux principes indépendants (Cons. const., 03 sept. 1986, n° 89-215 DC, Rec. p. 130, JO du 05 sept. 1986, p. 10788), et d'autres fois, il contrôle la nécessité des peines en s'assurant de « l'absence de disproportion manifeste » (Cons. const., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, Rec. p. 179, JO du 29 oct. 2009, p. 18292). Il semble qu'il assimile le principe de nécessité et de proportionnalité. Face à cette confusion, il ne faut donc pas prêter trop d'attention à cette terminologie. De toute manière, le principe de nécessité implique le respect du principe de proportionnalité des peines.

⁴⁹¹ « Les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social », C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 65.

administratifs chargés de rechercher et de constater certaines infractions, le Conseil a considéré que ces peines n'étaient pas disproportionnelles car la juridiction avait la possibilité de les prononcer pour « un montant ou une durée inférieurs » à ceux fixés par la loi⁴⁹². Cette solution est bien contestable car bien qu'une peine prévue par une loi ne corresponde qu'au maximum et que le juge dispose de la possibilité d'en faire varier la durée ou le quantum, celle-ci peut quand même être disproportionnée.

2. La signification du principe de proportionnalité à l'égard du juge

232. L'exigence de proportionnalité objective des peines s'applique également au juge. Ainsi, lorsqu'un même fait peut recevoir différentes qualifications auxquelles sont associées différentes peines ou sanctions, le Conseil constitutionnel considère que « *le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues [et] qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect de cette exigence* »⁴⁹³. Le Conseil interdit donc le cumul de peines de même nature⁴⁹⁴. Se faisant, la question de la constitutionnalité de poursuites engagées à la fois devant une juridiction répressive et devant une instance administrative, en particulier en matière économique, se pose. Les Sages de la rue de Montpensier ont eu l'occasion de répondre à cette question dans une décision du 18 mars 2015⁴⁹⁵. Dans cette affaire, des poursuites avaient été engagées pour délit d'initié et manquement d'initié devant le tribunal correctionnel et l'AMF qui avaient donné lieu à deux amendes pécuniaires. Les requérants soutenaient que cette double condamnation contrevenait au principe du *non bis in idem*. Le Conseil rappela d'abord que le cumul de poursuites ne heurtait pas le principe de nécessité des peines, mais il considéra que les sanctions du délit d'initié et du manquement d'initié ne peuvent « être regardées comme de nature différente en raison de corps de règles distinctes devant leur propre ordre de juridiction »⁴⁹⁶. Le Conseil impose une unicité de poursuites, ce qui permet de

⁴⁹² Cons. const., 29 juillet 1994, n° 94-345 DC, Rec. p. 106, JO du 02 août 1994, p. 11240.

⁴⁹³ V. par exemple : Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-260 DC, Rec., p. 71, JO du 01 août 1989, p. 9676 ; Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC, JO du 18 janv. 2013, p. 1294.

⁴⁹⁴ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, Rec. p. 211, JO du 19 mars 2003, p. 4789, consid. 5.

⁴⁹⁵ Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC ;

⁴⁹⁶ *Ibid.*, consid. n° 28.

renforcer l'individualisation de la peine⁴⁹⁷. En effet, le système retenu consistait à imputer la sanction pécuniaire prononcée par le juge pénal sur l'amende décidée par l'autorité administrative⁴⁹⁸. Dès lors, on comprend assez mal comment le juge pénal peut prononcer une sanction alors qu'une peine a déjà été prononcée pour les mêmes faits car, comme il a été dit : « *Puisque la justice est passée et qu'une peine individualisée a été prononcée de manière définitive, il ne reste plus rien à juger... car il n'y a plus rien à adapter, à personnaliser* »⁴⁹⁹.

Cette décision met en lumière l'approche subjectiviste qu'adopte le Conseil constitutionnel pour apprécier la proportionnalité des peines démontrant ainsi que le contrôle objectif de la proportionnalité est assez limité.

B. Le contrôle restreint de la proportionnalité objective

233. La jurisprudence rendue par les organes de contrôle de la loi pénale nous montre que le contrôle objectif de la nécessité de la peine se montre décevant tant au niveau national⁵⁰⁰ (1) qu'en droit externe⁵⁰¹ (2).

1. Le contrôle *a minima* en droit interne.

234. Un contrôle *a posteriori* décevant. Le Conseil constitutionnel a fortement réduit le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la sanction en refusant de substituer son appréciation à celle du législateur. Le Conseil estime régulièrement que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un « *pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* ». À ce titre, il estime, selon une

⁴⁹⁷ N. CATELAN, « Individualisation des peines et ne bis in idem : conciliation et reconstruction », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille Université, n° XXVI, 2015, p. 87.

⁴⁹⁸ Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-83.489, Dr. pen., n° 7-8, juill. 2015, comm. 99.

⁴⁹⁹ N. CATELAN, *op. cit.*, p. 90.

⁵⁰⁰ E. FORTIS, « La nécessité des peines », *RSC* 2012, n° 1, 26 mai 2012, p. 135. Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle restreint de la nécessité de la peine. « D'une part, la nécessité des peines, *stricto sensu*, relève du pouvoir d'appréciation du législateur et non du contrôle du Conseil constitutionnel. D'autre part, le contrôle de constitutionnalité porte sur des principes dérivés de la nécessité des peines, soit le principe de proportionnalité entre l'incrimination et la peine et celui de l'individualisation des peines ».

⁵⁰¹ F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, n° 2, 06 août 2015, p. 257. « La position de la Cour européenne n'est pas très éloignée lorsqu'elle se réfugie derrière l'absence de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe pour ne pas remettre en cause la nécessité de mesures répressives ».

formule de style récurrente, depuis la décision des 19-20 janvier 1981⁵⁰², « *qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* »⁵⁰³. Néanmoins, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue⁵⁰⁴. C'est ainsi que seule l'erreur manifeste d'appréciation peut conduire à la censure du Conseil constitutionnel. Par conséquent, les décisions censurant une loi au visa de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme sont peu nombreuses. À titre d'exemple, le Conseil a retenu une atteinte au principe de nécessité et de proportionnalité dans une décision du 4 décembre 2013⁵⁰⁵. L'article 3 de la loi contestée relative à la lutte contre la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière modifiait l'article 131-38 du code pénal, pour instaurer, dans certains cas, un nouveau critère alternatif de détermination de la peine criminelle ou correctionnelle encourue par les personnes morales. Il prévoit que, pour un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine peut être soit le quintuple du taux maximum de l'amende prévu pour les personnes physiques, soit le dixième du chiffre d'affaires moyen annuel de la personne morale, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. Il prévoit que, pour un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques et lorsque le crime a procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine est soit un million d'euros soit le cinquième du chiffre d'affaires moyen annuel de la personne morale, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. Les Sages ont considéré que le fait que « le législateur a retenu un critère de fixation du montant maximum de la peine encourue qui ne dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires est susceptible de revêtir un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée »⁵⁰⁶.

⁵⁰² Cons. const., n° 80-127 DC, 19-20 janv. 1981, *Loi sécurité-liberté*, cons. 12 et 13.

⁵⁰³ Cons. const., n° 84-176 DC, 25 juillet 1984, consid. 10 ; Cons. const., n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, consid. 7 ; Cons. const., n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, sol. imp. ; Cons. const., n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, consid. 27 ; Cons. const., n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, consid. 24 à 28 ; Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, consid. 31 ; Cons. const., n° 99-411 DC, 16 juin 1999, consid. 13 à 15.

⁵⁰⁴ Cons. const., n° 2007-554 DC, 9 août 2007, cons. 8 ; n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, consid. 34.

⁵⁰⁵ Cons. const., n° 2013-679 DC, 4 décembre 2013, consid. 7 à 10, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique*, E. BONIS-GARCON, *Critère de fixation du montant maximum de la peine encourue par une personne morale*, *Dr. Pén.*, févr. 2014, n° 2, p. 50-51 ; J.-R. ROBERT, *Casuistique autour de la déloyauté des procédures fiscales*, *Dr. Pén.*, févr. 2014, n° 2, p. 38-40.

⁵⁰⁶ Le Conseil constitutionnel avait déjà censuré des dispositions contraires au principe de nécessité comme la décision du 13 août 1993 relative à la loi sur la maîtrise de l'immigration (Cons. const., n° 93-325 DC du 13 août 1993) ou encore celle du 30 décembre 1997 relative à la loi de finance de 1998 (Cons. const., Décision n° 97-395 DC du 30 déc. 1997).

235. Un contrôle *a priori* insatisfaisant. Si le contrôle *a priori* de la conformité des lois à la Constitution s'est montré bien décevant, l'instauration du contrôle *a posteriori* par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas permis d'aboutir à un contrôle plus effectif de la nécessité des peines. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, dans une décision du 7 juin 2013⁵⁰⁷, était saisi d'une QPC relative à la conformité de l'article L. 3124-9 4° du Code des transports. Celui-ci prévoyait « l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'entrer et de séjourner dans l'enceinte d'une ou plusieurs infrastructures aéroportuaires ou portuaires, d'une gare ferroviaire ou routière, ou de leurs dépendances, sans y avoir été préalablement autorisé par les autorités de police territorialement compétentes » aux taxis stationnant aux abords des gares et aéroports sans avoir une autorisation délivrée par les autorités de police compétentes. Les Sages ont conclu que la peine complémentaire était « manifestement disproportionnée »⁵⁰⁸.

Cette jurisprudence démontre que le Conseil constitutionnel exerce alors un contrôle restreint de la nécessité des peines⁵⁰⁹. En effet, pour ne pas effectuer un contrôle frontal de l'activité législative, la jurisprudence du Conseil semble ignorer la substance de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 qui impose un contrôle de la stricte nécessité de la peine et non la seule absence de proportion entre l'infraction et la peine. Ce contrôle ne peut être une garantie suffisante⁵¹⁰ car certaines sanctions disproportionnées peuvent échapper à tout contrôle dans la mesure où elles ne dépassent pas le seuil tolérable par le Conseil constitutionnel. Cette frilosité du Conseil paraît bien étonnante car l'article 8 de la Déclaration de 1789 permet « une possibilité de contrôle plus indirecte mais qui s'avère plus efficace alors que le texte ne donne aucune indication sur les critères d'appréciation de la nécessité dont la détermination du seuil laisse une marge d'appréciation importante »⁵¹¹. Plusieurs auteurs ont indiqué que « l'exigence de proportionnalité ne joue plus qu'un rôle secondaire »⁵¹². Toutefois, il faut relativiser ce propos. Si le contrôle du Conseil

⁵⁰⁷ Cons. const. n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, consid. 18 et 19.

⁵⁰⁸ V. également Cons. const., n° 2011-217 QPC, 3 févr. 2012 concernant la directive « retour » et les sanctions pénales du séjour irrégulier.

⁵⁰⁹ A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, (ss la dir. O. De CAHN et K. PARROT), févr. 2014, Lextenso, p. 102. V. également, A. CAPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal, pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, 2014, n° 411, p. 301.

⁵¹⁰ M. E. CARTIER, « Les principes constitutionnels du droit répressif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 153.

⁵¹¹ B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal), Août 2009.

⁵¹² E. DREYER, *Droit pénal général*, 3^e éd., LexisNexis, 2014, n° 265, p. 202. V., également D. ALLIX, « De la proportionnalité des peines », in *Mél. Soyer*, LGDJ, 2000, p.3.

constitutionnel est effectivement restreint car il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation comparable à celui du législateur, celui-ci ressurgit lorsqu'il s'agit d'adapter la peine à la personne.

236. Le contrôle limité de la Cour de cassation. De son côté, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne semble pas non plus très prompte à exercer un contrôle de proportionnalité. Elle estime régulièrement que les juges n'ont pas à motiver spécialement le choix de la peine qu'ils choisissent dès lors qu'ils se cantonnent aux limites fixées par la loi⁵¹³. Cette liberté accordée aux juges pour le choix de la sanction est vivement critiquée par une partie de la doctrine⁵¹⁴. Cette position de la Cour de cassation est pourtant à saluer car l'exigence de proportionnalité ayant trait à une disposition légale obligerait le juge de contrôler la conformité de la loi à la Constitution, ce qui ne lui est pas permis. Par ailleurs, cette légèreté du contrôle opérée par la Cour de cassation permet au juge de garder une certaine souplesse pour tenter des mesures de réinsertion.

Si le contrôle objectif de la proportionnalité de la peine est relativement limité en droit interne, il convient de se demander si celui-ci est plus effectif en droit externe.

2. Le contrôle adouci en droit externe.

237. Le contrôle opéré par la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne semble effectuer un contrôle plus strict du principe de nécessité et de proportionnalité. Elle a, en effet, consacré le principe de proportionnalité comme principe général du droit communautaire dans une décision du 7 décembre 2000⁵¹⁵. La Cour de justice va alors apprécier la proportionnalité de la peine par rapport au but poursuivi par l'incrimination. Elle prend également en compte les désagréments que peut causer la sanction prononcée⁵¹⁶.

⁵¹³ Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 03-87.470 ; Cass. crim., 8 avr. 2009, *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n° 14, obs. BONIS-GARCON.

⁵¹⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la Chambre criminelle », *Dr. pén.* 2003, chron. 11 ; RASSAT, M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 2006, n° 479, p. 541 ; J.-H.ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.* p. 393 et 394.

⁵¹⁵ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-6213/99, José Teodoro de Andrade c/ Director da Alfândega de Leixôs.

⁵¹⁶ CJCE, 6 juill. 2000, aff. C-356/67, Molkereigenessenschaft Wiedergeltingen eG

238. Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme apprécie la nécessité de la peine par rapport au caractère proportionné de la mesure d'ingérence, prévue par un État, dans l'exercice d'un droit proclamé par la Convention. Il résulte de la jurisprudence de la Cour EDH qu'une sanction est considérée comme disproportionnée lorsqu'elle fait suite à une ingérence non nécessaire dans une société démocratique et qu'elle ne poursuit pas un but légitime. Ainsi, dans l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, la Cour de Strasbourg a estimé que la peine capitale engendrait une « souffrance qui va au-delà de celle que comporte inévitablement une forme donnée de peine légitime »⁵¹⁷. La proportionnalité de la peine constitue bien un critère de conventionalité de la sanction. Le contrôle de la nécessité de la peine opéré par la Cour européenne des droits de l'homme est plus effectif que les autres juridictions⁵¹⁸. Néanmoins, il semble être adouci pour deux raisons.

239. Un changement de critère d'appréciation. La Cour de Strasbourg a été saisie, le 17 janvier 2012, par des requérants qui encouraient une peine d'emprisonnement perpétuelle sans possibilité d'aménagement. Ils invoquaient une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et fondaient leur requête sur une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait indiqué que « l'exécution de peines privatives de liberté à vie et incompressible [peut] poser problème au regard de la Convention lorsqu'il n'existe aucun espoir de pouvoir bénéficier de mesures telles que la libération conditionnelle »⁵¹⁹.

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a modifié sa jurisprudence en admettant la régularité des peines perpétuelles qui ne sont pas manifestement disproportionnées. La Cour de Strasbourg fait découler la nécessité de la peine perpétuelle de la gravité du comportement des requérants⁵²⁰. Ces arrêts s'écartent fondamentalement de l'ancienne position de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour de Strasbourg considérait qu'une peine perpétuelle pouvait soulever une question au regard de la

⁵¹⁷ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/Royaume-Uni*, RTDH 1990.5, obs. GANSHOF VAN DER MEERSH ; Rev. Sc. Crim. 1989.786, obs. PETTITI R.

⁵¹⁸ A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in *Le principe de nécessité en droit pénal* (ss. La dir. O. De CAHN et K. PARROT), Lextenso Editions, 2013, p. 104. ; V. égal., Les étudiants du Master 2 Recherche droit pénal de Bordeaux, « La nécessité des peines », *Dr. Pén.*, n° 9, sept. 2011, étd. 17.

⁵¹⁹ CEDH, 11 avril 2006, *Léger c/ France*.

⁵²⁰ CEDH, 17 janv. 2012, *Harkins et Edward c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 17 janv. 2012, *Vinters et autres c/ Royaume-Uni*.

compatibilité avec l'article 3 de la Convention⁵²¹ sauf « si le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition »⁵²².

À partir de ces arrêts de 2012, on peut constater que la Cour européenne des droits de l'homme prend en compte la personnalité pour savoir si une peine perpétuelle est conforme au principe de proportionnalité de la peine. On peut donc remarquer que la nécessité de la peine est appréciée au regard des circonstances propres à chaque espèce, au requérant, à la gravité des actes commis, et les conséquences de la sanction sur l'individu. Cela témoigne d'un mouvement de subjectivisation de la nécessité de la peine conduisant à concevoir la nécessité de la peine au regard de son individualisation.

240. Un effritement du principe de nécessité. Ce changement de fondement laisse apparaître un certain effritement du principe de nécessité, voire une manifestation de son déclin. Néanmoins, ne nous y trompons pas, le principe de nécessité et le principe d'individualisation de la peine ont un lien étroit. L'un est un principe préalable et objectif tandis que l'autre est un principe relatif à l'application *in concreto* de la peine, qui est donc subjectif. Le principe de nécessité suppose une adaptation de la peine à l'infraction. Il s'agit alors d'une conception « abstraite »⁵²³ de la nécessité de la peine. Quant au principe d'individualisation, il suppose une adaptation de la peine à l'individu, il s'agit alors d'une conception « concrète »⁵²⁴ et subjective de la nécessité de la peine. Les deux principes ne s'opposent donc pas car ils ne s'adressent pas au même acteur. L'un est destiné à contrôler l'activité du législateur et, le second, l'activité du juge.

§ 2. L'émergence d'une proportionnalité subjective

241. Le contrôle objectif de la proportionnalité de la répression, effectué par le Conseil constitutionnel a été remplacé par un contrôle subjectif consistant en un contrôle de l'individualisation de la sanction pénale. Ainsi, il convient d'une part, d'analyser les sources de cette subjectivisation (A), avant d'en préciser les détails (B).

⁵²¹ CEDH, 16 oct. 2001, Einhorn c/ France.

⁵²² CEDH, Gr. ch., 12 févr. 2008, Kalkaris c/ Chypre, JDI 2009, 1021, note O. BACHELET.

⁵²³ A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, thèse Paris 2, 06 déc. 2011, n° 407.

⁵²⁴ *Ibid.* n° 414.

A. Les sources de cette subjectivisation

242. L'individualisation des peines, dégagée tardivement par le Conseil constitutionnel, en la faisant découler du principe de nécessité, consacre corrélativement l'aspect subjectif du principe de nécessité et de proportionnalité qui en découle (2). Ce dernier n'en est pas pourtant pas la seule source puisque cette subjectivisation trouve son essence parmi les doctrines pénales (1).

1. Une origine doctrinale

243. La subjectivisation du principe de nécessité par l'émergence du principe d'individualisation trouve son origine tout d'abord au sein des doctrines pénales (a). Toutefois, un autre principe semble également sous-jacent au principe d'individualisation des peines : celui de la responsabilité pénale personnelle (b).

a. Des origines théoriques.

244. Unanimement critiqués par la doctrine, les travaux de l'école positiviste italienne ont apporté un regard nouveau en ce qui concerne la répression. Rompant avec la conception traditionnelle, celle-ci ne doit plus être conçue comme une réponse objective -fondée sur l'infraction- mais subjective, c'est-à-dire adaptée à la personnalité du délinquant et à sa dangerosité. Fondé sur le déterminisme des personnes, l'aspect rétributif de la sanction n'a alors aucun sens. Pour les partisans de cette théorie, des mesures de protection sociale prononcées *ante delictum* devraient être instituées. Bien que le postulat anthropologique sur lequel repose cette École ait largement été attaqué, certains de ses éléments ont inspiré le droit positif⁵²⁵. Elle a tout d'abord entraîné l'instauration de mesures de sûreté⁵²⁶ mais elle a surtout permis de repenser radicalement l'approche de la sanction pénale en se basant non sur l'acte mais sur l'infracteur, participant ainsi à la subjectivisation de la nécessité de la peine, c'est-à-dire à son individualisation.

⁵²⁵ N. TABERT, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, PUAM, 2007, 239 p.

⁵²⁶ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, pour l'instauration de la surveillance judiciaire des personnes dangereuses ; V. également, 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.

Cette approche subjectiviste de la peine sera reprise par Saleilles au XIX^e siècle. Tout en s'écartant de l'idée de déterminisme, il fonde sa théorie sur l'intimidation collective adaptée au délinquant. Il s'ensuit que la peine doit donc être individualisée et prononcée par un juge qui est seul capable de comprendre l'infraction et l'infracteur.

Ensuite, cette conception subjective de la proportionnalité de la peine apparaît également au sein des partisans de la doctrine de la défense sociale. En effet, Gramatica fonde le principe d'individualisation sur celui de la dignité. Il s'agit alors d'humaniser la peine, donc de la subjectiviser. Marc Ancel reprend cette théorie et avance l'idée selon laquelle le délinquant doit être remis dans le droit chemin par un traitement approprié, respectueux de sa dignité. Par ailleurs, la proportionnalité subjective trouve également ses origines dans la conception du principe de la responsabilité pénale personnelle.

b. Un lien avec le principe de la responsabilité pénale personnelle.

245. Expliquant la démarche sociale menant à l'identification du responsable pénal d'un fait donné, Fauconnet indique que dès que les émotions aboutissent à l'incrimination d'un acte, « *la responsabilité est créée, sans qu'il y ait encore de responsable. Elle plane sur tous. Elle préexiste, flottante, et elle se fixe ensuite sur tels ou tels sujets* ». Le raisonnement juridique intervient pour adapter la répression au délinquant. Pour permettre cette adaptation possible, notre droit pénal a consacré, depuis le milieu du XIX^e siècle⁵²⁷, le principe de la personnalité pénale. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler, à de nombreuses reprises, que « *nul n'est punissable qu'en raison de son fait personnel* »⁵²⁸. Ce principe fut inscrit dans le Code pénal de 1992 à l'article 121-1 disposant « *nul n'est pénalement responsable que de son propre fait* ».

Le principe de responsabilité personnelle a d'ailleurs reçu valeur constitutionnelle. Il fut tout d'abord implicitement consacré par le Conseil constitutionnel dans une décision du 2 décembre 1976⁵²⁹. Il ne fût consacré à part entière par le Conseil constitutionnel qu'à partir de la décision rendue le 16 juin 1999. Découlant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, le Conseil considère que « *nul n'est punissable que de son propre fait* »⁵³⁰. Cette consécration était prévisible d'après de nombreux auteurs : « une consécration dont nul

⁵²⁷ Cass. crim., 3 mars 1859, *B.*, n° 69.

⁵²⁸ Cass. crim., 3 mars 1933, *B.*, n° 49 ; Cass. crim., 16 déc. 1948, *B.*, n°291 ; Cass. crim., 28 févr. 1956, *JCP*, II, 9304, *obs.* de Lestang.

⁵²⁹ Cons. const., n° 70 DC du 2 déc. 1976, *Rec.* 39 ; *JO*, 7 déc., p. 7052.

⁵³⁰ Cons. const., n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *consid.* n° 7.

n'avait douté »⁵³¹. Par ailleurs, les Sages ont eu l'occasion de rappeler les exigences découlant du principe de responsabilité personnelle en matière pénale. Dans une décision du 25 février 2010⁵³², le Conseil a indiqué que, d'une part, « nul n'est punissable que de son propre fait » et, d'autre part, « en matière de crimes et délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés », et enfin, le législateur ne peut instituer de présomption de culpabilité en matière répressive. Néanmoins, s'agissant de ce principe, il est regrettable que les dispositions du 22 juillet 1992 portant réforme du Code pénal n'aient pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité en ce qu'ils énoncent en leur article 121-1 le principe de responsabilité personnelle et le contredisent immédiatement en déclarant les personnes morales responsables d'infractions qui ne sont pas les leurs puisqu'elles ont été commises « pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Certains auteurs ont pu parler de responsabilité du « fait d'autrui »⁵³³. Cette terminologie semble néanmoins contestable car il s'agit bien d'une responsabilité personnelle en ce que l'infraction est imputée, ce qui est normal, au responsable de la personne morale.

Il s'en suit que nul n'est punissable que de sa propre faute. Les juges prononcent une peine à l'encontre d'une personne bien déterminée : l'auteur des faits. L'auteur d'une infraction est nécessairement un être humain, un individu. C'est ainsi que le professeur Dana a pu écrire que « l'infraction est une action humaine »⁵³⁴. Ainsi donc, une peine résultant d'une responsabilité personnelle ne peut être qu'individuelle, c'est-à-dire individualisée. Denis Salas le rappelle d'ailleurs en indiquant que le sens de la peine s'enracine dans le postulat de la responsabilité, l'individualisation devient alors le « critère de son application »⁵³⁵.

- 246.** Le principe de la responsabilité personnelle en matière pénale et l'évolution des doctrines ont contribué à la subjectivisation du principe de nécessité de la peine en ce qu'ils ont mis en exergue la place centrale de l'individu dans le processus décisionnel conduisant à prononcer une sanction pénale. Ce faisant, il est alors normal de considérer qu'une peine est nécessaire si elle est proportionnée en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Néanmoins, l'impact de cette subjectivisation sur la nécessité des peines n'a reçu une consécration constitutionnelle que tardivement.

⁵³¹ H. ROBERT, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, août 2009.

⁵³² Cons. const. n° 2010-604 DC du 25 févr. 2010, consid. 11.

⁵³³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, 24^e éd., Précis Dalloz, 2015, p. 315 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, 4^e éd., p. 266.

⁵³⁴ A.-C. DANA, *Théorie générale de l'infraction pénale*, Thèse Lyon III, 1982.

⁵³⁵ D. SALAS, « Une relecture de l'individualisation de la peine », in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, sous la dir. de R. OTTENHOF, Erès, 2001, p. 202.

2. Une origine prétorienne

247. Le Conseil constitutionnel s'est petit à petit « imprégné »⁵³⁶ du principe d'individualisation qu'il déduit du principe de nécessité et de proportionnalité des peines (a) pour enfin l'ériger constitutionnellement en principe autonome (b).

a. Le principe d'individualisation déduit du principe de nécessité.

248. Ne figurant pas dans le bloc de constitutionnalité, le principe d'individualisation de la peine a été reconnu, par le Conseil constitutionnel, par étapes successives.

Les Sages de la rue de Montpensier avaient officieusement commencé à affirmer les principaux éléments du principe d'individualisation en se référant au principe de nécessité.

Dans une décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel censure une mesure d'interdiction du territoire au visa du principe de nécessité des peines. Dans cette affaire, le législateur avait institué, dans le cadre de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, une mesure d'interdiction du territoire. Cette mesure était appliquée automatiquement en cas d'arrêté de reconduite à la frontière. Le Conseil censura cette interdiction de plein droit du territoire français en vertu du principe de nécessité consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁵³⁷. Au fond, ce qui est sanctionné dans cette décision est l'automatisme de la mesure et laisse entrevoir la consécration de l'une des principales exigences du principe d'individualisation de la peine : la liberté du pouvoir d'adaptation de la peine par le juge.

Le Conseil constitutionnel a poursuivi son œuvre de subjectivisation par une décision du 20 janvier 1994 relative à l'institution de peine incompressible⁵³⁸. Le Conseil constitutionnel va, à cette occasion, indiquer que le principe de nécessité et de proportionnalité s'étend aux mesures de sûreté qui accompagnent le prononcé d'une peine. Il va surtout préciser les objectifs de la peine. Il considère ainsi que « *l'exécution des peines privatives de liberté en*

⁵³⁶ T. DI MANNO, « Réserves d'interprétation et « droit vivant » », in, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (sous la direction de) *La constitutionnalisation des branches du droit ; Actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes*, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 1998, p. 42.

⁵³⁷ Cons. const., décision n°93-325 DC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, JO 18 août 1993, p. 11722 ; Rec., p. 224, consid. 48-49.

⁵³⁸ Cons. const., décision n° 93-334 DC, 20 janv. 1994, JO 26 janv. 1994, p. 1380, Rec., p. 27, RFDC, 1994, p. 353, note T. S. Renoux, *D.* 1995, Som. Com. P. 293 et 340.

matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »⁵³⁹. Toujours sous couvert des principes de nécessité et de proportionnalité, le Conseil consacre pourtant les raisons même du principe d'individualisation que sont l'amendement et la réinsertion du délinquant.

Enfin, dans une décision du 15 mars 1999, sur le fondement du principe de nécessité, le juge constitutionnel a déclaré certaines incapacités électorales inconstitutionnelles du fait de leur caractère automatique. Plus précisément, il déclare que « *le principe de nécessité des peines implique que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce* »⁵⁴⁰. À cette occasion, le Conseil va faire preuve d'initiative car il ne s'est pas contenté de contrôler la conformité à la Constitution de la loi déferée mais a apprécié la constitutionnalité des dispositions législatives déjà en vigueur. En effet, selon le Conseil, la nouvelle disposition modifiait l'ancienne. Comme a pu l'écrire le Professeur Molfessis, c'est par un « phénomène d'attraction »⁵⁴¹ que le Conseil a déclaré les dispositions contestées inconstitutionnelles, alors même que le contrôle *a posteriori* n'existait pas encore.

À travers ces décisions, le principe d'individualisation apparaît en « filigrane »⁵⁴² mais son autonomisation n'interviendra que plus tardivement.

b. L'autonomisation du principe d'individualisation par rapport au principe de nécessité.

249. Il n'existe aucune disposition dans le « bloc de constitutionnalité » prévoyant le principe d'individualisation. Cela n'est pas très surprenant dans la mesure où il contrevient au principe de légalité, véritable dogme du droit pénal issu des Lumières. Néanmoins, après avoir déclaré que l'individualisation de la peine ne présentait pas d'incompatibilité avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi⁵⁴³, le Conseil constitutionnel a progressivement autonomisé le principe d'individualisation en lui conférant une valeur constitutionnelle que certains auteurs qualifient de « *relative* »⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Cons. const., décision n° 93-334 DC, 20 janv. 1994, consid. 12.

⁵⁴⁰ Cons. const., décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie

⁵⁴¹ N. MOLFESSIS, « Sources du droit en droit interne », *RTD civ.* juill.-sept. 1999, n°3, p. 726.

⁵⁴² C. TZUTZUIANO, « Les dernières peines accessoires à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *In* <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN1/tzutzuianoTD1.pdf>.

⁵⁴³ Cons. const., 27 juill. 1978, JO 29 juill. 1978, p. 2949.

⁵⁴⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009, n° 941. Tous les auteurs ne partagent pas cette classification. Voir par ex. PRADEL J., *D.* 1981, *chron.*, p. 101.

Le conseil constitutionnel a ainsi, dans un premier temps, affirmé, dans la décision des 19 et 20 janvier 1981, que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « *n'implique pas que la nécessité des peines doive être appréciée du seul point de vue de la personnalité du condamné et encore moins, qu'à cette fin, le juge doive être revêtu d'un pouvoir arbitraire que, précisément, l'article 8 de la Déclaration de 1789 a entendu proscrire* ». Il poursuit en ajoutant que « *si la législation française a fait une place importante à l'individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale* »⁵⁴⁵. En affirmant cela, le Conseil constitutionnel reconnaît qu'il s'agit d'un des fondements de la répression pénale. Cette décision marque le commencement de la reconnaissance de la valeur du principe de l'individualisation.

Ce n'est qu'avec la décision du 22 juillet 2005⁵⁴⁶ concernant la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité que le Conseil constitutionnel mentionne pour la première fois le principe d'individualisation des peines. Il précise que ce principe découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Par cette décision, les Sages ont donné au principe d'individualisation un contenu positif. En effet, le principe ne constitue plus un « sous-principe » déduit du principe de nécessité mais en constitue un à part entière. Toutefois, le Conseil a toutefois limité l'étendue de la valeur juridique du principe d'individualisation en ne le plaçant pas au même niveau que d'autres grands principes constitutionnels.

Pour achever son œuvre d'autonomisation, le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa décision du 9 août 2007⁵⁴⁷, les contours du principe d'individualisation. Le juge constitutionnel utilise de nouveau l'expression « principe d'individualisation » pour indiquer qu'il n'empêche pas une répression effective des infractions et cela n'implique pas que la peine soit exclusivement déterminée par la personnalité de l'auteur de l'infraction. Dans cette décision, le juge constitutionnel détermine les implications du principe d'individualisation en tant que principe autonome.

La consécration tardive de la valeur constitutionnelle du principe d'individualisation peut interloquer au regard de la place cardinale qu'il occupe aujourd'hui. Toutefois, il est possible de l'expliquer par une certaine défiance, certes ancienne, mais toujours sous-jacente, à l'égard du juge. En effet, avant de consacrer ce principe, il était indispensable de reconnaître

⁵⁴⁵ Cons. const., n° 80-127 DC, 19 et 20 janv. 1981, 15^{ème} et 16^{ème} cons.

⁵⁴⁶ Cons. const., n° 2005-520 DC, 22 juill. 2005.

⁵⁴⁷ Cons. const., décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, 13^{ème} cons.

l'étendue du pouvoir des juges. Cette faveur a été d'autant plus difficile à obtenir que le pouvoir d'individualisation accordé au juge fait de lui un véritable acteur indispensable pour la réalisation des objectifs de la peine.

Par ailleurs, en autonomisant ce principe, le Conseil constitutionnel procède à une véritable constitutionnalisation du droit pénal marquant ainsi un phénomène de circulation entre les différentes branches du droit. Pour assurer l'effectivité des normes constitutionnelles, le Conseil opère un contrôle *a priori* des lois qui lui sont déférées. Ce mécanisme a permis l'émergence de principes cardinaux comme le principe d'individualisation de la peine. Pour maintenir l'effectivité des normes ainsi dégagées, il était nécessaire d'octroyer au Conseil constitutionnel un véritable pouvoir de contrôle, ce qui fut possible par l'instauration de la QPC⁵⁴⁸. Ce contrôle *a posteriori* a permis au Conseil d'apporter certaines précisions sur les principes qu'il avait dégagés. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a été saisi de plusieurs requêtes afin de clarifier sa position au sujet des peines accessoires qui sont contraires à l'individualisation, du fait de leur caractère automatique. Il a ainsi pu reconnaître la nécessité d'une peine individualisée, c'est-à-dire adaptée à l'auteur des faits et des circonstances propres à chaque espèce. Si certains ont pu y voir une « dénaturation »⁵⁴⁹ du principe de nécessité des peines, il faut plutôt concevoir le principe d'individualisation comme un nouveau moyen de contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des peines.

Enfin, le Conseil constitutionnel a étendu le champ d'application du principe d'individualisation dans une décision du 19 novembre 2009⁵⁵⁰. Après avoir réaffirmé la valeur constitutionnelle du principe, il n'a apporté aucune réserve au fait d'attribuer au juge de l'application des peines le pouvoir de fixer les modalités d'individualisation des peines.

- 250.** L'augmentation des pouvoirs d'individualisation des peines reconnues aux juges a contribué à affaiblir l'exigence de proportionnalité abstraite⁵⁵¹. Avec l'émergence d'une conception subjective du principe de nécessité aboutissant au dégagement et à la consécration du principe d'individualisation, la peine n'est plus seulement prononcée en fonction de la gravité objective de l'infraction mais des circonstances propres à chaque espèce. Le principe d'individualisation des peines conduit alors à une nécessité concrète de la peine.

⁵⁴⁸ Question préalable de culpabilité mise en place par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

⁵⁴⁹ *La nécessité des peines*, Les étudiants du Master 2 Recherche droit pénal de Bordeaux, *D. pen.* n°9, sept. 2011, *étud.* 17.

⁵⁵⁰ Cons. const., 19 nov. 2009, n° 2009-593 DC, *Loi pénitentiaire*, consid. 3.

⁵⁵¹ *La nécessité des peines*, Les étudiants du Master 2 Recherche droit pénal de Bordeaux, *op. cit.*

B. Les effets de la subjectivisation

251. Le contrôle subjectif de la proportionnalité de la peine consiste pour le Conseil constitutionnel à protéger le pouvoir d'individualisation du juge (1), tout en admettant une possible restriction de celui-ci afin que le législateur assure une répression effective des infractions (2).

1. La nécessité de protéger le pouvoir d'individualisation du juge.

252. Si le contrôle de la proportionnalité de la peine ne porte plus sur la peine encourue mais sur la peine prononcée, le juge doit pouvoir être libre de choisir la sanction la plus adéquate. Il peut donc décider de prononcer ou non une sanction et d'en fixer les modalités de mise en œuvre. Autrement dit, pour pouvoir apprécier la nécessité d'une peine, le juge pénal doit être en mesure de l'individualiser. Ainsi, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il contrôle la proportionnalité d'une peine, apprécie d'une part la nécessité de son prononcé (a) et, d'autre part, sa modulation (b).

a. Une peine prononcée

253. Quand un texte contient une sanction devant être prononcée par le juge pénal, il a toutes les chances d'être déclaré conforme à la Constitution dans la mesure où le juge dispose de la liberté de prononcer ou non la peine. Néanmoins, la question de savoir si des peines automatiques peuvent être conformes à la Constitution se pose.

254. Interdiction des peines automatiques. Une peine automatique, ou peine accessoire, est une peine attachée de plein droit à certaines condamnations pénales sans qu'il soit nécessaire que le juge la prononce. Ces peines accessoires ont été supprimées du Code pénal lors de sa réforme le 22 juillet 1992. L'article 132-17 du Code pénal dispose : « *Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée* ». Le Conseil constitutionnel a consacré l'interdiction des peines accessoires dans la décision du 13 août 1993⁵⁵², bien avant que ne soit reconnu le principe d'individualisation des peines. S'il semble acquis que le juge

⁵⁵² Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, Rec., p. 224, JO du 18 août 1993, p. 11722.

V. également, Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, Rec., p. 333, JO du 31 déc. 1997, p. 19313.

doit pouvoir être en mesure de prononcer une peine, certaines peines accessoires échappent à cette interdiction des peines automatiques du fait de leur présence en dehors du Code pénal. L'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a permis au Conseil constitutionnel de réaffirmer la liberté du juge d'apprécier la nécessité de prononcer une peine. Les Sages de la rue de Montpensier ont eu l'occasion de rappeler, au visa de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ce principe de nombreuses fois. Ils l'ont fait pour la première fois dans une décision du 11 juin 2010⁵⁵³ concernant l'interdiction d'inscription sur la liste électorale imposée par l'article L.7 du code électoral. Ils ont déclaré à cette occasion que « le principe d'individualisation des peines qui découle de cet article implique que la peine [...] ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances de chaque espèce ». Le Conseil a, par la suite, confirmé cette solution dans de nombreuses décisions⁵⁵⁴. La doctrine s'est d'ailleurs félicitée de la disparition des peines automatiques⁵⁵⁵.

Néanmoins certains auteurs ont critiqué cette position du Conseil constitutionnel car ils considéraient que les condamnés pouvaient toujours demander le relèvement de la peine accessoire⁵⁵⁶. En effet, l'article 132-21 du Code pénal a permis la possibilité d'ordonner le relèvement, soit au moment de la condamnation, soit ultérieurement, d'une peine automatique. Selon le second alinéa du texte, « toute personne frappée d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque qui résulte de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale, peut, par le jugement de condamnation ou par jugement ultérieur, être relevée en tout ou en partie, y compris en ce qui concerne la durée, de cette interdiction, déchéance ou incapacité, dans les conditions fixées par le code de procédure pénale ». Cette position ne nous convainc pas car le juge demeure quand même privé de la liberté d'apprécier l'utilité du prononcé de la peine.

Par ailleurs, pour le Conseil, il importe que la peine soit prononcée par le juge en tenant compte des circonstances de chaque espèce, ce qui revient à pouvoir moduler librement la peine.

⁵⁵³ Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, Rec., p.111, JO du 12 juin 2010, p. 10849, cons. 5.

⁵⁵⁴ Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC, Rec., p. 255, JO du 30 sept. 2010, cons. 3 ; Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, JO du 11 déc. 2010, p. 21710, cons. 3 ; Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-103 QPC, JO du 18 mars 2011, p. 4934, cons. 4 ; Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-105/106 QPC, JO du 18 mars 2011, p. 4935, cons. 5 ; Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-162 QPC, JO du 17 sept. 2011, p. 15999, cons. 3 ; Cons. const. 03 févr. 2012, n° 2011-218 QPC, JO du 04 févr. 2012, p. 2076, cons. 6.

⁵⁵⁵ D. THOMAS, « L'article 132-17 et la disparition des peines automatiques », in *Le nouveau Code pénal dix ans après*, ss dir. D. Thomas : Pédone, 2005, p. 70.

⁵⁵⁶ L. LETURMY, « Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires. Une conception à repenser du principe d'individualisation », *AJ pénal* 2011, p. 280.

b. Une peine modulée

255. Pour qu'une peine soit nécessaire et proportionnée, il est indispensable que le juge puisse être en mesure de la moduler, c'est-à-dire de l'individualiser.

S'agissant des peines principales, le code pénal assure la validité de ces mesures car elles sont dépourvues de minimum. Le juge dispose alors de toute latitude pour choisir la sanction la plus adéquate. Si cela ne semble pas poser de problème s'agissant des peines principales, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler cette exigence concernant les peines complémentaires.

S'agissant des peines complémentaires, il en existe deux types : les unes sont facultatives, c'est-à-dire que le juge n'est pas tenu de les prononcer et, les autres sont obligatoires, pouvant donner lieu à un relèvement. Le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité des peines complémentaires facultatives. Toutefois, un doute subsiste concernant les peines complémentaires facultatives non modulables concernant par exemple la confiscation spéciale⁵⁵⁷. Le Conseil a validé ces peines complémentaires facultatives non modulables à l'occasion de l'examen de l'ancien article L. 341-1 du Code électoral qui permettait au juge de prononcer une inéligibilité pendant un an à l'encontre de celui qui n'a pas déposé régulièrement son compte de campagne ou dont le compte a été rejeté car le texte « lui permet de tenir compte, dans le prononcé de cette inéligibilité des circonstances de chaque espèce »⁵⁵⁸.

256. Les peines complémentaires obligatoires. S'agissant des peines complémentaires obligatoires susceptibles de relèvement immédiat, le Conseil constitutionnel a énoncé, dans un considérant de principe, que « le principe d'individualisation des peines [...] implique que la peine [...] ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce »⁵⁵⁹. Le Conseil constitutionnel a ainsi admis la constitutionnalité de plusieurs peines complémentaires obligatoires. Ce fut le cas tout d'abord de l'annulation du permis de conduire et de l'interdiction de le solliciter pendant trois ans en cas de condamnations commises en état de récidive légale. Les Sages ont observé que

⁵⁵⁷ C. pén., art. 131-21.

⁵⁵⁸ Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-117 QPC.

⁵⁵⁹ Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC, Rec., p. 255 ; Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC, Rec., p. 257 ; Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, Rec., p. 382.

le juge avait l'obligation de prononcer cette peine mais ils ont indiqué que celui-ci pouvait appliquer les dispositions relatives aux dispenses et relèvements des peines et pouvait fixer la durée de l'interdiction dans la limite du maximum de trois ans⁵⁶⁰. Ce fut également le cas pour la publication de la condamnation pour publicité mensongère. Le Conseil considère que le juge peut faire varier les modalités de la publication de telle sorte qu'il n'est pas privé de son pouvoir d'individualisation⁵⁶¹. Plus récemment, les Sages de la rue de Montpensier ont adopté la même solution concernant l'affichage de la condamnation assimilée à une peine dès lors que le juge contrôle la nécessité de cette peine et son adéquation au comportement incriminé : « la mesure de publication de la sanction administrative ne [peut] être appliquée que si l'administration, sous le contrôle du juge, l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce »⁵⁶². *A contrario*, le Conseil a déclaré, dans une décision du 10 décembre 2010⁵⁶³ contraire à la Constitution, la peine complémentaire obligatoire de publication de la condamnation pour fraude fiscale. Il relève qu'il s'agit d'une peine obligatoire dont le juge pénal ne peut faire varier la durée ou les modalités de l'affichage.

257. Conditions d'une peine proportionnée. Dans ces jurisprudences, le Conseil semble dégager deux conditions permettant de conclure à la constitutionnalité d'une peine : la nécessité de la mesure et son individualisation.

Le Conseil constitutionnel analyse l'objectif recherché par le législateur et si la peine est nécessaire et proportionnée à la réalisation de cet objectif. Il peut s'agir « de garantir la sécurité routière, améliorer la prévention et renforcer la répression des atteintes à la sécurité des biens et des personnes provoquées par la conduite sous l'influence de l'alcool »⁵⁶⁴, assurer la fonction réparatrice de la sanction pénale, ou encore assurer la sincérité du suffrage⁵⁶⁵. Le Conseil ne semble pas *a priori* hostile à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions. Le caractère obligatoire de certaines peines complémentaires ne semble pas être un obstacle pour le Conseil alors même que « le juge

⁵⁶⁰ Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC, Rec., p. 255.

⁵⁶¹ Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC, Rec., p. 257.

⁵⁶² Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-329 QPC, JO du 30 juin 2013, cons. 3.

⁵⁶³ Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, Rec., p. 382.

⁵⁶⁴ Cons. const., 29 sept. 2010, op. cit.

⁵⁶⁵ Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, JORF du 18 mai 2013, p. 8258, texte n° 5, Rec., p. 695, cons. 30.

n'est pas entièrement libre d'apprécier la nécessité de les faire exécuter au condamné »⁵⁶⁶, tant que ces dernières tiennent compte des circonstances de l'espèce et de la personnalité du délinquant. Pour ce faire, le Conseil retient deux éléments : le relèvement de peine et l'adaptation de la peine par le juge en prenant en compte les éléments propres à chaque espèce. Le relèvement de peine prévu à l'article 132-21 du Code pénal ne semble cependant pas complètement déterminant. En effet, à propos des peines accessoires, le Conseil les considère inconstitutionnelles malgré une possibilité de relèvement mais valide des peines complémentaires obligatoires pouvant être relevées. Il semblerait alors que pour les premières, le relèvement ne soit pas une mesure d'individualisation à la différence des secondes. Pour pallier cette contradiction, le Conseil ajoute, à propos des peines complémentaires obligatoires, qu'elles doivent être modulées en tenant compte des circonstances de chaque espèce. Le Conseil semble donc considérer que le relèvement à lui seul ne peut suffire à rendre la peine individualisée. Comme l'a indiqué le Professeur ROBERT, « le relèvement n'éteint pas le principe même de la peine »⁵⁶⁷.

258. Néanmoins ces solutions nous laissent quelque peu perplexe. En effet, le Conseil constitutionnel ne semble pas tenir compte des catégories pénales existantes, complexifiant encore un peu plus une matière qui l'est déjà beaucoup. Cela a conduit le législateur à adopter des peines complémentaires mixtes menaçant la catégorie des peines complémentaires obligatoires et facultatives. La loi du 6 mars 2012⁵⁶⁸ a créé des peines complémentaires obligatoires, mais dont la juridiction peut décider de ne pas les prononcer, au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de leur auteur. Le juge ne se trouve alors plus contraint de prononcer la sanction, si bien que le critère de distinction entre les peines complémentaires obligatoires et facultatives n'est plus pertinent. La distinction entre les deux réside alors dans l'obligation pour le juge de motiver spécialement sa décision s'il décide de ne pas recourir à une peine complémentaire obligatoire. Face à ce mouvement de rapprochement entre les peines complémentaires facultatives et obligatoires, une partie de la doctrine a annoncé la disparition des peines complémentaires obligatoires⁵⁶⁹. On ne peut que

⁵⁶⁶ V. PELTIER, « QPC et individualisation de la sanction », *Les nouveaux problèmes actuels de Sciences criminelles*, PUAM, 2012, p. 116.

⁵⁶⁷ J.-H. ROBERT, « Pronostics déçus », *Dr. Pen.* 2010, n° 11, com. 122.

⁵⁶⁸ L., n° 2012-304, 6 mars 2012, JO du 7 mars 2012, p. 4200.

⁵⁶⁹ PELTIER V., *op. cit.*, p. 117.

souhaiter une telle modification, notamment depuis une décision récente du Conseil constitutionnel du 16 mai 2013⁵⁷⁰ brouillant un peu plus les catégories pénales existantes.

Par ailleurs, le Conseil a eu à se prononcer sur la validité de l'article L. 118-3 du code électoral prévoyant que le juge électoral, saisi par la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, peut prononcer une peine automatique d'inéligibilité des deux candidats du même binôme, soit lorsque le compte de campagne fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales, soit lorsque le compte n'a pas été déposé dans les conditions et le délai prescrit à l'article L. 52-12 du Code électoral, soit enfin lorsque le compte a été rejeté en cas de fraude ou de manquement d'une particulière gravité au financement des campagnes électorales. Cette inéligibilité, qui peut être prononcée pour une durée maximale de trois ans, s'applique à toutes les élections mais n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision. Le juge qui prononce l'inéligibilité des membres d'un binôme proclamé élu doit annuler son élection ou, si l'élection n'a pas été constatée, déclarer les membres du binôme démissionnaires d'office. Le Conseil écarte le grief de la violation du principe d'individualisation car il appartient au juge de tenir compte, dans le prononcé des inéligibilités, des circonstances de chaque espèce. Le raisonnement du Conseil constitutionnel est alors le même que celui des peines complémentaires obligatoires. Le législateur peut donc fixer une peine obligatoire s'il laisse au juge le soin de la moduler. Ces dispositions, pourtant déclarées conformes à la Constitution, sont toutefois contraires au principe de personnalité des peines, qui impose qu'une sanction ne soit appliquée qu'à une personne. De plus, cette décision semble marquer un net recul du Conseil dans sa volonté d'éradiquer les peines accessoires en considérant une peine automatique conforme à la Constitution dans la mesure où elle peut être modulée. Si « *la peine complémentaire présente une filiation certaine avec la peine accessoire* »⁵⁷¹, elle s'en distingue par le fait que si le tribunal omet de ne pas prononcer une peine complémentaire obligatoire, elle ne sera pas appliquée à la différence de la peine accessoire. Cette distinction semble assez illusoire et une partie de la doctrine a critiqué la différence de traitement entre les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires⁵⁷². En effet, dans les deux cas « *le juge répressif n'a pas*

⁵⁷⁰ Cons. const., déc., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, Rec., p. 695, JO du 18 mai 2013, p. 8258, consid. 27 à 30.

⁵⁷¹ M. GIACOPELLI, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 2011, n° 1, p. 154.

⁵⁷² C. LAZERGES, « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence », *RSC* 2011, p. 193 et s., spéc. p. 199 et s. ; A. MARON, J.-H. ROBERT, M. VERON, « Droit pénal et procédure pénale », *Chron.*, *JCP G* 2011, 191, n° 6 ; V. PELTIER, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. Pén.* 2011, étude 4 ; M.-C. SORDINO, « Le principe de personnalisation de la peine à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *Gaz. Pal.* 2 déc. 2010, p. 19.

à s'interroger sur l'opportunité de [les] ordonner »⁵⁷³. Il est « privé du droit de (les) écarter, même au cas où il serait convaincu de leur caractère inapproprié »⁵⁷⁴. Par cette décision, le Conseil constitutionnel jette un peu plus le doute sur le sort des peines automatiques⁵⁷⁵. Il serait alors souhaitable que cette haute institution clarifie sa position concernant la distinction entre les peines complémentaires obligatoires et les peines accessoires.

Si le Conseil constitutionnel contrôle la liberté accordée aux juges pour individualiser la peine, il peut également la limiter afin d'assurer l'effectivité de la sanction pénale.

2. La faculté de restreindre le pouvoir d'individualisation du juge.

259. Le Conseil constitutionnel a admis une limitation du pouvoir d'adaptation de la peine par le juge lorsqu'il s'agit d'assurer une répression effective des infractions. À cet égard, le Conseil constitutionnel a reconnu la possibilité, pour le législateur, d'instaurer des peines minimales en matière pénale (a) et des taux fixes en matière fiscale (b).

a. Une limitation en matière pénale

260. Les peines plancher. La première restriction à laquelle le Conseil constitutionnel a dû répondre concerne les peines minimums instaurées dans le Code pénal pour renforcer la lutte contre la récidive. Le législateur avait inséré, dans le Code pénal, les articles 132-18-1 et 132-19-1 prévoyant des peines minimales en cas de récidive légale pour les crimes et les délits. Ces articles prévoyaient que le juge pouvait descendre en dessous des seuils fixés par la loi et même de prononcer une autre peine que l'emprisonnement en matière délictuelle, si les circonstances de l'infraction, la personnalité de l'auteur ou les garanties d'insertion ou de réinsertion que le justifient. En cas de grande récidive, le juge ne pouvait écarter l'application de la peine plancher qu'en cas de garanties « exceptionnelles » d'insertion ou de réinsertion et le juge devait se prononcer par une décision spécialement motivée. Par cette loi du 10 août 2007, le législateur avait renoué avec le mécanisme des peines en vigueur sous l'empire du Code de 1810. En effet, le Code permettait de ne descendre en deçà des minimums fixés par les textes de qualification qu'en cas de circonstances atténuantes.

⁵⁷³ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, « Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes aux principes constitutionnels », *JCP G* 22 oct. 2010, p. 2168.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ B. BOULOC., « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire », *D.* 2011, p. 929.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 9 août 2007⁵⁷⁶, a considéré que les peines plancher ne portent pas atteintes au principe d'individualisation des peines, car la juridiction qui prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, conservent le pouvoir d'assortir la peine, au moins partiellement, d'un sursis avec mise à l'épreuve et ne dérogent pas aux dispositions spéciales du code pénal qui prévoient une atténuation de responsabilité pénale pour trouble psychique ou neuropsychique. Il en va également de même lorsque les infractions sont commises en cas de seconde récidive. Le Conseil constitutionnel a également déclaré cette disposition conforme à la Constitution car, d'une part, « *la restriction de la possibilité d'atténuer la peine a été prévue par le législateur pour assurer la répression effective de faits particulièrement graves et lutter contre leur récidive* » et, d'autre part, le juge peut prononcer une peine inférieure aux seuils fixés par la loi si l'intéressé présente des « *garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* ». Force est de constater qu'il s'agit d'une véritable atteinte à la liberté du juge dans son pouvoir d'individualiser les peines compte tenu de l'extrême difficulté pour déroger à l'application des peines plancher. Le juge doit ainsi caractériser précisément les garanties d'insertion, et la tâche n'est pas simple concernant la motivation des garanties exceptionnelles prévues en cas de grande récidive.

261. L'amende forfaitaire. La restriction du pouvoir d'individualisation de la peine aurait pu être bien plus importante si le juge n'avait pas la possibilité de descendre en dessous des seuils imposés par le législateur. Le juge constitutionnel a accentué la restriction du pouvoir du juge en se prononçant, le 16 septembre 2011⁵⁷⁷, sur la conformité de l'article 530-1 du Code de procédure pénale à la Constitution concernant la procédure de l'amende forfaitaire.

L'article 530-1 du Code de procédure pénale prévoit qu'en « *cas de condamnation, l'amende prononcée ne peut être inférieure au montant de l'amende ou de l'indemnité forfaitaire* » pour l'amende forfaitaire ou « *être inférieure au montant de l'amende forfaitaire majorée* ». Le Conseil constitutionnel a considéré cette disposition conforme à la Constitution car elle « *laisse au juge le soin de fixer la peine dans les limites, d'une part, de l'amende forfaitaire ou de l'amende forfaitaire majorée et, d'autre part, du maximum de l'amende encouru.* ». De plus, le juge peut « *proportionner le montant de l'amende à la gravité de la contravention commise, à la personnalité de son auteur et à ses ressources* ». Il s'agit d'une véritable

⁵⁷⁶ Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC, Rec., p. 303, JO du 11 août 2007, p. 13478, consid. 15 à 19.

⁵⁷⁷ Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-162 QPC, JO du 17 sept. 2011, p. 15599, cons.3 et 4.

attaque à la liberté du juge car la loi contient une peine minimale sans que le juge puisse la moduler. Toutefois, le Conseil constitutionnel valide cette disposition car elle ne s'applique « *qu'aux contraventions les moins graves* ». On peut être surpris par cette solution car dans la décision du 9 août 2007, les Sages avaient soumis la validité des peines plancher à une nécessaire modulation de la peine. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a été amené à opérer une distinction entre les peines peu graves pour lesquelles le législateur peut adopter lui-même des peines fixes et des peines d'emprisonnement fixes qui doivent pouvoir toujours être modulées. Cette position a de quoi surprendre, mais le principe de l'amende forfaitaire ne semble pas méconnaître la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a, en effet, décidé que, quoique le mécanisme de l'amende forfaitaire entrave l'accès au juge, il poursuit un but légitime qui est de « *prévenir l'exercice de recours abusifs et dilatoires* » et d'éviter « *l'encombrement excessif du rôle du tribunal de police dans le domaine de la circulation routière qui concerne l'ensemble de la population et se prête à des contestations fréquentes* »⁵⁷⁸. Cet argument ne nous convainc pas. Il serait préférable que cette procédure relève des seules autorités administratives. Le juge judiciaire retrouverait toute sa liberté et serait déchargé d'une très grosse partie de son contentieux. La jurisprudence du Conseil retrouverait également plus de lisibilité entre la matière pénale et la matière extra-pénale qui pourraient connaître certaines limitations.

b. Une limitation en matière extra-pénale

262. Une limitation en matière fiscale. Le Conseil constitutionnel a admis une restriction au pouvoir d'individualisation de la peine par le juge en matière fiscale. Dans une décision du 30 décembre 1997⁵⁷⁹, relative à la loi de finance de 1998, les Sages ont dû se prononcer sur la validité de l'article 1740 ter du Code général des impôts qui sanctionnait par une amende égale à 50 % du montant de la facture qui ne correspondait pas à la livraison d'un service réel. Le juge n'avait alors pas la possibilité de déroger à ce taux. Le Conseil constitutionnel a déclaré cette sanction fiscale conforme à la constitution indiquant que le législateur n'avait « pas établi une amende fiscale manifestement disproportionnée au manquement ».

Les Sages de la rue de Montpensier ont de nouveau été saisis en 2011 par deux questions prioritaires de constitutionnalité, relatives, pour l'une, à la constitutionnalité de l'article

⁵⁷⁸ CEDH, 29 avr. 2008, Thomas c/ France : RSC 2008, p. 697, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁵⁷⁹ Cons. const., 30 déc. 1997, n° 91-395 DC, Rec., p. 333, JO du 31 déc. 1997, p. 19313.

1729⁵⁸⁰ du code général des impôts et, pour l'autre, de l'article 1728⁵⁸¹ du même code. L'article 1729 prévoit une majoration fixe de 40 % du montant des droits dûs au Trésor public en cas de mauvaise foi du contribuable qui aurait volontairement commis des insuffisances dans la déclaration de base d'imposition ou des éléments servant à la liquidation de l'impôt. La majoration peut être portée à 80 % si le contribuable s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses ou d'abus de droit. L'article 1728 du code général des impôts prévoit une majoration de 40 % du montant des droits en cas de défauts ou de retards volontaires de déclaration de base d'imposition ou des éléments retenus pour la liquidation de l'impôt. La majoration peut être portée à 80 % lorsque les documents demandés n'ont pas été déposés dans les trente jours suivant la réception d'une deuxième mise en demeure notifiée dans les mêmes formes que la première ou en cas de découverte d'une activité occulte. Le Conseil constitutionnel a déclaré ces deux dispositions conformes à la Constitution en estimant que « *la loi a elle-même assuré la modulation des peines en fonction de la gravité des comportements réprimés* ». Il rajoute que « *le juge décide, dans chaque cas, après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, soit de maintenir la majoration effectivement encourue aux taux prévus par la loi, soit de lui substituer un autre taux parmi ceux prévus par la loi, soit de ne laisser à la charge du contribuable que les intérêts de retard* ». Le Conseil constitutionnel a réitéré cette solution dans plusieurs décisions⁵⁸². La position du Conseil en matière des taux fixes est bien arrêtée : c'est au législateur que revient le pouvoir de proportionner la peine à l'infraction commise et non au juge qui se contentera soit d'appliquer le taux, soit de ne pas l'appliquer en fonction des droits mis à la charge du contribuable. Ces solutions ont de quoi surprendre car elles restreignent considérablement le pouvoir du juge. En effet, comme le taux est déterminé par la loi, celle-ci ne prend pas en compte la personnalité et les mobiles de l'infraction pourtant indispensable à l'adaptation de la peine. Plus récemment, la chambre criminelle, dans un arrêt du 25 février 2015, a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à l'article 8 de la Déclaration de 1789 de l'article 1745 du Code général des impôts instituant une solidarité pour dettes fiscales fraudées malgré le fait que le juge pénal n'a pas la possibilité de moduler l'étendue de cette

⁵⁸⁰ Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, Rec., p. 142, JO du 18 mars 2011, p. 4934, consid. 5 et 6.

⁵⁸¹ Cons. const., 17 mars 2011, n° 2010-105/106 QPC, Rec., p. 148, JO du 18 mars 2011, p. 4935, texte n° 95, consid. 6 et 7.

⁵⁸² Cons. const., 20 juill. 2012, n° 2012-267 QPC, Rec., p. 394, JO du 21 juill. 2012, p. 12003, cons. 3 à 5 ; Cons. const., 7 mars 2014, n° 2013-371 QPC, JO du 9 mars 2014, p. 5035, texte n° 29, consid. 7 et 10.

solidarité⁵⁸³. Pour la Cour de cassation, cette mesure est dépourvue de caractère punitif car la personne qui a dû s'acquitter des sommes fraudées dispose d'une action récursoire contre le débiteur principal et peut contester le bien-fondé et l'exigibilité de cette dette devant les juridictions compétentes.

Conclusion du chapitre 1.

263. À travers ces décisions, c'est une individualisation a minima⁵⁸⁴ qui semble avoir été retenue par le Conseil constitutionnel, privilégiant une répression effective en matière fiscale par la loi plutôt qu'une véritable individualisation de la sanction par le juge. S'il est besoin de se rassurer, il convient de noter que ces décisions ne concernent que la matière fiscale. Il serait souhaitable que le Conseil constitutionnel harmonise sa jurisprudence concernant l'individualisation de la peine afin de renforcer son contrôle et asseoir son effectivité.

⁵⁸³ Cass. crim., 25 févr. 2015, n° 14-85.300.

⁵⁸⁴ E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la matière pénale - La QPC et les attentes déçues... », *JCP G* 11 sept. 2011, n° 37, p. 976.

Chapitre 2. L'individualisation, utile à la resocialisation

264. La peine ne consiste pas uniquement en la restitution mesurée de la faute commise mais doit consister en un pari sur le futur, en espérant un changement de comportement de l'auteur d'une infraction⁵⁸⁵. Cette idée apparaît avec les défenseurs de l'école de la Défense sociale nouvelle qui considérait que la peine a pour « *but essentiel la resocialisation du délinquant* »⁵⁸⁶. Cette double nature de la peine fut inscrite dans le Code pénal à l'article 132-24⁵⁸⁷, abrogé aujourd'hui et remplacé par l'article 130-1⁵⁸⁸ du Code pénal. Cet objectif de réinsertion sociale a également été affirmé par le Conseil constitutionnel qui a précisé que « *l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion* »⁵⁸⁹. Néanmoins, cette conception traditionnelle semble quelque peu mise à mal par l'échec des réponses pénales traditionnelles que sont l'emprisonnement et les mesures de traitements sociaux. Ce constat d'échec doit nous permettre de nous interroger sur une nouvelle définition de la resocialisation qui devrait conduire, comme le préconisait Marc Ancel, à une responsabilisation du condamné (section 1). Cette nouvelle pédagogie de la responsabilité devrait s'accompagner d'un décroisement du prononcé de la peine pour associer

⁵⁸⁵ J. WALTHER, « À justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC* 2007, p. 23.

⁵⁸⁶ M. ANCEL, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de Défense sociale », *RSC* 1973, p. 193.

⁵⁸⁷ « La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions », art. 132-24 al. 2 abrogé par la loi du 15 août 2014.

⁵⁸⁸ L'article 130-1 du Code pénal réintroduit la notion d'amendement qui avait été abandonnée en raison de sa forte connotation religieuse. Il s'agit alors de faire du délinquant un homme respectable, mais n'est-ce pas déjà le cas lorsqu'il est réinséré ?

⁵⁸⁹ Cons. const., n° 93-334, 20 janv. 1994, JO du 26 janv. 1994, p. 1380, Rec., p. 27.

davantage l'auteur de l'infraction, la victime et les acteurs de la vie civile. Cependant, celle-ci se heurte à de nombreuses difficultés pratiques rendant sa mise en œuvre limitée (section 2).

Section 1. Développer une nouvelle conception de la resocialisation

265. La resocialisation du délinquant constitue la finalité de l'individualisation de la réponse pénale. Celle-ci doit permettre de prendre en considération la personnalité du délinquant pour parvenir à trouver un traitement de resocialisation permettant d'empêcher la récidive⁵⁹⁰. Cette conception de la peine va connaître un succès sans précédent avec l'adoption de l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante, qui privilégie l'éducatif sur le répressif, et avec l'adoption du Code de procédure pénale en 1958. L'enthousiasme du traitement social du délinquant semble aujourd'hui remis en cause en raison du développement d'une pression sécuritaire importante⁵⁹¹ et par un taux de récidive important (§1). Dès lors, il convient de nous demander s'il ne faudrait pas repenser le traitement de réinsertion sociale. L'individualisation de la sanction pénale devrait favoriser la responsabilisation du délinquant ce qui devrait, selon nous, faire baisser le taux de récidive, car une peine où le condamné est son propre acteur est plus efficace qu'une peine subie (§2).

§1. L'insuffisance de la conception traditionnelle de la resocialisation

266. La peine ne doit pas seulement réprimée une faute commise, elle doit nécessairement être tournée vers le futur car son objectif est d'éviter le renouvellement des infractions. Ainsi, la répression doit reposer sur une « *rationalité prospective* »⁵⁹². En effet, la peine est « *un pari, un risque calculé ou un investissement chargé d'espoir ; elle contient un projet pour l'avenir* »⁵⁹³. Selon cette conception de la peine, l'objectif d'amendement occupe une place particulièrement importante. Cela se manifeste par l'usage de traitements sociaux permettant

⁵⁹⁰ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981, p. 249.

⁵⁹¹ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Pluriel, 2005, p. 40.

⁵⁹² P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Thémis, PUF, p. 59.

⁵⁹³ *Ibid.* p. 58.

aux délinquants de se resocialiser (A). Cependant, cette conception de la peine a montré ses limites, se montrant incapable d'endiguer la récidive (B).

A. *Une mesure de traitement social.*

267. La peine ne doit pas seulement réprimer une faute commise, elle doit nécessairement être tournée vers le futur car son objectif est d'éviter le renouvellement des infractions. Ainsi, la répression doit reposer sur une « rationalité prospective ». En effet, la peine est « un pari, un risque calculé ou un investissement chargé d'espoir ; elle contient un projet pour l'avenir ». Selon cette conception de la peine, l'objectif de dissuasion occupe une place particulièrement importante. La peine doit dissuader de commettre une infraction et se justifie par cette utilité. La prévention de la réitération d'infractions se manifeste en essayant de modifier son comportement par une mesure de traitement social (1). Pour atteindre cet objectif de la peine, plusieurs mesures ont été proposées (2).

1. Le principe de la resocialisation

268. La fonction éducative de la peine existe depuis longtemps dans les esprits des utilitaristes, même si elle n'est pas la première. La peine doit, autant que faire se peut, être correctrice. Dès l'Antiquité, Socrate demandait qu'on enseigne surtout comment ne plus commettre d'infraction en donnant une instruction et une formation qui feraient défaut aux délinquants⁵⁹⁴. Platon considérait que « *la peine devait être orientée vers le futur, éliminatoire pour les criminels incorrigibles et, véritable médecine de l'âme pour les amendables* »⁵⁹⁵. Elle se retrouve également dans la pensée chrétienne avec l'idée d'une peine qui puisse corriger et améliorer le criminel. La peine doit permettre au pécheur de « *se redresser psychologiquement* »⁵⁹⁶. Il s'agit de la notion d'amendement. Au XVII^e siècle, Hobbes et Pufendorf ont repris ces notions de correction et d'amendement et plus généralement, sous l'Ancien Régime, l'amélioration du délinquant devient l'objectif de la peine pour certaines catégories de personnes : les mineurs, les mendiants et les vagabonds. En 1764 seront d'ailleurs établis pour ces derniers des dépôts de mendicité, dans lesquels ils auront du travail.

⁵⁹⁴ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, 4^e éd., Précis Dalloz, p. 11.

⁵⁹⁵ E. ROTMAN, « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Recueils d'études en hommage à Marc ANCEL, T2, *Etudes de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pédone, 1975, p. 164.

⁵⁹⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Tome 1 : Problèmes de la science criminelle*, Droit pénal général, Paris, Cujas, 1997, 7^e éd., p. 107.

269. Un tournant apparaît à la fin du XIX^e siècle, avec les progrès de la science. En effet, il s'est développé un Courant de criminologie clinique expliquant le passage à l'acte par le déterminisme. Celui-ci développa divers moyens de lutte contre le crime parmi lesquels l'attribution à la peine d'une fonction consistant à traiter le délinquant par des moyens médicaux. L'école de la Défense sociale nouvelle, dont Marc Ancel fut l'illustre fondateur, a repris le postulat fondé sur le rôle du déterminisme mais prôna la resocialisation du délinquant par un traitement approprié⁵⁹⁷. L'idée naît que la peine doit permettre au délinquant la vie en société, grâce à une individualisation très poussée de la peine et dans le respect des droits fondamentaux. Sans rejeter l'idée de responsabilité morale, l'École de la Défense sociale invite ainsi à étudier la personnalité de chaque délinquant afin de le traiter de la meilleure façon possible, aussi bien par une peine que par une mesure de sûreté, fondues en un système unique de sanctions⁵⁹⁸. Les positivistes, et les tenants de la Défense sociale ont permis le développement de textes importants⁵⁹⁹, mais ce n'est qu'en 1994, à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, que leurs théories furent consacrées de façon plus large. Le nouveau code pénal a consacré en effet le principe d'individualisation de la peine dans son article 132-24. Dans sa décision du 20 janvier 1994⁶⁰⁰, le Conseil constitutionnel a énoncé que la peine contribue à assurer la sécurité de la société tout en favorisant l'amendement du condamné et la préparation de sa réinsertion. Néanmoins la réinsertion sociale pose une ambiguïté. Comme l'indique Raymond Gassin, la fonction de réinsertion « *implique trois postulats : que le respect de la loi soit le résultat d'une socialisation de l'individu, de son adaptation à la vie sociale, que le délit commis soit la conséquence d'une socialisation ou adaptation insuffisante ou manquée, que cette carence puisse être comblée par une action de réadaptation sociale ou de resocialisation* »⁶⁰¹. Cela signifierait que la commission d'une infraction serait le fruit d'une mauvaise adaptation à la société. Mais la question qui peut se poser est celle de savoir si cela est toujours vrai. Les blessures occasionnées par un

⁵⁹⁷ M. ANCEL, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de Défense sociale », *RSC* 1973, p. 193.

⁵⁹⁸ M. ANCEL, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de Défense sociale », *RSC* 1973, p. 191 et s. Pour une critique de la théorie de l'unification des sanctions pénales, voir J. DE ASUA, « La mesure de sûreté – Sa mesure et ses rapports avec la peine », *RSC* 1954, p. 21 et s.

⁵⁹⁹ L'introduction en 1958 de l'examen de personnalité, du sursis avec mise à l'épreuve et du juge de l'application des peines fait partie des évolutions issues des idées ancéliennes. Des lois postérieures ont parachevé cela soit en renforçant les acquis issus de 1958 pour arriver avec la loi du 9 mars 2004 à la juridictionnalisation complète de l'application des peines en créant le tribunal de l'application des peines, soit en étendant ces mesures à de nouveaux domaines (la loi du 17 juillet 1970 va créer le contrôle judiciaire, la semi-liberté et le régime des peines mixtes ; À ces nouvelles mesures viendront ensuite s'ajouter le placement à l'extérieur, le placement sous surveillance électronique, le fractionnement de la peine, le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, la dispense et l'ajournement de peine.

⁶⁰⁰ Cons. const., déc. n° 93-334 DC, 20 janv. 1994, *JO* 1994 p. 1380, Rec. p. 27, consid. 12.

⁶⁰¹ R. GASSIN, S. CIMANONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 733.

conducteur ayant consommé trop d'alcool sont-elles le fruit d'une adaptation insuffisante ou manquée ? Un président directeur général ayant détourné les fonds de sa société souffre-t-il d'une socialisation insuffisante ? Il nous semble que non. La notion de réinsertion est de ce point de vue problématique. Pour contourner la difficulté, on pourrait utiliser une vision plus abstraite de la réinsertion en considérant que le délit place la personne hors la loi et que cela l'écarte de la société, et non comme l'indiquait Raymond Gassin, qu'il y ait passage à l'acte à cause d'une socialisation insuffisante. Ainsi, le problème de l'automobiliste sous l'empire d'un état alcoolique ou du président de société ne se pose plus. Le problème pourrait également être réglé en utilisant un autre terme que « réinsertion sociale ». On pourrait utiliser le vocable « amendement » qui signifie devenir un honnête homme. Ce terme est connu depuis Platon puis repris par les théologiens catholiques Saint-Augustin et Saint Thomas. Cette fonction était tombée en désuétude en partie à cause de sa connotation religieuse. En effet l'article 132-24 ne visait que « *la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné* ». Cependant, le nouvel article 130-1 du Code pénal dispose en son deuxième alinéa que la peine doit permettre de favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du délinquant. Cet ajout nous semble opportun pour régler le problème terminologique de la réinsertion.

2. Le développement des mesures resocialisantes

270. L'idée d'une sanction resocialisante préconisée par Marc Ancel va trouver un écho favorable auprès du législateur dès 1958. Depuis, le champ de ces mesures n'a cessé de croître, ce qui montre l'immense impact de l'École de la Défense sociale nouvelle. Sans rentrer dans le détail de ces mesures, nous nous contenterons, ici d'en donner une première présentation sommaire⁶⁰² en dissociant, comme Raymond Gassin⁶⁰³, la première influence de la Défense sociale jusqu'en 1970 et la seconde, marquée par un élargissement du champ des mesures de réinsertion sociale.

271. La première série de mesures resocialisantes a été adoptée dans le Code de procédure pénale en 1958. Le législateur va introduire des mesures phares de l'individualisation de la peine. Il s'agit de l'introduction de l'examen de personnalité, du sursis avec mise à l'épreuve qui

⁶⁰² Cf. Partie. 2

⁶⁰³ R. GASSIN, « Influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporains », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, t. II*, Recueil d'études en l'hommage à Marc Ancel, Etudes de science pénale et de politique criminelle, Paris, Ed. A. Pedone, 1975, p. 5 et 13.

permet au délinquant de suivre un traitement de resocialisation en milieu ouvert sous le contrôle d'un agent de probation et surtout la création du juge de l'application⁶⁰⁴ des peines, compétent pour « *intervenir sur l'ensemble de l'application des sanctions pénales* »⁶⁰⁵.

272. À partir des années 1970, une seconde période s'ouvre. Elle est marquée, tout d'abord, par le renforcement des mesures de la première période. Les conditions d'octroi du sursis avec mise à l'épreuve ainsi que les modalités de la révocation pour inobservation des obligations ont été étendues et les obligations imposées au condamné ont été diversifiées⁶⁰⁶. Les prérogatives des magistrats de l'application des peines ont été considérablement développées, avec notamment la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence, qui a juridictionnalisé l'application des peines et permis au condamné d'interjeter appel de ses décisions. À cela, on peut ajouter la loi du 9 mars 2004 créant le tribunal de l'application des peines. Dans le même temps, le législateur a étendu la resocialisation à de nouveaux domaines. La loi du 17 juillet 1970 a créé le contrôle judiciaire afin d'éviter le placement en détention provisoire dans le cadre d'une information judiciaire et a introduit de nouvelles techniques d'individualisation de la peine avec la semi-liberté et le régime des peines mixtes. Ces mesures seront ensuite complétées par le placement extérieur, le placement sous surveillance électronique, le fractionnement de la peine, le travail d'intérêt général, la dispense et l'ajournement de peine. Enfin, ce dispositif fut complété par l'introduction, avec la loi du 15 août 2014, d'une nouvelle mesure de probation à la française : la contrainte pénale figurant à l'article 131-4-1 du Code pénal.

Après l'enthousiasme des vertus des traitements de resocialisation depuis les années 1970, la désillusion a pris le relais. L'utilité de ces mesures est aujourd'hui remise en cause par le taux important de récidive des détenus et par l'efficacité limitée des traitements sociaux.

B. Une conception de la peine remise en cause

273. La fonction essentielle assignée à la peine est de dissuader le délinquant de réitérer une infraction soit en le neutralisant par le biais d'une sanction privative de liberté, soit en lui

⁶⁰⁴ La proposition de créer un juge spécialisé dans l'application des peines avait été proposée par la commission Amor en 1945.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁶⁰⁶ Certains ont critiqué cette diversification en soutenant qu'elle permettrait de prévenir l'échec de la resocialisation. V. B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la Défense sociale nouvelle*, L'Harmattan, 2010, p. 144 et s. De notre point de vue, il nous semble que la prévention de l'échec de la resocialisation est dû non pas à la diversification des obligations mais à la crainte de l'emprisonnement.

appliquant une mesure de réadaptation sociale. On pourrait dès lors parler de « traitement pénal » du délinquant. Les diverses études évaluatives sur l'efficacité des sanctions pénales ont essayé de répondre à deux questions. Tout d'abord, la peine réussit-elle à modifier les comportements du condamné ? (1). Il semble qu'il y ait un « *décalage entre le modèle idéal des psychothérapies et leur réalisation* »⁶⁰⁷ Ensuite, la peine réussit-elle à dissuader le délinquant de commettre des infractions ? Les conclusions de ces études insistent sur l'inefficacité des traitements pénaux traditionnels que Maurice Cusson nomme « *effet zéro du traitement* »⁶⁰⁸. Malgré cela, nous verrons que l'efficacité d'une peine aménagée semble être plus efficace qu'une peine privative de liberté n'ayant fait l'objet d'aucun aménagement de peine. (2).

1. La persistance de la récidive

274. Après un enthousiasme de plusieurs années pour développer des mesures de resocialisation, comme le travail d'intérêt général, le sursis avec mise à l'épreuve, le placement en semi-liberté, le placement à l'extérieur ou encore le placement sous surveillance électronique, afin de dissuader le condamné de passer de nouveau à l'acte, la déception a pris le relais. L'efficacité du traitement pénal traditionnel par le prononcé d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de resocialisation est remise en cause par le taux de récidive (a) qui peut s'expliquer par de nombreux éléments intrinsèques ou extrinsèques (b).

a. Le taux de récidive comme signe d'inefficacité

275. Comme l'indique Pierre Poncela, « *la question de l'efficacité de la peine est, le plus souvent, réduite à celle de la récidive* »⁶⁰⁹. Il faut pourtant reconnaître que ce taux constitue le seul véritable indicateur empirique de mesure de l'efficacité de la sanction pénale. En effet, Christian Debuyst indique qu'une « *bonne adaptation sociale se caractérise par l'absence de récidive. Ce que demande la collectivité, c'est que la mesure de traitement diminue ou supprime le danger du sujet* »⁶¹⁰. Toutefois, une réserve peut être émise en ce qui concerne les personnes qui récidivent mais qui ne se font pas arrêter par les forces de l'ordre. Sont-ils

⁶⁰⁷ R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2011, p. 744.

⁶⁰⁸ M. CUSSON, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 31 et s.

⁶⁰⁹ P. PONCELA, *op. cit.*, p. 456.

⁶¹⁰ C. DEBUYST, « Point de vue de la psychologie expérimentale et de la psychologie clinique », in *Comité européen pour les problèmes criminels, L'efficacité des peines et autres mesures de traitements*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1967, p. 133.

inadaptés à la vie en société ? Il nous semble que non, car cela ne les empêche pas de mener une vie familiale et professionnelle.

276. Un problème de définitions. Néanmoins, il faut se poser la question de la définition de la récidive car, comme l'indique Pierre Poncela, sur plusieurs études réalisées sur la récidive, une seule retient la définition légale⁶¹¹. Le taux de récidive ne sera donc pas le même en fonction de la définition plus ou moins restrictive que l'on attribue à cette notion. Elle peut être définie comme le fait, pour une personne déjà condamnée définitivement pour une infraction, de commettre une nouvelle infraction, soit de même nature, soit de nature différente, dans les délais prévus par la loi. Le Code pénal envisage quatre cas de récidive. La récidive de crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement à crime (art. 132-8 CP) : il s'agit d'une récidive générale et perpétuelle. Ensuite, le législateur envisage la récidive de crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement à délit (art. 132-9 CP) : il s'agit d'un cas de récidive général mais temporaire. Cela signifie que l'infraction constituant le second terme de la récidive doit avoir été commise dans un délai déterminé après l'expiration ou la prescription de la première peine. Ce délai est de dix ans lorsque le second terme consiste en un délit puni de dix ans d'emprisonnement, et ramené à cinq ans si le délit puni est de dix ans d'emprisonnement. Par ailleurs, il existe une récidive de délit à délit (art. 132-10 CP). Il s'agit d'une récidive spéciale et temporaire. Elle n'est constituée que lorsque le second terme consiste en un délit identique ou assimilé. L'infraction qui constitue le second terme de la récidive doit avoir été commise dans le délai d'un an à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine. Enfin il existe un cas de récidive spécifique pour les contraventions, prévu à l'article 132-11 du Code pénal.

Dans une acception plus large, « *est considéré comme récidiviste une personne condamnée à plusieurs reprises par la justice* »⁶¹². Selon une étude réalisée sur un échantillon national en 2011 des sortants de prison entre le 1^{er} juin et le 31 décembre 2002, le taux de récidive, dans les cinq ans qui suivent leur libération en 2002, est de 59 % pour toute condamnation pour des faits commis pendant cette période⁶¹³. Selon cette étude, 46 % des récidivistes ont été de nouveau condamnés à une peine d'emprisonnement ferme pour délit ou crime⁶¹⁴. Cependant,

⁶¹¹ P. PONCELA, *op. cit.*, p. 457.

⁶¹² P. COMBESSIE, *Sociologie de la prison*, Paris, La Découverte, Repères, 2001, p. 96-97.

⁶¹³ A. KENSEY, A. BENAOUA, « Les risques de récidive des sortants de prison. Une nouvelle évaluation », *in Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, mai 2011, n° 36.

⁶¹⁴ *Ibid.* p. 2.

ces taux varient en fonction de la durée, de la nature de l'infraction et des caractéristiques sociales et pénales des individus.

277. Courtes peines d'emprisonnement et récidive. Il s'avère que le taux de recondamnation augmente fortement dans les premiers mois de la sortie de prison ; plus de la moitié des récidivistes l'ont été durant la première année, et les trois-quarts l'ont été dans les deux ans. Le taux devient plus faible à partir de la quatrième année. Le taux de récidive varie également en fonction de l'infraction initiale. À titre d'exemple, il est de 76 % pour des coups et blessures volontaires et 19 % après un viol sur mineur⁶¹⁵. Par ailleurs, le taux de récidive varie en fonction de critères sociologiques tels que le sexe, l'âge, la situation maritale ou encore l'occupation d'un emploi avant la première condamnation. L'étude menée par Annie Kensey et Abdelmalik Benaouda montre qu'une personne plutôt âgée et bien insérée socialement avant la première condamnation a moins de chance de récidiver⁶¹⁶. Enfin, le risque de recondamnation d'une personne libérée sans avoir obtenu un aménagement de peine est 1,6 fois plus important que ceux des bénéficiaires d'une mesure d'aménagement comme la libération conditionnelle⁶¹⁷. Ce constat n'est pas nouveau puisque Michel Foucault cite De la Rochefoucauld en écrivant « *la détention provoque la récidive ; après être sorti de prison, on a plus de chance qu'auparavant d'y retourner ; les condamnés sont, en proportion considérable, d'anciens détenus ; 38 % de ceux qui sortent des maisons centrales sont à nouveau condamnés et 33% des bagnards* »⁶¹⁸.

278. Récidive et peines non privatives de liberté. Si l'emprisonnement conduit inévitablement à la récidive, il faut cependant le mettre en parallèle au taux de récidive lorsque d'autres peines sont prononcées. Georges Kellens estime que les sanctions pécuniaires sont plus efficaces que la probation ou le traitement en établissement, que le condamné ait subi ou non une condamnation antérieure⁶¹⁹. Par ailleurs, d'après l'étude de Pierre Tournier, le taux de recondamnation après une peine non privative de liberté est un peu moins important que pour une peine privative de liberté. Néanmoins, il constate que « *les écarts se resserrent, la*

⁶¹⁵ *Ibid.* p. 2.

⁶¹⁶ *Ibid.* p. 3.

⁶¹⁷ *Ibid.* p. 7.

⁶¹⁸ G.de la ROCHEFOUCAULD, Discussion sur la réforme du Code pénal, 2 déc. 1831, Archives parlementaires, t. LXXII, p. 209-210, cité in M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, p. 309.

⁶¹⁹ G. KELLENS, *La mesure de la peine, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège*, 1982, p. 100, cité in P. PONCELA, *Droit de la peine, op. cit.* p. 456-457.

comparaison reste en défaveur de la prison et à l'avantage du sursis simple, suivi de près par le TIG (avec ou sans SME) »⁶²⁰. Les résultats d'ensemble ne montrent pas une différence significative selon les différents traitements pénaux. Les raisons de cette inefficacité du traitement classique de la délinquance sont surtout à rechercher parmi les caractéristiques propres aux condamnés et à leur niveau d'engagement dans la délinquance.

b. Les raisons de cette inefficacité

279. Les raisons de l'inefficacité du traitement classique de la délinquance peuvent trouver leurs causes soit dans des raisons intrinsèques au délinquant, soit extrinsèques, liées aux conditions de détention.

280. Facteurs de récidive intrinsèques au condamné. D'après les recherches effectuées par Maurice Cusson, la reprise de la vie délinquante après une première condamnation pénale peut s'expliquer par quatre raisons principales : l'habitude du crime, l'immaturation psychosociale, les handicaps sociaux et, enfin, par les difficultés liées à la situation post-pénale du condamné⁶²¹.

Les études réalisées sur les récidivistes ont montré, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, que la délinquance a souvent pour effet d'engendrer de la délinquance. Il s'agit de « *la théorie de l'acquisition de l'habitude criminelle* »⁶²². « *L'homme qui a commencé sa délinquance très jeune, et qui a commis un grand nombre de délits a acquis, au fil des années, des habitudes criminelles. Le crime est devenu chez lui une seconde nature et même un besoin profondément enraciné dans sa personnalité* »⁶²³. Les infractions antérieures produisent un effet de renforcement sur le comportement ultérieur du récidiviste. Hormis cet ancrage dans la délinquance, la récidive peut également s'expliquer par une incapacité à s'adapter à la vie sociale. Maurice Cusson indique que la persistance de la délinquance découle d'une incapacité à maintenir des rapports sociaux avec autrui⁶²⁴. Cette impulsivité tend à s'estomper avec l'âge de la personne comme le montre l'étude réalisée par Annie Kensey et Abdel

⁶²⁰ P.-V., TOURNIER, « Peines d'emprisonnement ou peines alternatives : quelle récidive ? », in Dossier « Récidive : quelles réponses judiciaires ? », *AJ Pénal* 2005, n° 9, p. 315-317.

⁶²¹ M. CUSSON, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 48.

⁶²² R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *op. cit.*, p. 748.

⁶²³ M. CUSSON, *op. cit.*, p. 49.

⁶²⁴ M. CUSSON, « La récidive expliqués par la continuité des interactions », *RPDP* 2005, p. 285-293.

Benaouda⁶²⁵. On peut expliquer ce phénomène par une plus grande maturité. Les années passant, les délinquants deviennent plus sages et sont moins impulsifs. Toutefois, avant que la personne n'acquière une maturité suffisante pour se responsabiliser seul, les mesures de traitement classiques de la délinquance sont inopérantes. Par ailleurs, les délinquants d'habitude souffrent, pour un grand nombre, de handicaps sérieux souvent issus d'une défaillance familiale, de l'échec de la formation scolaire ou de troubles psychosociaux. Maurice Cusson a d'ailleurs écrit à ce sujet : « *Les hommes qui s'incrument indéfiniment dans l'ornière de la délinquance sont très mal équipés pour la vie en société. Ils sont issus de familles terriblement désorganisées qui leur ont légué un bagage éducatif d'une pauvreté extrême et, vraisemblablement, quelques tares héréditaires. Ils n'ont ni la préparation ni la compétence nécessaire pour réussir sur le marché du travail. Ils ont souvent des ressources intellectuelles inférieures à la normale et un équilibre psychologique précaire* »⁶²⁶. Il semblerait que des personnes ayant un tel parcours de vie soient plus enclines à s'installer dans la délinquance. Enfin, la situation post-pénale du condamné est un élément qui peut le conduire à récidiver. Hormis les difficultés pour occuper un emploi en détention, l'ex-détenu aura souvent beaucoup de difficulté à retrouver un emploi car un *curriculum vitae* avec un vide ne sera pas un signal positif pour de futurs employeurs. De plus, le casier judiciaire suivra l'ancien condamné, ce qui compliquera son accession à certains emplois. En effet, les articles 776 et R. 79 du Code de procédure pénale énumèrent les personnes qui peuvent demander la délivrance du bulletin n° 2 du casier judiciaire. L'ex condamné sera ainsi exclu des professions de la fonction publique, de la SNCF, de EDF-GDF, ou encore de la Banque de France. La combinaison de ces facteurs est un terreau fertile à la récidive rendant la réponse pénale traditionnelle peu efficace. Outre ces éléments intrinsèques de récidive, il existe également des causes extrinsèques, principalement liées aux conditions de détention.

281. Facteurs extrinsèques de récidive. Il existe deux principales raisons extrinsèques à la personne du délinquant qui peuvent expliquer l'inefficacité des sanctions pénales classiques. Il s'agit des conditions de détention et des moyens mis en œuvre pour préparer la réinsertion du condamné. La doctrine est unanime pour considérer que la prison est criminogène. Elle désocialise, dépersonnalise et constitue une véritable école du crime. Michel Foucault a d'ailleurs écrit : « *La prison ne peut manquer de fabriquer des délinquants. Elle en fabrique*

⁶²⁵ A. KENSEY, A. BENAOUA, *op. cit.*, p. 3 et 7.

⁶²⁶ M. CUSSON, *op. cit.*, p. 53-54.

par le type même d'existence qu'elle fait mener aux détenus : qu'on les isole dans les cellules, ou qu'on leur impose un travail inutile, pour lequel ils ne trouveront pas d'emploi, c'est de toute façon ne pas songer à l'homme en société ; c'est créer une existence contre nature inutile et dangereuse »⁶²⁷. La prison achève la rupture sociale, scolaire ou familiale amorcée par le processus délinquant. Jean Pinatel indiquait à ce propos que « les conséquences physiologiques, psycho-pathologiques et familiales de l'emprisonnement ont tendance à aggraver leur inadaptation sociale naturelle »⁶²⁸. La prison contribue à asservir le détenu en instaurant des rituels spécifiques : plus besoin d'ouvrir les portes, absence d'intimité, contrainte de se déplacer à des heures précises de la journée... Il n'y a plus d'initiative personnelle, et, par conséquent, le condamné régresse ou s'infantilise. Goffman qualifie ce phénomène de « processus de mortification de la personnalité »⁶²⁹. Par ailleurs, l'objectif coercitif inhérent à un établissement pénitentiaire rend la réinsertion difficile. Il s'agit même d'un paradoxe car « vouloir fixer un objectif d'insertion à une structure coercitive est une mission impossible car contre-nature »⁶³⁰. Cela participe du renforcement de l'état délinquant. De plus, le manque de moyens humains et matériels accordés pour la réinsertion des condamnés contribue à accroître la récidive. Tous les détenus ne peuvent pas bénéficier d'un accès à une formation, à un travail ou aux activités culturelles. Des listes sont établies et l'attente des détenus est souvent très longue. Lorsque, néanmoins, le détenu a la possibilité de travailler, son emploi est souvent peu qualifié et ne dure qu'un temps assez bref. Il s'agit plutôt d'une occupation que d'une véritable préparation à la réinsertion. « Il y en a peut-être 1 sur 10 000 qui sort d'ici [de la prison] et qui s'en sort, qui réussit à reprendre sa place dans la [...] « classe moyenne ». [...] Aujourd'hui les ordinateurs t'empêchent de recommencer à zéro. Aujourd'hui, tu ne peux plus cacher ton passé. Ils ne veulent pas d'anciens taulards. » a écrit Edward Bunker⁶³¹. Le travail en détention est surtout considéré comme un moyen pour survivre et pour indemniser les parties civiles plutôt comme un outil de réinsertion sociale. Les facteurs de récidive seuls ne parviennent pas à expliquer « l'effet zéro du traitement ». Il faut alors se tourner vers la valeur du traitement.

⁶²⁷ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 310.

⁶²⁸ J. PINATEL, « La prison est-elle un facteur criminogène ? » in *Actes du 2^e congrès international de criminologie*, 1950, Paris, La Sorbonne, T. V, Paris, PUF, 1954, p. 179.

⁶²⁹ Cité in D. BLOMBERG, *Les études socioculturelles portant sur le milieu de détention ou de traitement*, in Comité européen pour les problèmes criminels, *op. cit.*, p. 176.

⁶³⁰ A. JEGO, « Régimes de détention et projet de réinsertion », in M. AUTERESSE, J. BORRICAND, R. GASSIN, B. LEVY, J.-H. SYR, *La réinsertion des délinquants : mythe ou réalité ?*, Actes du colloque des 18-21 septembre 1995, Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, Presse universitaire d'Aix-en-Provence, 1996, p. 169.

⁶³¹ E. BUNKER, *La bête contre les murs*, Rivages noir, p. 35.

2. Des confusions concernant les mesures de traitement social

282. Il y a de nombreuses raisons qui permettent d'expliquer l'inefficacité des traitements sociaux de la délinquance.

283. Une croyance trop importante en la vertu modificatrice de la resocialisation. Tout d'abord, il y a la croyance en la vertu modificatrice du traitement pénal dans le but d'éviter la récidive. Il s'agirait de modifier le comportement du délinquant pour le forcer à ne plus recommencer ses méfaits. Il s'agit d'un objectif voulu par la Justice et cela constitue une attente de la société. Mais la mission de la thérapie est davantage tournée vers le délinquant que vers les attentes de la société. Il y a donc un malentendu autour de l'objectif alloué au traitement pénal. L'objectif du thérapeute est de changer le délinquant qui présente des failles psychologiques et de l'aider à résoudre le problème qui le fait souffrir. Cet objectif connaît une limite puisque les délinquants n'ont pas forcément envie de changer ou d'admettre qu'ils ont des problèmes. Pour eux, la délinquance est un mode de vie normal. Il n'est alors pas utile de se faire aider. De ce point de vue, la mission du thérapeute n'est qu'une fiction et le condamné ne se soumet à ces soins que par nécessité pour ne pas retourner en détention. Par ailleurs, la réadaptation sociale inscrite dans les objectifs de la peine oblige le thérapeute à faire cesser la récidive. Or, ce n'est pas comme cela qu'ils conçoivent leur mission. Ils sont d'abord au service du délinquant afin d'améliorer son sort. Il y a là encore un malentendu car la justice associe les thérapeutes dans la lutte contre la récidive mais eux ont à cœur d'améliorer le quotidien du délinquant.

284. Des traitements difficiles à mettre en œuvre. Par ailleurs, il existe une autre difficulté liée à la mise en œuvre du traitement. La liberté et le consentement sont les principes fondamentaux pour une thérapie réussie. Mais les condamnés n'ont pas forcément l'intention de changer leur comportement. Face à ce constat, certains thérapeutes adoptent une attitude démissionnaire. D'autres, ne voulant se résigner à abandonner leur mission, acceptent de la modifier. Ils considèrent qu'un programme de réhabilitation sociale ne peut fonctionner sans un minimum de contraintes. Ils sont alors prêts à déroger aux principes fondamentaux de toute thérapie. En effet, si le praticien veut continuer sa mission, il est contraint de forcer le consentement de la personne. Le seul moyen pour y parvenir est la sanction : rapport au juge de l'application des peines, perte des permissions de sortir, isolement, etc. De plus, toutes les mesures de

traitement non privatif de liberté sont toujours assorties d'une menace : révocation du sursis avec mise à l'épreuve ou de la libération conditionnelle, condamnation à l'emprisonnement pour un tigeur qui refuse de se soumettre au travail, poursuite en cas d'inexécution d'une mesure de composition pénale. Maurice Cusson parle, à ce propos, de « *loi de survivance de la peine* »⁶³². D'autres auteurs préfèrent utiliser une autre expression plus significative. Il s'agit des « *peines de peines* »⁶³³. Ces mesures permettant de prévenir l'échec de la réadaptation sociale ont connu une évolution importante depuis la loi du 17 juin 1998 instaurant le suivi socio-judiciaire. L'alinéa deux de l'article 131-36-1 du Code pénal prévoit que la juridiction de jugement fixe la durée de l'emprisonnement encourue en cas d'inobservation des obligations du condamné. C'est avec la loi du 9 mars 2004 que ces sanctions vont être étendues par l'instauration des articles 131-5-1⁶³⁴, 131-6 et 131-8⁶³⁵ du Code pénal. Le législateur a continué d'étendre le domaine de ces mesures par la loi du 5 mars 2007, qui créa la sanction-réparation à l'article 131-8-1 du Code pénal. Ces mesures instituent un véritable régime de « resocialisation conditionnelle »⁶³⁶ modifiant ainsi la finalité de la sanction. Ces mesures sont bien singulières en ce qu'elles ont un but différent des sanctions pénales traditionnelles. En effet, elles n'ont pas pour objectif la rétribution ou la resocialisation, mais bien d'assurer l'effectivité d'une peine non privative de liberté. Il n'en demeure pas moins vrai que ces mesures contribuent à marquer les contradictions au sujet du prononcé des peines. Si le développement des mesures de traitement est une chose positive pour limiter le recours à l'emprisonnement, celles-ci se révèlent finalement peu efficaces car le condamné n'adhère pas complètement à la mesure. Pour un nombre important de condamnés, il s'agit surtout de manipuler le thérapeute, d'adopter une attitude volontariste sans forcément avoir l'intention de changer de comportement, simplement pour éviter l'application d'une sanction plus lourde. Il ne s'agit pas ici de soutenir l'abolition de ces mesures, car de manière pragmatique, celles-ci seraient totalement inefficaces sans le recours à la contrainte, surtout que leur instauration dans le Code pénal a permis de développer l'individualisation de la sanction pénale. Il s'agit plutôt de se demander s'il n'y a pas une autre façon de concevoir l'utilité de la peine qui permettrait de développer une individualisation plus efficace de la sanction pénale.

⁶³² Cité in R. GASSIN, S. CIMAMONTI, P. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, p. 753.

⁶³³ P. SALVAGE, « *Les peines de peines* », *Dr. pén.* juin 2008, n° 6, étude 9, p. 9.

⁶³⁴ Cet article est relatif au stage de citoyenneté.

⁶³⁵ L'article 131-8 du Code pénal est relatif au travail d'intérêt général.

⁶³⁶ B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'Harmattan, 2010, p. 155.

§ 2. De la resocialisation à la responsabilisation

285. En réaction à l'opposition entre le libre arbitre et le déterminisme, des voix se sont élevées afin de donner à la responsabilité une définition plus réaliste et moins clivée. Ces Courants de pensée comprennent que l'homme est au centre de la réaction pénale et que la peine doit être individualisée afin de tenir compte de la personnalité complexe de l'infracteur (A). La Défense sociale nouvelle va s'inspirer de ce Courant de pensée pour faire de la responsabilité « un fait social et humain ». Petit à petit l'idée d'un sentiment de responsabilité inhérent à tous les hommes apparaît. M. Ancel change alors le paradigme de la responsabilité pour en faire non plus le point de départ de la réaction sociale mais son aboutissement. La réponse pénale doit consister en un travail de responsabilisation afin de redonner à l'homme son sentiment de responsabilité (B).

A. L'individualisation comme point de départ

286. Rompant avec l'antagonisme des Courants de pensée traditionnels, R. Saleilles fut le premier à élaborer une doctrine de compromis. Pour lui, l'opposition entre l'école classique et le positivisme est un débat purement philosophique. Or, ce qui compte, c'est de dégager une doctrine pragmatique. Il écrit ainsi : « *On ne vit pas de logique, on vit de nécessité pratique.* »⁶³⁷. Cette approche réaliste va l'amener à réfléchir à un moyen de rassembler deux mouvements *a priori* contradictoires.

287. Dans son ouvrage, *L'individualisation de la peine*, R. Saleilles formule une critique virulente de l'École positiviste. Reprenant les critiques de P. Fauconnet, il démontre l'excessivité de ce Courant de pensée qui aurait pour finalité de dispenser de peine des personnes qui seraient parfaitement amendable et de neutraliser systématiquement les personnes dangereuses même si elles ne commettaient aucune infraction afin de protéger la société. Il formule ensuite une

⁶³⁷ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Ed. Cujas, 3^e éd., p. 17.

seconde critique, un peu moins vindicative, à l'égard de l'École classique. Il déplore que cette doctrine ne tienne pas compte de la personnalité du délinquant pour prononcer la peine. En effet, pour lui, la conception objective de la responsabilité est purement abstraite et anonyme. Les partisans de ce Courant de pensée ne répriment que l'acte sans considérer le criminel. La thèse défendue par R. Saleilles consiste à rassembler ces deux mouvements afin d'arriver à une réponse pénale concrète et efficace qui consiste à individualiser la peine. Pour cela, il maintient la conception morale de la responsabilité mais rejette l'idée d'une sanction pénale mesurée en fonction du niveau de liberté de l'individu. S'agissant des positivistes, il est favorable aux idées de mesures de protection sociales, de classement des délinquants, de l'évaluation psychiatrique et sociale, et surtout à l'idée que la responsabilité du délinquant soit évaluée en fonction de sa personnalité. R. Saleilles énonce également l'idée qu'il existe un double sentiment de responsabilité chez tous les êtres humains : d'un point de vue collectif, l'individu se sent responsable par les rapports qu'il entretient avec autrui ; d'un point de vue individuel, la personne ressent un sentiment de responsabilité dans son rapport à soi. Partant de là, il distingue les individus normaux et les aliénés qui ne peuvent ressentir ce sentiment de responsabilité car ils sont « *devenus étrangers à eux-mêmes* »⁶³⁸. Ainsi, la liberté et la responsabilité permettent de prononcer une sanction qui doit être adaptée en fonction de la personnalité de l'individu. « *La liberté n'est plus forcément un acte, c'est l'état de l'homme en pleine maîtrise de lui-même qui accepte et implique tout le déterminisme intérieur* »⁶³⁹.

- 288.** Cette nouvelle théorie marque un tournant dans l'histoire du droit pénal et devient le moteur de la réponse pénale, afin de permettre la réadaptation sociale du délinquant. Cette idée est reprise par M. Ancel qui en fait l'élément central de sa thèse, sous le nom de « resocialisation ». Il est également convaincu que la notion de responsabilité ne doit pas conditionner la réaction sociale, que la peine ne doit pas être proportionnée au crime, ni à la volonté de le commettre. M. Ancel émet cependant une réserve, s'agissant du classement des délinquants préconisé par R. Saleilles. Il approfondit le concept d'adaptation de la peine à la personnalité du délinquant en émettant l'hypothèse que tous les hommes sont dotés d'un sentiment de responsabilité. La réponse pénale consiste alors à lui redonner conscience des valeurs et des normes sociales par un véritable travail de responsabilisation.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 145.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 162.

B. La responsabilisation comme finalité

- 289.** Marc Ancel souhaitait rompre le clivage entre le libre arbitre et le déterminisme. Il écrit que « *c'est par son aspect anti-philosophique et extra-juridique que la Défense sociale s'oppose au droit traditionnel, à la doctrine libérale classique du XIX^e et même au technicisme juridique du XX^e* »⁶⁴⁰. Il revendique la filiation de sa doctrine à A. Prins pour finalement prendre ses distances et se rapprocher de la théorie de l'individualisation de la peine. Tout comme Saleilles, M. Ancel souhaite établir une théorie de compromis en prenant les éléments pertinents des Courants de pensée qui l'ont précédé.
- 290.** Pour lui, la responsabilité est la résultante de deux éléments. Elle est le produit d'un fait humain, c'est-à-dire un « *sentiment psychologique et naturel de responsabilité* »⁶⁴¹, et d'un fait social : il s'agit du « *sentiment collectif de la responsabilité par lequel la masse des citoyens non directement affectée par le crime exige que le délinquant soit l'objet de poursuites pénales et appelé à comparaître devant un juge habilité à lui appliquer la sanction* »⁶⁴². Cette conception de la responsabilité constitue, pour M. Ancel, la base du droit pénal. Il ne supprime pas pour autant la notion classique de faute, car il l'incorpore dans le sentiment de responsabilité. Ce sentiment existe d'ailleurs chez toutes les personnes y compris chez les personnes irresponsables. En effet, la liberté ferait que l'acte commis provient de notre entière personnalité et s'extérioriserait. La responsabilité serait alors la prise de conscience par l'individu de celle-ci en ce qu'elle exprime ses agissements. De ce postulat, il suppose l'existence d'une forme intérieure de responsabilité. Ainsi, M. Ancel en déduit que l'activité délinquante serait une déficience de la responsabilité, il parle de « *pathologie de la responsabilité* »⁶⁴³. Si cette déficience peut être assimilée à une maladie, cela signifie donc qu'il existe un traitement, « *une thérapeutique de la liberté* »⁶⁴⁴. Il s'agit de prononcer une sanction qui permette de rendre conscient le délinquant des valeurs et exigences sociales. Il s'agit d'une véritable éducation de la responsabilité, autrement dit une véritable responsabilisation du délinquant. Cette dernière doit s'effectuer par le biais de la resocialisation. M. Ancel écrit d'ailleurs : « *La prise de conscience par le délinquant de sa*

⁶⁴⁰ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 1^{ère} éd., Paris, Ed. Cujas, 1954, p. 98.

⁶⁴¹ M. ANCEL, « Responsabilité et Défense sociale », *RSC* 1964, p. 181.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 181.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 181.

⁶⁴⁴ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd., Paris, Ed. Cujas, 1981, p. 255.

responsabilité doit être le début et le moteur d'un processus de resocialisation qui, dans de nombreux cas, s'appuiera sur une véritable pédagogie de la responsabilité »⁶⁴⁵. On constate alors un changement important dans la conception de la responsabilité. Celle-ci n'est plus le point de départ de la réaction pénale mais devient sa finalité.

291. La théorie de M. Ancel est résolument moderne et innovante puisqu'elle exclut les éléments négatifs des Courants de pensée classiques dans le but de créer un nouveau paradigme de la responsabilité pénale. S'inscrivant sans aucun doute dans le sillage de l'École positiviste, elle s'en distingue indubitablement pour créer une doctrine de compris révolutionnaire. Il était nécessaire de mieux comprendre cette théorie pour pouvoir proposer de nouvelles mesures d'individualisation qui pourraient rendre la sanction plus efficace pour ainsi réduire le taux de récidive. Néanmoins, le développement de ces nouvelles mesures n'est pas évident compte tenu de certaines limites qui pèsent sur la mise en œuvre de la responsabilisation du délinquant.

Section 2. La mise en œuvre limitée d'une nouvelle conception de la resocialisation

292. L'École de la défense sociale nouvelle soutient que le droit pénal ne doit plus être une fin en soi, sans pour autant préconiser son abolition totale. Pour Marc Ancel, « *il faut dépasser la formule ou, s'il faut, le concept juridique, pour atteindre la réalité sociale qui doit seule servir de base à la politique criminelle* »⁶⁴⁶. Ainsi, pour garantir l'efficacité de la responsabilisation du délinquant, Marc Ancel préconise de sortir d'un modèle entièrement juridicisé (§1). Cependant, la dé-juridicisation apparaît difficilement applicable en raison du recours toujours plus important au droit pénal. Une autre alternative, plus pragmatique, consiste à développer des mécanismes favorisant la responsabilisation du délinquant et le dialogue. La justice restaurative répond justement à ces attentes (§2).

§1. La dé- juridicisation : une alternative restreinte

⁶⁴⁵ M. ANCEL, *Responsabilité et Défense sociale*, op. cit., p. 182.

⁶⁴⁶ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., op. cit., p. 206.

293. La responsabilisation du délinquant s'inscrit dans une démarche visant à rendre une justice plus sociale, résolument tournée vers la protection de la société⁶⁴⁷. Cette thèse va conduire l'École de la Défense sociale a proposé la dé- juridicisation du droit pénal afin de rendre la justice pénale plus rationnelle en se débarrassant des fictions juridiques inutiles (A). Néanmoins, cette ambitieuse proposition se heurte à de nombreux obstacles rendant la portée de la dé- juridicisation très limitée en droit positif (B).

A. Le concept de dé- juridicisation du droit pénal

294. La dé- juridicisation du droit pénal s'inscrit dans le cadre de la pédagogie de la responsabilité préconisée par Marc Ancel. Pour lui, celle-ci ne peut intervenir qu'avec « *la disparition des fictions légales et des notions métaphysiques dans le droit* »⁶⁴⁸. Marc Ancel en déduit des conséquences sur l'utilisation des fictions juridiques utilisées dans la définition des éléments constitutifs de l'infraction et sur la distinction entre les peines et les mesures de sûreté. Pour étudier cette proposition audacieuse de Marc Ancel, il convient d'en énoncer, d'une part, son intérêt (1), avant d'en préciser les finalités (2).

1. L'intérêt de la dé-juridicisation

295. La dé-juridicisation s'insurge contre les abus du juridisme, qui utilise des fictions juridiques pour masquer la réalité criminelle. Elle permet donc, en premier lieu, de lutter contre les excès du système classique. Par ailleurs, la dé- juridicisation devrait permettre un décroisement de la matière pénale. En effet, la délinquance ne peut être appréhendée par la seule science criminelle car celle-ci s'inscrit dans une logique plus globale. Pour Marc Ancel, il est donc nécessaire de la « *faire co-exister avec des disciplines parallèles permettant d'appréhender socialement le phénomène criminel* »⁶⁴⁹. Enfin, la dé- juridicisation devrait permettre de concevoir une politique criminelle plus rationnelle, adaptée aux réalités sociales. Tout cela doit conduire à une plus grande efficacité du système pénal.

2. Les finalités de la dé- juridicisation

⁶⁴⁷ M. ANCEL, « Responsabilité et Défense sociale », *RSC* 1959, p. 182.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ M. ANCEL, « Défendre la Défense sociale ? », *RSC* 1964, p. 193.

296. La dé- juridicisation a une double finalité : supprimer les fictions juridiques et parvenir à une sanction unitaire en n'opposant plus les peines et les mesures de sûreté.

297. Séparer les infractions naturelles et artificielles. Marc Ancel considérait que les fictions juridiques avaient éloigné le droit pénal de la réalité sociale. En s'appuyant sur les travaux de Garofalo, Marc Ancel opère une distinction entre les délits naturels et les artificiels. Il regrette d'ailleurs que les différents législateurs multiplient les infractions pénales car cela complexifie le droit existant qui perd ainsi sa lisibilité⁶⁵⁰. Le droit pénal perd ainsi son objectif de prévention générale. Cela rend le droit pénal « illusoire »⁶⁵¹. Marc Ancel propose donc, pour pallier cette dérive, de supprimer toutes les fictions juridiques utilisées dans le droit pénal. Ainsi, il proteste contre la théorie de l'intention qui ne prend pas en compte les mobiles, la tentative, l'infraction impossible et l'emprunt de criminalité. Concernant la tentative, Marc Ancel estime que la distinction entre le commencement d'exécution et les actes préparatoires sont une « pure technique juridique »⁶⁵² dont la distinction est malaisée. Il en va de même pour l'infraction impossible fermement condamnée par Marc Ancel. La répression de cette infraction par une peine ne devrait pas être possible mais devrait l'être par une mesure de sûreté⁶⁵³.

298. Dépasser l'opposition entre les peines et les mesure de sûreté. L'École de la Défense sociale nouvelle entend également transcender l'opposition traditionnelle entre les peines et les mesures de sûreté. Marc Ancel considère que le débat entre peine et mesures de sûreté est purement théorique⁶⁵⁴ car l'administration pénitentiaire ne fait aucune distinction entre ces deux mesures pour leur application⁶⁵⁵. Ainsi, pour la Défense sociale nouvelle, la politique pénale devrait conduire à adopter des mesures prévenant la récidive par le traitement du délinquant afin de le réinsérer. Pour parvenir à cet objectif, il ne faudrait plus opposer les peines à visée punitive et les mesures de sûreté à visée curative, mais de choisir la sanction la mieux adaptée aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de l'auteur de

⁶⁵⁰ Marc Ancel avait écrit qu' « il devient absurde de prétendre que tout intéressé connaît ou doit connaître la réglementation applicable », M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 207.

⁶⁵¹ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 207.

⁶⁵² M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 209.

⁶⁵³ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 210.

⁶⁵⁴ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 228.

⁶⁵⁵ B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle*, L'Harmattan, 2010, p. 133.

l'infraction⁶⁵⁶. Ces deux mesures devraient d'ailleurs pouvoir se cumuler⁶⁵⁷. Néanmoins, cette théorie de l'unification des sanctions pénales n'est pas aussi évidente. Tout d'abord la peine et les mesures de sûreté sont construites sur une conception bien différente de la liberté et de la réaction sociale face à la délinquance. L'unification de ces deux notions ne peut donc se concevoir sans un changement de paradigme de la sanction pénale car la peine, étant fondée sur une logique de rétribution et d'expiation, se justifie par l'accomplissement d'un acte délictuel, alors que la mesure de sûreté vise à protéger la société d'une personne dangereuse pour une période indéterminée. Il y aurait alors un risque de voir apparaître des peines sans limitation de durée. Aussi, pour se prémunir contre cette dérive, Marc Ancel suggère d'encadrer son système dans un légalisme rigoureux⁶⁵⁸. Si certains auteurs ont interprété l'unification des sanctions pénales comme l'introduction d'une « double-voie »⁶⁵⁹, il serait plus conforme de penser qu'il s'agit de concilier défense sociale et humanisme juridique⁶⁶⁰. Cette alternative audacieuse à la philosophie classique du droit pénal se heurte cependant à plusieurs limites la rendant difficilement applicable.

B. Les limites de la dé-judiciarisation du droit pénal

299. Nous avons pu expliquer précédemment le lien entre la dé-judiciarisation et la responsabilisation du délinquant comme étant une volonté d'enraciner la réaction sociale contre la délinquance dans la réalité sociale. Néanmoins, les préoccupations sécuritaires occupent une place centrale dans le discours politique en raison notamment du durcissement de la délinquance et des menaces terroristes⁶⁶¹. Cela se traduit par le recours toujours plus important à la judiciarisation du droit pénal (2) qui ne permet pas de supprimer les fictions juridiques comme le souhaitait Marc Ancel (1).

1. L'importance des fictions juridiques

⁶⁵⁶ Il ne s'agit pas « d'une unification, mais d'une intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un régime unitaire de sanction pénale fondé sur des critères à la fois physiques, sociaux, moraux et ordonnés par une politique criminelle où le droit pénal joue un rôle normal mais essentiel de technique appelée à servir de garantie nécessaire à la liberté individuelle », in M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., op. cit., p. 232.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ M. ANCEL, « Défendre la Défense sociale ? », art. prec., p. 195.

⁶⁵⁹ J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, 2008, §81 à 87.

⁶⁶⁰ M. DELMAS-MARTY, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, La couleur des idées, 2010, p. 52.

⁶⁶¹ C. LAZERGES, « La Défense sociale a 50 ans – L'actualité de la pensée de M. ANCEL », *RSC* 2005, p. 166.

300. Pour parvenir à la dé-judiciarisation du droit pénal, Marc Ancel proposait, comme nous l'avons vu, de mettre un terme à un certain nombre de fictions juridiques qui trahissent la réalité comme la théorie de l'intention, de l'emprunt de criminalité, de tentative ou d'infraction impossible.

301. L'importance des différents types de dol. La responsabilisation du délinquant, étroitement liée à la déjudiciarisation préconisée par Marc Ancel, repose sur l'idée que la responsabilité pénale ne doit plus être le déclencheur de la réponse pénale mais sa finalité. La responsabilité pénale continue d'être le déclencheur de la sanction pénale en faisant référence à l'élément moral de l'infraction. Une personne est ainsi responsable de ses agissements si elle bénéficie des facultés mentales suffisantes pour comprendre l'impact de ses gestes et si elle a commis une faute volontaire ou involontaire. L'importance de l'élément moral pour caractériser une infraction a conduit la Cour de cassation à élaborer des constructions intellectuelles complexes reposant sur des fictions juridiques. Alors que l'intention est définie comme « la volonté d'un résultat délictueux », la Haute juridiction a dégagé plusieurs catégories de fautes intentionnelles telles que le dol éventuel dans le cas où la personne a conscience du risque créé⁶⁶² ou le dol dépassé lorsque le résultat est plus grave que celui qui a été envisagé. Il en va de même pour les infractions involontaires qui ont donné lieu à des constructions jurisprudentielles complexes pour appréhender au mieux le lien de causalité entre le dommage et la faute⁶⁶³. *A contrario*, Marc Ancel proposait de prendre en compte les mobiles afin de mieux comprendre le passage à l'acte. Pourtant, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que les mobiles étaient sans incidence sur la caractérisation de l'infraction⁶⁶⁴ sauf pour ceux érigés en circonstances aggravantes par le législateur⁶⁶⁵ ou créés par la jurisprudence⁶⁶⁶.

⁶⁶² La Cour de cassation a étendu la notion du dol éventuel au cas où l'agent accepterait que de faire courir un risque à autrui en connaissance de cause. V., en matière d'abus de confiance, Cass. crim., 7 mars 2012, Gaz. Pal, 27-28 juill. 2012, p. 23, obs. S. DETRAZ.

⁶⁶³ La complexité de la détermination du lien de causalité directe ou indirecte dans les infractions involontaires, ayant été causées par plusieurs événements, a conduit la Cour de cassation à développé le concept du « paramètre déterminant ». V. Cass. crim. 25 sept. 2001, Bull. crim., n° 188, RSC 2002. 101, obs. MAYAUD ; Cass. crim. 29 oct. 2002, n° 01-87.374, Bull. crim., no 196, RSC 2003. 330, obs. MAYAUD.

⁶⁶⁴ Cass. crim., 24 avr. 2001, Bull. crim. 2001, n° 98, *Dr. pén.* 2001, comm. 114, obs. M. VERON.

⁶⁶⁵ V. par exemple : Art. 221-4, 5° CP, 222-9, 5° bis CP, 212-1 CP ou 211-1 CP.

⁶⁶⁶ Pour le délit de délaissement d'une personne hors d'état de se protéger elle-même, la Cour de cassation exige de rapporter la preuve d'une volonté d'abandonner « définitivement » la victime alors que l'article 223-3 du Code pénal ne requiert aucune donnée psychologique particulière chez l'auteur : Cass. crim., 9 oct. 2012, n° 12-80.412 : JurisData n° 2012-024923, Bull. crim. 2012, n° 213, *Dr. pén.* 2013, comm. 1, note M. Véron, *Rev. pénit.* 2013, p. 133, obs. V. MALABAT.

302. La théorie de l'emprunt de criminalité jamais remis en cause. S'agissant de la tentative, Marc Ancel considérait que la distinction entre le commencement d'exécution et le désistement involontaire relevait de la pure fiction juridique et était difficile à appréhender. La jurisprudence de la Cour de cassation montre d'ailleurs à quel point cela est périlleux dans la mesure où son contrôle se limite à constater l'existence d'une tentative sans forcément qualifier un commencement d'exécution⁶⁶⁷. Le même constat s'impose, s'agissant de l'infraction impossible. Marc Ancel contestait l'assimilation de l'infraction impossible à une infraction consommée. Force est de constater que le montage intellectuel opéré par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Perdereau* de 1986⁶⁶⁸ n'a jamais été remis en cause⁶⁶⁹. L'opinion publique ne comprendrait d'ailleurs pas qu'une personne ayant eu l'intention de commettre un acte grave ne soit pas condamnée en raison du fait que la victime était déjà décédée ou en raison de l'administration d'un produit inoffensif.

Il en va de même pour la théorie de l'emprunt de criminalité qui consistait à assimiler le complice à l'auteur de l'infraction principale en le sanctionnant de la même peine. L'article 121-6 du Code pénal dispose, aujourd'hui que le complice est puni comme auteur de l'infraction. Si certains auteurs ont pu voir en cela une manifestation de la déjudiciarisation⁶⁷⁰, il nous semble qu'il s'agit plutôt d'un renforcement de l'individualisation de la sanction pénale.

La jurisprudence de la Cour de cassation est loin d'abandonner les fictions juridiques permettant de qualifier les infractions pénales limitant considérablement la portée de la déjudiciarisation du droit pénal. Cette limitation est d'ailleurs renforcée par la judiciarisation importante du droit pénal contemporain.

2. La judiciarisation importante du droit pénal

303. La préoccupation sécuritaire occupe une place centrale dans la politique criminelle contemporaine. Elle est devenue le maître mot des dirigeants politiques en raison d'une

⁶⁶⁷ Cass. crim., 25 juin 2003, *Dr. pén.* 2003, comm. 125, obs. J.-H. Robert. – V. cependant Cass. crim., 11 mai 2011, n° 10-84.344 D : *Jurisdata* n° 2011-011052 : *Dr. pén.* 2011, comm. 103, note M. VERON

⁶⁶⁸ Cass. crim., 16 janv. 1986, *Affaire Perdereau*, Bull. crim. 1986, n° 25, p. 58, *D.* 1986, note Mayer et GAZOUNAUD, p. 265.

⁶⁶⁹ V. par exemple : Cass. crim., 12 déc. 2007, n° 07-80.886 : *JurisData* n° 2007-042303 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 28, note M. Véron.

⁶⁷⁰ B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la Défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, op. cit., p. 87.

actualité malheureusement tragique, au point de devenir, pour certains auteurs⁶⁷¹, un nouveau paradigme pénal. Il s'en est suivi une multiplication abusive des lois, principalement entre 2001 et 2009. Cela conduit à une modification en profondeur du droit pénal et de la procédure pénale, entraînant une complexification et de grandes confusions dans ces matières.⁶⁷² Cette inquiétude sécuritaire se traduit par l'adoption de la loi du 8 février 1995, qui attribue à la sécurité le caractère d'un droit fondamental. En 1997⁶⁷³, le terrorisme sert de prétexte à une réforme des contrôles effectués par la police judiciaire, et à la compétence des juridictions en matière de terrorisme. C'est à partir de 2001 que l'avalanche législative va déferler sur le droit pénal et la procédure pénale.

- 304.** En 2001, à la suite des événements terroristes du 11 septembre, le législateur a adopté le 15 novembre⁶⁷⁴ une loi réaffirmant le caractère fondamental de la sécurité dans son article premier, avant d'énoncer une série de mesures restrictives de liberté. Le rythme des lois s'accélère à la suite de l'élection présidentielle de 2002 dont le thème principal de campagne était l'insécurité. La loi du 29 août 2002⁶⁷⁵ « d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure » sera adoptée, suivie par la loi du 9 septembre 2002⁶⁷⁶ « d'orientation et de programmation pour la justice » autrement nommée « Loi Perben I », qui réforme les dispositions relatives à la composition pénale, à l'instruction et à la détention provisoire, au jugement des délits et des crimes, au droit pénal des mineurs, au fonctionnement et à la sécurité des établissements pénitentiaires, et à l'amélioration de l'aide aux victimes. En 2003, la loi du 18 mars⁶⁷⁷ « pour la sécurité intérieure » instaure de nouvelles dispositions en matière de police judiciaire. La grande modification législative⁶⁷⁸ intervient avec la loi « Perben II » du 9 mars 2004⁶⁷⁹. Cette réforme « s'oriente autour de la création d'une *procédure spécifique, automatisée, en matière de « délinquance et criminalité organisées »* »⁶⁸⁰. Cette dernière est toute entière tournée vers une plus grande efficacité de la

⁶⁷¹ J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. po. crim.*, n°25, 2003, p. 37 à 71.

⁶⁷² S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 10^{ème} éd., p. 65.

⁶⁷³ Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 concernant les contrôle de police, et Loi n° 97-1273 du 29 décembre 1997 concernant la compétence des juridictions en matière de terrorisme.

⁶⁷⁴ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001.

⁶⁷⁵ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002.

⁶⁷⁶ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002.

⁶⁷⁷ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003.

⁶⁷⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁷⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁶⁸⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 55.

réponse pénale⁶⁸¹ afin de limiter les troubles à l'ordre public. Malgré l'importance de cette réforme, celle-ci suscite des critiques car elle instaure une justice d'exception « dépourvue d'unité procédurale ». En 2005, la loi du 12 décembre⁶⁸² sur le traitement de la récidive des infractions pénales crée le placement sous surveillance électronique mobile et la surveillance judiciaire des personnes dangereuses. Cette loi est particulièrement révélatrice de la tendance du moment puisqu'elle instaure, pour la première fois, des mesures de sûreté dans notre arsenal pénal. En 2007, plusieurs lois vont être adoptées comme celle du 5 mars 2007, relative à la prévention de la délinquance, ou celle du 10 août 2007 instaurant les peines plancher. Enfin, un nouveau rebondissement a lieu avec l'instauration de la surveillance et de la rétention de sûreté par la loi du 25 février 2008 à la suite des affaires Dupuis et Évrard.

À partir de la « loi pénitentiaire » du 24 novembre 2009, les réformes ont eu pour objectif de mettre notre droit en conformité avec les exigences européennes et constitutionnelles. On peut citer la loi du 14 avril 2011 réformant le régime de la garde à vue ou encore la loi du 10 août 2012 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs dont l'application fut suspendue dès le 13 juin 2012. Plus récemment, la loi du 15 août 2014⁶⁸³ relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales semble marquer une pause dans cet empilement de lois répressives. Elle prévoit notamment des dispositions sur les droits des victimes, sur le contenu du jugement, et sur la procédure d'assises. Elle introduit une nouvelle sanction : la contrainte pénale, et contient des dispositions générales sur la justice « restaurative » semblant ouvrir la voie à un nouveau modèle de justice non plus vertical mais horizontal.

Mais ne soyons pas naïfs, ni l'opinion publique, ni les dirigeants politiques ne sont encore prêts à changer de modèle juridique en raison, d'une part, au recours toujours prégnant des politiques sécuritaires comme en témoigne l'adoption de la loi du 24 juin 2015 sur le renseignement adopté à la suite des attentats commis en France le 7 juin 2015 et, d'autre part, d'un problème culturel rendant mal aisée l'intégration d'un nouveau modèle de justice.

§ 2. La justice restaurative : une alternative plus rationnelle

305. Objectif. Dans un contexte marqué par l'inefficacité de la réponse pénale traditionnelle, une considération plus importante de la victime et le questionnement des modalités traditionnelles

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 56.

⁶⁸² Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005.

⁶⁸³ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

de régulation des conflits, le législateur a souhaité développer un modèle de réponse pénale alternatif⁶⁸⁴, permettant une plus grande responsabilisation du délinquant, en introduisant, par la loi du 15 août 2014, un nouvel article 10-1 dans le Code de procédure pénale consacré à la justice restaurative⁶⁸⁵, dans le but de permettre une resocialisation effective du condamné, une réparation globale de la victime et de favoriser le rétablissement de la paix sociale⁶⁸⁶. Ce nouveau système⁶⁸⁷ crée ainsi une véritable rupture avec le système répressif classique français car il repose sur l'idée qu'une infraction est avant tout une atteinte à un intérêt privé et non plus à l'intérêt général⁶⁸⁸.

306. Définition. La justice restaurative a été conceptualisée par le criminologue américain Howard Zehr dans les années 1970⁶⁸⁹ et trouve son origine dans le droit de *Common law*, plus précisément dans le droit canadien dans lequel des mécanismes de ce type existent. La justice restaurative est un objet innovant et prometteur⁶⁹⁰ car elle « *refuse de punir un coupable et de dédommager sa victime* »⁶⁹¹. D'autant plus que la définition donnée par le législateur est plutôt floue. En effet, il considère qu'une mesure de justice restaurative est constituée par « *toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission* »⁶⁹². Cette définition nous laisse pour le moins sceptique puisqu'elle introduit dans le Code de procédure pénale des notions floues. Tout d'abord, le texte utilise l'expression « difficultés » résultant de l'infraction et précise qu'il s'agit « notamment de la réparation des préjudices résultant de l'infraction ». Quelles pourraient bien être les difficultés autres que la réparation du préjudice ? Pour la victime, la seule chose qui compte c'est que ses dommages et intérêts soient mieux appréciés par la juridiction de jugement pour éviter les difficultés

⁶⁸⁴ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette littératures, Pluriel, 2005, p. 248.

⁶⁸⁵ Le terme utilisé par le législateur vient de la traduction de l'anglais « *restorative justice* ». Néanmoins, il est courant d'utiliser d'autres expressions comme « justice réparatrice », « justice restaurative ».

⁶⁸⁶ R. CARIO, « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », *D.* 2013, p. 1077.

⁶⁸⁷ R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale », *AJ pénal* 2007, p. 373.

⁶⁸⁸ M. NORD-WAGNER, « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014 », *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, n° 143.

⁶⁸⁹ Howard Zehr, *La justice restaurative : pour sortir des impasses de la logique punitive*, Labor et Fides, 2012, cité par E. FORGUES in « Philosophie pénale, anthropologie du droit – Howard Zehr, « La justice restaurative : pour sortir des impasses de la logiques punitives », *RSC*, 2014, p. 254.

⁶⁹⁰ R. CARIO., *La justice restaurative, Principes et promesses*, Ed. L'Harmattan, 2^e éd., 2010.

⁶⁹¹ D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁹² Art. 10-1 al. 2 CPP.

d'insolvabilité⁶⁹³. Par ailleurs, l'utilisation des termes « auteurs » et « victime » est ambigu. Parler d'auteur de l'infraction alors même que la mesure peut être prononcée avant un jugement est contraire à la présomption d'innocence. Le terme « victime » pose également des difficultés. S'agit-il uniquement des victimes directes de l'infraction ? Doit-on prendre en compte les victimes par ricochet ou les victimes indirectes ? Comme la mesure de justice restaurative vise la réparation du dommage résultant de l'infraction, il devrait dès lors s'agir de la victime « pénale » de l'infraction⁶⁹⁴. Il aurait été préférable d'utiliser la définition suivante, en s'inspirant de celle donnée par l'Organisation des Nations Unies⁶⁹⁵ : « *Processus par lequel la victime d'une infraction pénale et le délinquant participent ensemble activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction avec l'aide d'un facilitateur spécialement formé* ». Enfin, un dernier point reste en suspend. Il s'agit de la qualification de la mesure de justice restaurative. Il ne peut pas s'agir d'une peine puisqu'elle n'est pas prononcée par une juridiction de jugement. Le même constat s'impose concernant la qualification de mesure de sûreté. Il pourrait s'agir plutôt d'une sanction pénale mais comme la mesure est consentie par les parties, cela rend cette qualification difficile et en contradiction avec l'objectif de la mesure. Comme le préconise Gaëlle Rabut-Bonaldi, il semble qu'il s'agisse d'un système procédural parallèle⁶⁹⁶. Le législateur a ainsi instauré une mesure ne ressemblant à rien de ce qui existe, une mesure para-pénale brouillant un peu plus la frontière entre le droit pénal et le droit civil.

Toutefois, cette large définition de la justice restaurative autorise les « initiatives individuelles »⁶⁹⁷ dans le respect des conditions énoncées à l'article 10-1 du Code de procédure pénale. Cela rend les modalités du recours à une mesure de justice restaurative particulièrement large (A). Cependant, cette dernière soulève des difficultés d'application concrètes en raison, d'une part, de l'absence d'explication des conditions de mise en œuvre et, d'autre part, de la difficile adaptation d'un système étranger dans notre droit national (B).

A. Les modalités du recours à la justice restaurative

⁶⁹³ D. DASSA-LE DEIST, « La consécration d'une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2014, n° 294, p. 5.

⁶⁹⁴ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.*, p. 97.

⁶⁹⁵ Conseil Économique et Social des Nations Unies, commission pour la prévention du crime et la justice pénale, avril 2002.

⁶⁹⁶ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.*, p. 97.

⁶⁹⁷ R. CARIO et B. SAYOUS, « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ Pénal*, 2014, p. 461.

307. Le texte prévoit des conditions spécifiques (1) pour qu'une des nombreuses mesures de justice restaurative puisse être adoptée dans la mesure où le texte ne prévoit pas précisément en quoi consistent ces mesures, permettant ainsi une grande créativité dans le choix de la mesure (2).

1. Les conditions du recours à une mesure de justice restaurative

308. L'article 10-1 du Code de procédure pénale énonce de manière disparate trois conditions pour qu'une mesure de justice restaurative puisse être proposée. Il est nécessaire que l'auteur de l'infraction ait reconnu les faits, que l'auteur et la victime aient été pleinement informés du contenu de la démarche et qu'ils aient consenti à y participer.

309. La reconnaissance des faits. L'exigence de la reconnaissance des faits, mentionnée à l'article 10-1 du Code de procédure pénale, soulève quelques craintes puisqu'il dispose qu'une telle mesure peut être prononcée « à tous les stades de la procédure ». N'y a-t-il pas, dès lors, une atteinte à la présomption d'innocence pourtant reconnue comme un principe fondamental de la procédure pénale ? Cette condition est conforme aux dispositions des textes internationaux : Recommandation du Conseil de l'Europe⁶⁹⁸, Résolution du Conseil économique et social de l'ONU⁶⁹⁹, Directive européenne⁷⁰⁰, et ne semble pas déranger les ardents défenseurs de la justice restaurative qui considèrent que cette exigence est purement formelle et ne devrait pas être assimilée à un aveu mais à une absence de dénégation⁷⁰¹. Néanmoins cette explication ne nous convainc pas pleinement. Ainsi pour pallier cette difficulté, il nous semble important de ne pas faire usage de cette mesure avant l'audience de jugement.

310. Information complète des protagonistes. Par ailleurs, la victime et l'auteur de l'infraction doivent avoir reçu une information complète concernant la mesure de justice restaurative. Il s'agit d'expliquer le déroulement de la mesure et les garanties dont disposent chaque

⁶⁹⁸ Recommandation n° R (99)19 du Comité des ministres des États membres du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière pénale.

⁶⁹⁹ Conseil Économique et Social des Nations Unies, commission pour la prévention du crime et la justice pénale, avril 2002, reprise lors du XI^e Congrès des Nations Unies, Bangkok, avril 2005.

⁷⁰⁰ Directive du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, ec.europa.eu/justice/criminal/victims/index_fr.htm

⁷⁰¹ R. CARIO et B. SAYOUS, « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *op. cit.*, p. 461.

protagoniste, les suites envisageables, les bienfaits qu'ils peuvent en retirer et ce qu'ils ne doivent pas en attendre. Pour être efficace, cette information doit être formulée de manière didactique et pédagogique, par des intervenants spécialement formés⁷⁰².

311. Consentement à la mesure. Enfin, la mesure « ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction [...] ont consenti expressément à y participer »⁷⁰³. Cette condition est essentielle pour garantir l'implication active de l'ensemble des participants à la rencontre restaurative. Elle marque la légitimité de la place que chacun y occupe. Ce consentement doit pouvoir être exprimé tout au long du déroulement de la mesure et être révocable à tout moment. Néanmoins, le texte demeure incertain sur l'objet et la nature du consentement à la mesure⁷⁰⁴. En effet, rien ne précise la personne devant recueillir le consentement. S'agit-il du procureur de la République, d'un juge spécialisé, d'une personne spécialement habilitée ? Cet accord doit-il se faire en présence de l'avocat ? De notre point de vue, cela paraît évident, à l'instar des mesures alternatives aux poursuites, mais le législateur est silencieux sur ce point. De plus, la nature de cet accord demeure tout aussi floue. Ce problème avait déjà été posé pour la médiation pénale et la doctrine avait assimilé cet accord à la transaction civile prévue à l'article 2044 du Code civil⁷⁰⁵. Il est alors possible de comparer les mesures de justice restaurative à une transaction civile. Toutefois, le Code de procédure pénale ne semble pas assurer les conditions de validité de ce nouveau contrat⁷⁰⁶.

Si toutes ces conditions sont réunies, il est alors possible de proposer une mesure de justice restaurative aux parties.

2. Le domaine du recours à une mesure de justice restaurative

312. Moment du prononcé. L'article 10-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale permet de proposer une mesure de justice restaurative au Cours de l'enquête, de l'instruction, de

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ Art. 10-1 al. 2 CPP.

⁷⁰⁴ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97.

⁷⁰⁵ G. BLANC, « La médiation pénale. Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale », *JCP* 1994. I. 3760, n° 17 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994. 525, p. 354-535 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Coll. Bibl. de sciences criminelles, 2002, t. 36, pref. P. MAISTRE Du CHAMBON, n° 736.

⁷⁰⁶ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.*, p. 97.

l'audience de jugement ou lors de l'exécution des peines. La rédaction volontairement large de cet article permet d'englober des expériences existantes et de nouvelles expérimentations qui pourraient, ensuite, être généralisées⁷⁰⁷.

313. Les mesures possibles : des exemples étrangers. Pour mieux comprendre la richesse de la justice restaurative, il convient de présenter les principales mesures de justice restaurative appliquée dans les pays ayant acquis une bonne expérience de ce système. Il existe six dispositifs différents de justice restaurative⁷⁰⁸.

Tout d'abord la médiation victime / auteur. Il s'agit d'un mécanisme facilitant la rencontre entre la victime et l'infracteur afin de leur permettre, avec l'aide d'un tiers, de discuter des aspects et des conséquences du conflit qui les oppose et de trouver une solution adaptée à leur situation. Cette mesure repose, comme l'indique la recommandation n°R(99)19, sur le libre consentement des parties.

Ensuite, il y a les conférences de groupe. Inspirées par les pratiques tribales des Aborigènes de Nouvelle-Zélande, cette pratique existe en Australie, aux Pays-Bas, en Amérique du Nord, au Canada, en Belgique, au Royaume-Uni et concerne essentiellement le contentieux familial. Il s'agit d'une médiation élargie à toutes personnes ayant un intérêt à la régulation du conflit. Il peut s'agir des membres de la famille, des amis, ou encore des représentants d'institutions judiciaires et sociales. La conférence permet d'identifier les soutiens dont peut avoir besoin l'infracteur pour l'amener à modifier son comportement et à réparer le dommage subi par la victime⁷⁰⁹.

Les cercles de sentence constituent l'une des mesures les plus ambitieuses de la justice restaurative. Il s'agit d'un groupe réunissant tous les membres de la communauté qui souhaitent y participer. Elle permet à chacun d'exprimer son opinion sur les causes et les conséquences du conflit ainsi que la reconnaissance des torts de chacun. La particularité de ce dispositif est d'aboutir à l'adoption d'une décision consensuelle comprenant une sentence. Celle-ci est soit exécutoire en l'état, soit elle constitue une recommandation pour le juge qui l'homologuera pour la rendre exécutoire.

⁷⁰⁷ M. NORD-WAGNER, « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014 », *op. cit.*, p. 3.

⁷⁰⁸ R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ pénal* 2007, p. 373.

⁷⁰⁹ B. SAYOUS, « Les conférences du groupe familial », in R. CARIO, P. MBANZOULOU, *La justice restaurative. Une utopie qui marche ?* Ed. L'Harmattan, 2010.

Les cercles de soutien et de responsabilité concernent principalement les délinquants sexuels dont le risque de récidive est élevé et arrivant en fin de peine sans qu'aucun accompagnement social ne soit proposé. Ils fonctionnent principalement au Canada où ils ont été imaginés par la communauté mennonite, mais sont présents dans certains États d'Amérique du nord et au Royaume-Uni. Ces groupes de soutien sont constitués d'un cercle intérieur comprenant un ancien délinquant, de plusieurs bénévoles spécialement formés, et d'un groupe élargi constitué de professionnels. Les délinquants concernés rencontrent, plusieurs fois par semaine, le référent ancien détenu pour l'aider à surmonter les problèmes qu'ils peuvent rencontrer dans leur préparation à la sortie de prison (démarches administratives, recherche d'emploi, etc.) et leur assurer un soutien moral. En plus de ces rencontres individuelles, des rencontres collégiales ont lieu une fois par semaine. Il s'agit de discussions dont la transparence est le maître mot car ils estiment qu'il s'agit de la meilleure méthode pour maintenir la responsabilité du délinquant. Petit à petit, l'accompagnement s'estompe progressivement en fonction de l'évolution positive du délinquant.

Les rencontres détenus-victimes sont des espaces de dialogue où se retrouvent des victimes et des détenus qui ne se connaissent pas et ne sont pas liés par la même infraction. Cette mesure a été mise en place au Canada, en Belgique et a été expérimentée en France. Il ne s'agit pas de rechercher un accord mais de permettre à chacun des protagonistes de prendre conscience des conséquences de l'acte délinquant. Au Canada, deux programmes existent : l'un concerne plus particulièrement les agressions à caractère sexuel, l'autre réunit un petit nombre de victimes et d'auteurs concernés par le même type d'infractions.

Le travail d'intérêt général est une mesure qui permet aux délinquants de purger leur peine pour le bien de la communauté et de développer les liens avec elle.

314. Les tentatives françaises. En France, plusieurs mesures ont déjà été adoptées. La médiation est pratiquée uniquement dans le cadre pré-sentenciel. L'article 41-1 du Code de procédure pénale prévoit, en effet, que le procureur de la République peut décider de recourir à une médiation avant sa décision sur l'action publique et si la victime est d'accord. Cette mesure est appliquée pour les infractions « peu » graves comme le vol, le non-paiement d'une pension alimentaire, les insultes, ou encore les dégradations. La médiation est plus largement répandue pour la justice des mineurs, sous la forme de médiation, réparation à l'initiative du parquet, du juge d'instruction ou du juge pour enfants. Il s'agit alors de proposer au mineur une mesure ou une activité d'aide ou de réparation, soit directement à l'égard de la victime,

soit au profit de la collectivité. Par ailleurs, des rencontres détenus-victimes ont été réalisées à la maison centrale de Poissy⁷¹⁰, réunissant trois détenus et trois victimes ayant la même infraction en commun : le meurtre. Les détenus ont ainsi pu ressentir la souffrance des victimes qui, de fait, leur ont permis de retrouver une forme d'estime pour eux-mêmes. Les victimes se sont senties apaisées après leur discussion avec les détenus et ont eu une sensation de reconnaissance réciproque de leur souffrance⁷¹¹. Il serait souhaitable que cette expérience soit généralisée à l'ensemble des établissements pénitentiaires afin de permettre au plus grand nombre de détenus de pouvoir en bénéficier. Enfin, le travail d'intérêt général a été créé, en France, par la loi du 10 juin 1983. Il peut être prononcé soit à titre principal, soit à titre probatoire. Il doit être exécuté dans les 18 mois qui suivent le prononcé du jugement et sa durée est comprise entre vingt et deux-cents dix heures. Malgré une opinion publique plutôt favorable à la mesure⁷¹², il s'avère qu'elle est trop peu appliquée en raison de nombreuses difficultés (difficulté pour trouver des postes de TIG adaptés aux femmes, aux personnes handicapées ou n'ayant pas le permis de conduire, faible enthousiasme des élus locaux, lenteur dans la communication des dossiers, etc.).

315. Une place à l'innovation. La grande souplesse de l'article 10-1 du Code de procédure pénale permet la mise en place de mesures innovantes. C'est le cas des groupes de détermination de la peine. Ceux-ci pourraient prendre deux formes : la première serait pré-sententielle et consisterait en la réunion de plusieurs acteurs spécialement habilités, ainsi que de la victime et de l'infracteur, afin de trouver une solution qui serait homologuée par le juge. La seconde pourrait être un groupe de soutien destiné à accompagner les mesures négociées par les parties et validées par le juge. De tels cercles pourraient être préconisés lors du retour du condamné à la liberté afin de préparer au mieux sa réintégration sociale. Ces groupes seraient animés par des professionnels ou des bénévoles spécialement formés et pourraient rassembler les personnes directement concernées par le retour à la liberté. Il s'agit alors d'envisager l'avenir et non de se crisper sur le passé. Cela constituerait une modalité de la « déjudiciarisation »⁷¹³ proposée par Marc Ancel. Par ailleurs, il serait judicieux d'instaurer un « rendez-vous de justice restaurative », soit avant le prononcé de la peine, soit à l'issue du jugement définitif,

⁷¹⁰ R. CARIO, P. MBANZOULOU, « Les rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy : un retour d'expérience », *Les chroniques du CIRAP*, ENAP, juill. 2011, n° 11. V. également, R. CARIO (sous la direction de), *Rencontres détenus-victimes, L'humanité retrouvée*, Ed. L'Harmattan, Paris, coll. Controverses, 2012, p. 164.

⁷¹¹ R. CARIO, P. MBANZOULOU, *op. cit.*, p. 3-4.

⁷¹² *Cahiers de démographie pénitentiaire*, mars 2007, n° 20, p. 2-3.

⁷¹³ D. SALAS, *La volonté de punir, op. cit.*, p. 250.

afin de favoriser l'échange et l'explication de la mesure qui sera prise. En effet, le contexte de l'audience n'est souvent pas très approprié pour permettre à chaque partie de comprendre le sens de la décision. Elles n'ont souvent eu qu'un avocat comme oreille attentive durant l'instance pénale. Ces rendez-vous se dérouleraient à l'extérieur du prétoire, pour apaiser les tensions et éviter un environnement trop anxieux. La juridiction convierait officiellement la victime, l'infracteur et leurs proches en compagnie d'une association d'aide aux victimes, d'un représentant du barreau et d'un juge spécialisé dans l'application des mesures de justice restaurative.

B. La mise en œuvre limitée de la justice restaurative

316. Il existe plusieurs limites qui rendent l'intégration d'un modèle de justice « horizontale » difficile. La première est due à l'absence d'identification précise des personnes participant à une mesure de justice restaurative (1). La seconde concerne l'articulation entre la voie pénale classique et les mesures de justice restaurative (2).

1. La difficile identification des intervenants à la mesure de justice restaurative

317. L'article 10-1 du Code de procédure pénale vise plusieurs intervenants à la mesure de justice restaurative mais le texte reste imprécis sur l'identité et le rôle des participants à la mesure (a) et sur les autorités chargées d'en assurer le contrôle (b).

a. Les tiers participant à la mesure

318. L'alinéa 2 de l'article 10-1 du Code de procédure pénale indique que la mesure est « mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet ». Toutefois, rien n'est précisé sur l'identité de ce tiers⁷¹⁴. Plusieurs possibilités sont envisageables. Il pourrait, d'abord, s'agir d'une personne privée complètement extérieure à l'autorité judiciaire. Il pourrait ensuite s'agir des bureaux d'aide aux victimes, généralement gérés par des associations⁷¹⁵, et dont l'existence au sein de chaque tribunal de grande instance est désormais prévue par l'article 706-15-4 du code de procédure pénale. Une précision du législateur serait la bienvenue car le texte n'apporte pas véritablement d'éléments sur la fonction occupée par ce tiers indépendant ni sur sa

⁷¹⁴ M. NORD-WAGNER, « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014 », *op. cit.*, n° 143.

⁷¹⁵ L'association de politique criminelle appliquée et de réinsertion sociale (APCARS) a récemment créé un service régional de justice restaurative (SRJR) pour l'Ile-de-France, ayant fait l'objet d'une étude en 2014. V. à ce sujet : B. SAYOÛS, *Rapport en vue de l'expérimentation de mesures de justice restaurative en Ile-de-France au sein de l'APCARS*, 2014, [en ligne] [www. Apcars.fr](http://www.apcars.fr).

formation⁷¹⁶. Cela est pourtant une nécessité pour que la justice restaurative puisse fonctionner correctement⁷¹⁷. Malgré cela, d'autres questions restent en suspens : l'intervenant a-t-il un rôle dans l'impulsion de la mesure, ou n'intervient-il qu'au Cours de la mise en œuvre de celle-ci ? Quel sera son lien avec l'autorité judiciaire ? Une clarification est donc nécessaire mais compte tenu de l'absence des décrets d'application, il est impossible de pouvoir répondre à ces interrogations.

Au-delà des incertitudes relatives aux participants à la mesure, d'autres entourent les autres personnes concernées qui sont visées par le texte, à savoir les autorités de contrôle de la mesure.

b. Les autorités de contrôle de la mesure

- 319.** L'article 10-1 du Code de procédure pénale prévoit que la mesure est mise en œuvre sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire, mais n'apporte aucune précision concernant leur identité⁷¹⁸. De plus, rien n'est précisé sur l'étendue du contrôle. Aura-t-il la possibilité d'intervenir dans le choix de la mesure ? Pour Magalie Nord-Wagner, il semblerait que ce contrôle soit purement formel⁷¹⁹. Nous restons d'autant plus circonspect que la mesure est confidentielle. Il semble, dès lors, bien difficile de concilier cette confidentialité avec l'hypothèse même d'un contrôle⁷²⁰. L'autorité de contrôle devra-t-elle homologuer l'accord restauratif passé entre les parties ? Aura-t-elle un pouvoir de modification ? Il semblerait logique que l'autorité judiciaire homologue la mesure afin de contrôler, au minimum, que les conditions de l'article 10-1 du Code de procédure pénale soient respectées. Néanmoins, la réponse n'est pas aussi certaine puisque dans les pays étrangers pratiquant déjà la justice restaurative, toutes les mesures ne sont pas soumises à un contrôle⁷²¹. Un décret devra donc préciser les modalités précises de ce contrôle.

⁷¹⁶ L'Institut français pour la justice restaurative (IFJR) a commencé à offrir, en partenariat avec l'INAVEM, des formations sur le fonctionnement des mesures de justice restaurative et a édité un code de déontologie pour la mise en œuvre de ces mesures en juillet 2014 : [en ligne] justicerestaurative.org/actualites_2014-07-22.html. Il est d'ailleurs regrettable que la section de criminologie ait été supprimée car elle aurait permis à l'Université d'investir ce nouveau champ de formation.

⁷¹⁷ R. CARIO, « la justice restaurative : vers un inévitable consensus », *D.* 2013, p. 1077.

⁷¹⁸ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.*, p. 97.

⁷¹⁹ M. NORD-WAGNER, « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014 », *op. cit.*, n° 143.

⁷²⁰ J.-H. ROBERT, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *JCP G* 2 mars 2015, n° 9, doctr. 273.

⁷²¹ [<http://conference-consensus.justice.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/01/fiche-14-justice-reparatrice.pdf>]

La difficulté à mettre en œuvre la mesure de justice restaurative se manifeste également dans les incertitudes qui entourent l'articulation de cette voie procédurale parallèle avec la procédure pénale classique, et notamment avec les actions en matière pénale.

2. Le problème de l'articulation des mesures de justice restaurative avec la voie pénale classique

320. Au-delà des difficultés qui concernent l'application du texte en lui-même, rien n'est précisé à l'article 10-1 du code de procédure pénale quant à l'articulation de la mesure de justice restaurative avec les actions en justice régies par le Code de procédure pénale⁷²², que sont l'action publique (a) et l'action civile (b).

a. L'articulation de la mesure avec l'action publique

321. La mise en œuvre des mesures de justice restaurative soulève d'importantes questions sur l'articulation de celles-ci avec l'exercice de l'action publique classique. Comme ces mesures peuvent être prononcées à « tous les stades » de la procédure, comment peuvent-elles se combiner avec les actes d'enquêtes ? Et comme il a été indiqué, « *qu'advient-il de ces mesures dès lors que le mis en cause contestera les faits ou a contrario niera ?* »⁷²³. Cela est d'autant plus inquiétant que ces mesures « *sont confidentielles* »⁷²⁴, sauf dans certains cas, et notamment lorsque les nécessités de la répression imposent qu'elle soit portée à la connaissance du procureur de la République. Cette confidentialité conduit à s'interroger sur les effets de la mesure sur l'action publique. Si la mesure de justice restaurative n'est pas connue de l'autorité de poursuite, comment peut-elle s'articuler avec l'action publique ? L'Institut pour la justice restaurative préconise une information formelle en cas de crainte d'une nouvelle infraction. En effet, il s'agit d'une information sur « *le déroulement de la mesure et non sur le contenu des échanges* ». Il précise que ces révélations ne pourront pas servir de base pour de nouvelles poursuites, de la même manière que le contenu des pourparlers en vue d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne pourra pas, en cas d'échec, être invoqué devant le tribunal correctionnel⁷²⁵. Cela contribue au

⁷²² D. DASSA - LE DEIST, « La consécration d'une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2014, n° 294, p. 5.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Art. 10-1 al. 2. CPP

⁷²⁵ J. -H., ROBERT, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative » *op. cit.*

caractère « parallèle »⁷²⁶ de cette nouvelle voie procédurale, mais son articulation avec l'action publique demeure encore bien « mystérieuse »⁷²⁷.

322. Par ailleurs, la mise en œuvre d'une mesure de justice restaurative soulève une autre difficulté. Empêche-t-elle l'exercice de l'action publique ? Il semblerait que la réponse à cette question soit négative car la mesure de justice restaurative a pour but principal de permettre la réparation des préjudices causés par l'infraction, ce qui ne permet pas véritablement de mettre fin au trouble à l'ordre public, objet de la répression⁷²⁸. La jurisprudence a d'ailleurs considéré, s'agissant de la médiation pénale, que celle-ci ne fait pas obstacle à la mise en œuvre des poursuites, même en cas de succès⁷²⁹. Cela contribue ainsi au mouvement de privatisation de la responsabilité pénale en obscurcissant « *d'avantage les frontières entre la peine et la réparation civile* »⁷³⁰.

En théorie, la mesure de justice restaurative semblerait pouvoir coexister avec l'exercice de l'action publique, même si rien n'est précisé dans le texte quant aux modalités de cette articulation. Une question identique se pose s'agissant de l'articulation avec l'action civile.

b. L'articulation avec l'action civile

323. Les mesures de justice restaurative nous amènent à nous interroger sur leur articulation avec l'action civile puisque ces deux actions ont pour but la réparation des préjudices résultant de la commission d'une infraction. Ainsi nous pouvons nous demander si la réparation obtenue à la suite d'une mesure de justice restaurative a pour effet d'éteindre l'action civile. Madame Rabut-Bonaldi considère que « *si les préjudices devaient être entièrement réparés par le biais d'une mesure de justice restaurative, la victime de l'infraction ne devrait plus avoir d'intérêt à agir au titre de l'action civile* »⁷³¹. La solution n'est pourtant pas aussi évidente. En effet, si l'on se permet une comparaison avec la mesure de sanction-réparation en raison de sa nature

⁷²⁶ D. SALAS, *La volonté de punir*, *op. cit.*, p.250.

⁷²⁷ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.*, p. 97.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, D. 2011. 2379, note F. Desprez. V. également : Cass. crim., 17 janv. 2012, n° 10-88.226, D. 2012. 2118, obs. J. Pradel.

⁷³⁰ M. GIACOPELLI, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », *AJ pénal* 2014, p. 447 ; M. NORD-WAGNER, « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014 », *op. cit.*, n° 143 ; G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.*, p. 97.

⁷³¹ G. RABUT-BONALDI, « La mesure de la justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *op. cit.*, p. 97.

hybride⁷³² énoncée à l'article 131-8-1 du Code pénal, rien n'interdit à la victime, qui n'a pas exercé l'action civile devant la juridiction pénale, de demander ultérieurement réparation au prévenu devant une juridiction civile si elle peut établir l'existence d'un préjudice différent de celui qui serait réparé par la mesure pénale. Dès lors, nous pensons qu'il ne soit plus possible d'exercer l'action civile quand la victime a obtenu réparation de son préjudice sauf si elle démontre la présence d'un préjudice différent.

Conclusion du chapitre 2.

324. Le droit pénal a accordé une place importante à la resocialisation en dépassant les doctrines traditionnelles de la sanction pénale. Cependant, la conception traditionnelle de la resocialisation se heurte à des limites et à des controverses. En effet, il a été démontré que la resocialisation, dans sa conception classique, ne parvenait pas à remplir correctement son objectif. Ainsi, il serait opportun de repenser la conception de la resocialisation. En s'appuyant sur la pensée de Marc Ancel, Il est possible de préconiser un passage de la resocialisation à la responsabilisation du délinquant. La sanction doit ainsi permettre de redonner le sens des responsabilités à la personne condamnée. Cela passe par une simplification du droit pénal, en éliminant les fictions juridiques et par une réponse pénale intégrant différents acteurs sociaux afin de permettre cette responsabilisation. Cette transformation de la resocialisation ne semble pas évidente et se heurte à de nombreux blocages, principalement dus à la pression sécuritaire de la société. Ce faisant, la seule manière de renforcer l'efficacité de la peine consiste à développer l'individualisation de la sanction pénale.

Conclusion du Titre 2.

325. L'utilité de la peine renvoie à deux rationalités punitives : rétribuer le passé et préparer l'avenir. La rétribution est une fonction qui a toujours été assignée à la peine en ce qu'elle permet d'infliger un châtiment à l'auteur d'une infraction, principalement en le privant de sa liberté. Mais le législateur impose un devoir de mesure dans la répression au titre des articles

⁷³² S. FOURNIER, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », in *Mélanges J. -H., ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 285 et s.

5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel veille alors au respect de la proportionnalité de la répression sous le prisme nouveau de l'individualisation de la peine. Toutefois, le législateur a considérablement développé les sanctions pouvant être prononcées en créant des peines complémentaires, des peines accessoires, des mesures administratives, ou encore des mesures de sûreté. Tant et si bien qu'il a fallu définir préalablement le champ d'application de la peine.

- 326.** Par ailleurs, la peine doit permettre de préparer l'avenir par l'application d'un traitement de réinsertion sociale. Ces traitements ont été très largement critiqués concernant leur efficacité sur la prévention de la récidive, en ce qu'ils restent des mesures contraignantes et pour lesquelles le délinquant n'est pas véritablement impliqué. Ainsi, il serait plus opportun de repenser la réinsertion sociale en développant une véritable pédagogie de la responsabilité. Celle-ci devrait s'accompagner d'une déjudiciarisation du droit pénal et par le développement de nouvelles mesures issues de la justice restaurative très utilisée dans les pays anglo-saxons. Mais le recours important à la judiciarisation de la société et la différence culturelle avec les pays de *common law* rendent la mise en œuvre de la pédagogie de la responsabilité difficile.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

327. La philosophie humaniste qui s'est développée depuis le milieu du XX^e siècle, promue par le courant de la Défense sociale nouvelle, a conduit le législateur à prendre en compte davantage le criminel que le crime. Cette évolution a entraîné une évolution des règles de droit qui, aujourd'hui comme hier, sont égalitaires, mais d'une manière différente. Quand la peine n'était que la contrepartie du trouble causé à l'ordre public, elle pouvait être logiquement indexée sur lui, ce qui légitimait sa fixité. Désormais, comme le droit pénal est principalement destiné à sanctionner le délinquant, la sanction doit être mesurée en fonction de sa personnalité et de sa situation matérielle. Autrement dit, la peine doit être individualisée. Pourtant, cette manière de concevoir l'égalité devant la loi peut susciter des inquiétudes car elle renonce à la légalité criminelle au profit de l'égalité. Au nom de l'individualisation des peines, le législateur a, petit à petit, délaissé son rôle au profit de l'autorité judiciaire, au détriment de l'égalité. Bien que l'individualisation judiciaire connaisse des limites, le législateur est le seul à pouvoir prendre en compte les particularités de l'infraction et la personnalité du délinquant car il ne peut s'intéresser qu'aux cas généraux et non à la singularité du passage à l'acte. C'est pourquoi il nous semble que l'individualisation judiciaire garantit une peine juste.

328. Par ailleurs, ce courant humaniste a également permis de repenser la finalité de la sanction pénale. Traditionnellement, la peine a une valeur rétributive. Le délinquant devait subir une souffrance proportionnée au trouble causé à l'ordre social et destinée à le compenser. La peine permettait alors de rendre justice et de rétablir l'équilibre rompu par l'infraction. À partir du milieu du XX^e siècle, sous l'influence de Marc Ancel, l'idée naît que la peine doit permettre au délinquant de s'adapter à la vie en société, grâce à une individualisation très poussée et

respectueuse des droits de l'homme. Plus encore, la sanction pénale doit permettre la responsabilisation du délinquant. Pour ce faire, il convient de changer le paradigme du droit pénal en ne faisant plus de la responsabilité pénale le déclencheur de la répression mais sa finalité. Cette évolution devrait conduire à une dé-juridicisation du droit pénal afin de se débarrasser de toutes les fictions inutiles brouillant le droit pénal, et de limiter l'intervention judiciaire. Cela aurait pour conséquence le développement d'une « individualisation para-pénale » effectuée par des professionnels spécialement formés qui utiliseraient de nouvelles mesures issues de la justice restaurative. Néanmoins, le maintien des fictions juridiques et le recours toujours plus important à la juridicisation nous montre que le droit pénal n'a pas évolué vers la dé-juridicisation attendue et rend plus difficile la mise en place des mesures de justice restaurative. Ce faisant, la solution la plus pragmatique est d'accroître l'individualisation judiciaire en accordant une grande liberté au juge lors de la détermination de la peine et en favorisant une bonne connaissance du délinquant.

Partie 2. Le principe d'individualisation, une mise en œuvre garantissant partiellement l'efficacité de la sanction

- 329.** L'individualisation de la peine passe nécessairement, comme nous l'avons démontré⁷³³, par une évolution du concept de responsabilité. Pour être efficace, la responsabilité du délinquant n'est plus l'élément déclencheur de la responsabilité pénale mais en devient la finalité. Marc Ancel confirme le « *caractère hautement irréductible de la responsabilité sur le triple terrain individuel, social et moral* »⁷³⁴. L'individualisation de la peine doit donc parvenir à réaliser cette responsabilisation. Les conséquences de cette proposition sont doubles.
- 330.** Tout d'abord, il faut que le juge puisse avoir la liberté de pouvoir choisir la peine et de pouvoir l'aménager pour tenir compte de la spécificité de chaque délinquant. Pour cela, le juge dispose d'un arsenal complet de sanctions et de mesures lui permettant d'individualiser la peine. Toutefois, cette grande liberté doit avoir des limites afin de ne pas retomber dans un système arbitraire. Le principe de la légalité des peines et l'obligation de motiver le choix de la peine permettent justement d'encadrer cette grande liberté même si une motivation systématique et plus détaillée permettrait, de notre point de vue, une plus grande lisibilité et une meilleure compréhension de la décision (Titre 1).
- 331.** Par ailleurs, la prise en considération de la personnalité du délinquant devient une nécessité. Conçu comme un sujet de droit, il doit être « *intégré dans le procès pénal* »⁷³⁵. Une connaissance approfondie de ce dernier par le juge est alors nécessaire, entraînant le développement de « *l'examen scientifique du délinquant* »⁷³⁶ et la « *modification de la procédure pénale traditionnelle* »⁷³⁷. L'individualisation de la peine doit donc permettre la mise en place d'un traitement de resocialisation permettant la responsabilisation du délinquant et son retour dans la société (Titre 2).

⁷³³ V. infra n° 289 et s.

⁷³⁴ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 253.

⁷³⁵ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 243.

⁷³⁶ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 216.

⁷³⁷ M. ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 219.

Titre 1. L'efficacité atteinte par une détermination libre de la peine

332. Le prononcé d'une peine en répression d'un comportement délictueux répond à la fois à une fonction sociale et individuelle. D'une part, la peine vise à réparer symboliquement le trouble social commis par le délinquant, et à prévenir de façon générale la récidive par l'intimidation. D'autre part, la peine répond à un objectif de prévention spéciale en cherchant à sanctionner le délinquant, mais aussi à le réinsérer dans la société. C'est justement sur ce dernier point que se focalise le dispositif de détermination de la peine par le juge dans le Code pénal.

333. Pour atteindre cet objectif, le Code pénal consacre une section 2 du chapitre II aux « modes de personnalisation des peines » et offre au juge un large choix de peines lui permettant d'adapter au mieux la sanction aux circonstances de l'infraction et à la personnalité du prévenu.

C'est ainsi que lorsque le juge conclut à la culpabilité du prévenu ou de l'accusé, il doit tout d'abord se demander s'il prononce ou non une peine (chapitre 1) puis, dans le cas où il choisirait une peine, le juge devra en préciser les modalités d'exécution (chapitre 2).

Chapitre 1. La libre détermination de la peine

334. Lorsque le juge constate une infraction, il doit ensuite envisager le prononcé d'une sanction. En effet, « *le prononcé de la peine marque le moment où la répression prend corps, où, aux yeux du public, comme à ceux de la victime, le droit est dot, justice est faite. Au désordre engendré par le délit succède l'ordre restauré par le juge* »⁷³⁸ (section 1). Cependant, le juge peut, exceptionnellement, ne pas prononcer de peine par choix ou par disparition de la peine (section 2).

Section 1. Le choix de prononcer une sanction

335. La détermination de la peine par le juge est évidemment encadrée par le principe de la légalité criminelle qui fixe les montants maximaux des peines. Mais le choix de la sanction et de son quantum demeure à la libre appréciation du magistrat. En effet, comme le disait Saleilles, il est bien normal que le juge exerce librement ce choix car la réponse du législateur ne peut être qu'abstraite. Ce faisant, les pouvoirs accordés aux juges n'ont cessé de croître afin de leur permettre de mieux apprécier la culpabilité du prévenu pour ensuite prononcer une sanction la plus adaptée et efficace, « *c'est-à-dire en tenant compte de tous les éléments d'ordre matériel ou psychologique de nature à expliquer le comportement coupable* »⁷³⁹ (§1). Cela étant, la libre détermination de la peine par le juge connaît également de nombreuses limites (§2).

§1. Une liberté accrue

336. Le juge peut librement déterminer la nature (A), c'est-à-dire le type de peine et le quantum (B) de la sanction pénale.

A. La détermination libre de la nature de la sanction pénale

337. Le principe est celui de la liberté du juge dans la détermination de la nature de la peine prononcée. Il peut ainsi choisir de prononcer une peine soit principale, encourue pour l'infraction commise, soit de la remplacer par une peine alternative (1). Il peut également décider de prononcer une mesure complémentaire qui peut être une peine complémentaire ou une mesure de sûreté (2).

⁷³⁸ J. LEBLOIS-HAPPE, « Le prononcé de la peine par le juge », in *Vers un nouveau procès pénal ?*, SLC coll. « colloques », 2009, vol. 9, p. 201.

⁷³⁹ M. PUECH, « Scolies sur la faute pénale », in *Fin de la faute ?*, Droits 1987/5, p. 86.

1. Le choix d'une peine

338. Lorsque le juge détermine la peine à prononcer, il peut choisir soit l'une des peines principales encourues (a), soit une peine alternative ou de substitution (b). Le choix de l'un ou de l'autre dépend essentiellement de la « faisabilité » de la peine et d'une réponse progressive afin de maintenir « une cohérence d'ensemble »⁷⁴⁰.

a. Le choix d'une peine encourue

339. La peine principale est la sanction essentiellement encourue : c'est elle qui sert de référence pour qualifier l'infraction en crime, délit ou contravention. En ce sens, elle est parfois nommée « peine de référence ».

340. Le choix d'une peine d'emprisonnement. Le juge peut tout d'abord choisir de prononcer une peine privative de liberté. En matière criminelle, l'article 131-1 du Code pénal prévoit que la privation de liberté est la seule peine principale : elle se décline en réclusion criminelle (pour les infractions de droit commun) et en détention criminelle (pour les infractions politiques) dont la durée est de dix ans au moins jusqu'à la perpétuité.

Pour les délits, l'emprisonnement -de deux mois à dix ans encourus⁷⁴¹- constitue la peine de référence prévue par le législateur. L'article 132-19 alinéa 2 du Code pénal, modifié par la loi du 15 août 2014, fait de la peine privative de liberté la peine de dernier recours, ne pouvant être prononcée que lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur doivent rendre cette peine nécessaire et, toute autre sanction que l'emprisonnement ferme doit être inadéquate. En effet, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 avait amorcé le principe d'une obligation d'aménagement de peine. L'emprisonnement ferme devenait alors la peine de « dernier reCours », les juges étant invités à trouver un aménagement de peine selon les dispositions de l'article 132-24 alinéa 3 du Code pénal⁷⁴². Force est de constater que cette disposition n'a pas eu l'effet escompté sur la pratique judiciaire, tant et si bien que le législateur a été dans l'obligation de réécrire l'article 132-1 du Code pénal par la loi du 15 août 2014, en indiquant de manière beaucoup plus

⁷⁴⁰ J. DANET, *La réponse pénale*, PUR, p. 192 et s.

⁷⁴¹ art. 131-4 CP

⁷⁴² En cas de prononcé d'une peine ferme, celle-ci « 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 du Code pénal ».

solennelle et claire que : « Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités de la peine énoncées à l'article 130-1 ». Cette affirmation est assez mal formulée car elle supposerait qu'avant 2014 le juge n'individualisait pas la peine. Cela est évidemment faux. Dans l'esprit du gouvernement et du législateur, il s'agissait plutôt d'éviter l'emprisonnement ferme. Il aurait été plus judicieux d'inscrire dans la loi que « la peine d'emprisonnement sans sursis est une peine de dernier recours, la sanction doit faire l'objet des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25-132-28 du Code pénal en fonction de la personnalité et la situation du condamné ».

Cette obligation d'individualisation s'impose à toutes les juridictions de jugement, mais ayant souvent peu d'éléments relatifs à la personnalité du prévenu, le tribunal correctionnel peine parfois à ajuster la sanction à la situation du condamné. Dans ce souci d'individualisation de la peine, la comparution du prévenu sera souvent utile pour l'obtention d'éléments de personnalité. Pour autant, même en son absence, le tribunal correctionnel devra avoir ce souci d'individualiser la peine prononcée en cas de condamnation, même si cela rend la tâche plus difficile.

Malgré ces limites, la juridiction de jugement demeure libre de choisir la nature et le quantum de la peine qu'elle souhaite prononcer. Elle peut également décider librement de ne pas prononcer de peine si la personnalité du condamné et les conditions de l'infraction le permettent.

- 341. Le choix d'une peine d'amende.** Le juge peut également prononcer une amende, soit délictuelle, soit contraventionnelle. Lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction est libre de prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue⁷⁴³. La juridiction détermine son montant en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction⁷⁴⁴, et pour atteindre cet objectif, les convocations en justice doivent inviter le prévenu à se munir de tous justificatifs de ressources en vue de l'audience. Le juge a donc le devoir de vérifier la solvabilité du prévenu s'il veut que la peine qu'il prononce soit effective.

⁷⁴³ art. 132-20 du CP

⁷⁴⁴ art.132-20 du CP modifié par la loi du 15 août 2014

Par ailleurs, l'amende peut être prononcée avec sursis, total ou partiel, sous certaines conditions⁷⁴⁵ ; le sursis n'est toutefois pas applicable à l'amende prononcée pour les contraventions des quatre premières classes⁷⁴⁶. Cependant, dans certains domaines, les amendes ont un double caractère : de peine et de réparation civile. Dans ces situations particulières (droit fiscal, droit douanier, droit forestier), l'octroi du sursis est impossible⁷⁴⁷. En cas de sursis partiel, si la révocation n'a pas été encourue, la partie de l'amende non assortie du sursis reste due⁷⁴⁸. La juridiction peut également décider de fractionner le paiement de l'amende pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social, dans la limite de trois années⁷⁴⁹.

En cas de délits et contraventions en concours : une amende pour chaque contravention, et une pour l'ensemble des délits⁷⁵⁰.

Toute personne qui s'acquitte de l'amende dans le mois du prononcé de la décision bénéficiera d'une réduction de 20 % dans la limite de 1 500 €⁷⁵¹. Le président doit avertir le prévenu de cette disposition⁷⁵². Ces avis peuvent être délivrés par le greffier du tribunal ou par le greffier du bureau de l'exécution (BEX).

En cas de non-paiement d'une ou plusieurs amendes, pour un montant d'au moins 2 000 €, il est permis de recourir à une voie d'exécution particulière, la contrainte judiciaire (qui a remplacé la contrainte par corps depuis le 1^{er} janvier 2005), permettant d'incarcérer le condamné solvable, pour le contraindre à s'acquitter de sa dette, à la demande du procureur, et sur décision du juge de l'application des peines pour une durée fixée par ce dernier selon des *maxima* prévus par la loi⁷⁵³. L'article 759 du Code de procédure pénale prévoit que les personnes contre lesquelles la contrainte a été prononcée peuvent en faire cesser les effets, soit en payant ou consignat une somme suffisante pour éteindre leur dette, soit en fournissant une caution reconnue bonne et valable. La caution est admise par le comptable public compétent. En cas de contestation, elle est déclarée, s'il y a lieu, bonne et valable par le président du tribunal de grande instance agissant par voie de référé. La caution doit se libérer dans le mois, faute de quoi elle peut être poursuivie. Lorsque le paiement intégral n'a pas été

⁷⁴⁵ art. 132-31 et 132-39 du CP

⁷⁴⁶ art.132-34 du CP

⁷⁴⁷ Cass. crim. 25 nov. 1992, Bull. crim. n° 392

⁷⁴⁸ art. 132-39 du CP

⁷⁴⁹ art.132-28 du CP

⁷⁵⁰ art.132-7 du CP

⁷⁵¹ art.707-2 du CPP

⁷⁵² art. 707-3 du CPP

⁷⁵³ art. 749 et suivants du CPP

effectué, et sous réserve des dispositions de l'article 760 du Code de procédure pénale, la contrainte judiciaire peut être requise à nouveau pour le montant des sommes restant dues.

Hormis les peines encourues, le juge peut décider de choisir une peine de substitution.

b. Le choix d'une peine de substitution

342. Définition. Les peines alternatives ont vocation à se substituer à la peine principale encourue, de sorte qu'elles sont parfois appelées « peines de substitution ».

343. Les peines alternatives. Le juge a ainsi la faculté, en répression d'une infraction, de ne prononcer qu'une peine alternative, à la place de la peine principale. On dira alors que la peine alternative est prononcée « à titre de peine principale » ce qui signifie « en lieu et place de la peine principale ». Les peines alternatives présentent les caractères suivants : elles sont prévues par des dispositions générales du code pénal, et non par chaque texte de répression ; leur quantum maximum n'est pas modulé selon les infractions ; elles ne sont applicables qu'en matière correctionnelle⁷⁵⁴ et pour les contraventions de la 5^e classe⁷⁵⁵.

En principe, les peines alternatives ne peuvent être prononcées cumulativement avec les peines principales. Ainsi, on ne peut sanctionner une infraction en prononçant à la fois une peine d'emprisonnement et une peine de travail d'intérêt général. Ce principe connaît toutefois des atténuations et des dérogations : le jour-amende ne peut être prononcé cumulativement avec l'amende⁷⁵⁶, mais aucun texte n'interdit de le cumuler avec l'emprisonnement ; chaque peine alternative peut être prononcée cumulativement avec la peine d'amende (sauf le jour-amende) ; il est possible de prononcer cumulativement plusieurs peines alternatives, la sanction réparation peut être prononcée soit à la place de l'emprisonnement ou de l'amende, soit cumulativement avec ces peines⁷⁵⁷.

Il faut préciser enfin que la plupart des peines alternatives sont conçues comme des substituts à l'emprisonnement. Cependant, il existe des délits pour lesquels la seule peine principale prévue par la loi est l'amende. Pour ces délits, les articles 131-7 et 131-8-1 du Code pénal permettent de prononcer, à titre d'alternative à l'amende, les peines privatives ou restrictives de droit de l'article 131-6 ou la sanction-réparation.

⁷⁵⁴ art. 131-4-1 à 131-8-1 CP

⁷⁵⁵ art. 131-14 et 131-15-1 CP

⁷⁵⁶ art. 131-9 al. 3 CP

⁷⁵⁷ art. 131-8-1 CP

344. Le législateur a prévu plusieurs types de peines alternatives :

- La contrainte pénale⁷⁵⁸ : il s'agit d'une peine astreignant le condamné, pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans, à des mesures de contrôle, ainsi que des obligations et interdictions ; elle a vocation à être prononcée « lorsque la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur d'un délit et les faits de l'espèce justifient un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu »⁷⁵⁹.
- Le jour-amende⁷⁶⁰ : si l'emprisonnement est encouru, cette sanction peut être prononcée. Elle consiste en l'obligation faite au condamné de verser au Trésor Public une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours. Le montant de chaque jour-amende est déterminé en tenant compte des ressources et charges du prévenu ; il ne peut excéder 1 000 €. Le nombre de jours-amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction. Il ne peut excéder trois cent soixante jours.
- Le stage de citoyenneté⁷⁶¹ : stage visant à rappeler au condamné les valeurs républicaines. Sa durée est déterminée par la juridiction, dans la double limite d'un mois et de six heures par jour. Son coût, qui ne peut dépasser quatre cents cinquante euros, peut rester à la charge du condamné.
- Les peines privatives ou restrictives de libertés de l'article 131-6 du Code pénal : (suspension/ annulation du permis de conduire, confiscation d'objet, interdictions d'émettre des chèques, etc.).
- Le travail d'intérêt général : d'une durée de vingt à deux cents quatre-vingts heures⁷⁶², le condamné accomplit un travail non rémunéré, au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées.
- La sanction-réparation⁷⁶³ : Il s'agit, pour le condamné, de procéder dans le délai et selon les modalités fixées par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime.

⁷⁵⁸ art. 131-4-1 CP

⁷⁵⁹ Elle ne peut sanctionner que des délits commis après le 1er octobre 2014 et passibles d'un emprisonnement de cinq ans maximum.

⁷⁶⁰ art. 131-5 du CP

⁷⁶¹ art. 131-5-1 du CP

⁷⁶² art. 131-8 du CP modifié par la loi du 15 août 2014 ; pour les délits commis avant le 1er octobre 2014, le maximum encouru est limité à 210 heures.

⁷⁶³ art. 131-8-1 du CP

Malgré leur grande diversité, les peines de substitution ne représentent que 10 % de l'ensemble des peines prononcées en 2014⁷⁶⁴. Leur nombre est donc faible, alors même que la plupart d'entre elles peuvent se substituer à une peine d'amende ou d'emprisonnement pour tous les délits. Par ailleurs, il convient de souligner que leur utilisation se concentre sur certains délits : les délits routiers – il s'agit alors principalement de la suspension du permis de conduire et de jours-amende –, les vols et recels, les infractions sur les stupéfiants, les coups et violences de faible gravité. Enfin, ce sont surtout les peines de travail d'intérêt général et de jours-amende qui sont prononcées.

345. Développer le prononcé des peines alternatives. Pour réduire le nombre de peines privatives de liberté prononcées, et permettre une véritable individualisation de la peine, il est impératif de rendre les peines alternatives effectives en mobilisant davantage de moyens pour permettre leur mise en œuvre, sachant qu'elles sont moins coûteuses que des peines d'emprisonnement. Chaque juridiction devrait donc pouvoir organiser les différents stages de sensibilisation ou de citoyenneté ; mais sans effectifs supplémentaires, il est illusoire de penser que les juges de l'application des peines et les services pénitentiaires d'insertion et de probation pourront s'assurer que les mesures prononcées ont bien été appliquées.

Pour développer le prononcé des peines alternatives à l'emprisonnement, il est également nécessaire de faire un travail pédagogique de crédibilisation des peines non privatives de liberté. Il s'agit d'une condition nécessaire à leur développement, à leur utilisation par les juges comme à leur acceptation par la société. Cet effort de crédibilisation, de diversification et d'adaptation des peines de substitution aux infractions sanctionnées devra s'accompagner d'une sensibilisation du grand public à la réalité de ces peines. Une explication sur leur caractère contraignant et surtout leur efficacité en termes de lutte contre la récidive devraient être faite dans le cadre d'une campagne d'information visant un large public. On pourrait alors imaginer des campagnes de sensibilisation effectuées auprès des médias, comme cela a été réalisé en Finlande. Ce pays est parvenu, en vingt ans, à diviser par deux son taux de détention par la mise en œuvre d'une politique globale, accompagnée d'une sensibilisation de tous les acteurs et de la presse⁷⁶⁵.

Lorsqu'il prononce une peine, le juge peut décider d'ajouter une mesure complémentaire.

⁷⁶⁴ Les chiffres clés de la justice, éd. 2015, p. 18

⁷⁶⁵ D. RAIMBOURG et S. HUYGHE, *Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, n° 652, 23 janv. 2013, p. 92.

2. Le choix d'une mesure complémentaire

346. Le juge a la possibilité d'accompagner la peine principale qu'il prononce par des mesures complémentaires. Il peut s'agir d'une peine complémentaire (a) ou d'une mesure de sûreté (b).

a. Le choix d'une peine complémentaire

347. Il convient de distinguer les peines complémentaires applicables en matière criminelle et correctionnelle, et celles applicables en matière contraventionnelle.

348. Conditions. En matière correctionnelle ou criminelle, lorsque la loi le prévoit, un délit peut être sanctionné d'une ou plusieurs peines complémentaires qui emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, fermeture d'un établissement, ou affichage ou diffusion de la peine prononcée⁷⁶⁶. Il convient donc de se référer à chaque texte de répression pour l'infraction considérée afin de connaître la peine complémentaire encourue.

Les peines complémentaires peuvent être assorties du sursis sauf en ce qui concerne la confiscation, la fermeture d'établissement et l'affichage⁷⁶⁷. Cette règle n'est applicable que pour les peines complémentaires tirées des textes du Code pénal. Lorsque les textes de répression utilisés proviennent d'autres codes ou législations, il peut être prévu que les peines complémentaires ne puissent faire l'objet d'un sursis. Ainsi, l'article L. 234-2-11 du Code de la route prévoit expressément que les peines complémentaires citées (la suspension ou l'annulation du permis de conduire, la peine de jour-amende...) ne sauraient être assorties du sursis. Cependant, si, pour les mêmes délits routiers, cette peine devait être prononcée à titre de peine principale, en application de l'article 131-6 du CP, le sursis reste possible⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ art. 131-10 CP

⁷⁶⁷ art. 132-31 CP.

⁷⁶⁸ Cass. crim. 18 février 2004, Bull. crim n°48 : « Qu'en effet, selon l'article 132-31 du code pénal, qui ne comporte aucune restriction analogue à celle prévue par l'article L. 234-2-11 du code de la route, le sursis simple est applicable à la peine de suspension du permis de conduire lorsque celle-ci est prononcée, comme en l'espèce, à titre principal, sur le fondement des articles 131-6 et 131-9 du code pénal. »

349. Typologie des peines complémentaires. Il s'agit de : l'interdiction d'émettre des chèques⁷⁶⁹, l'interdiction d'utiliser des cartes de paiement⁷⁷⁰, la confiscation facultative ou obligatoire⁷⁷¹, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille⁷⁷², l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale⁷⁷³, l'interdiction du territoire français pour les étrangers⁷⁷⁴, l'interdiction de séjour⁷⁷⁵, la fermeture d'un établissement⁷⁷⁶, l'exclusion des marchés publics⁷⁷⁷, l'affichage ou la diffusion de la décision⁷⁷⁸, le stage de sensibilisation à la sécurité routière⁷⁷⁹, le stage de sensibilisation aux dangers de la drogue, le stage de responsabilité parentale, la sanction-réparation⁷⁸⁰.

350. Prononcé d'une peine complémentaire. Le tribunal peut prononcer une ou plusieurs des peines complémentaires encourues. La loi du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines est venue étendre le champ d'application des saisies et confiscations, tout en facilitant leur mise en œuvre. Ainsi, les confiscations et saisies pourront concerner l'ensemble des biens appartenant à la personne poursuivie et ne seront plus limitées aux seuls biens en lien avec l'infraction. L'objectif de cette disposition est de lutter contre les prête-noms.

Le tribunal peut également prononcer ces peines complémentaires à titre de peine principale⁷⁸¹. Le non-respect des obligations ou interdictions attachées à ces peines constitue un délit⁷⁸² sanctionné par deux ans d'emprisonnement. Toutefois, la juridiction peut, lors du prononcé de la peine complémentaire à titre de peine principale, fixer la durée maximum de l'emprisonnement ou de l'amende encourue en cas d'inexécution du stage, et le juge de l'application des peines sera chargé, à la demande du procureur, de décider de la mise à exécution totale ou partielle de l'emprisonnement et/ou de l'amende⁷⁸³ ; dans ce cas cette

⁷⁶⁹ art.131-19 du CP

⁷⁷⁰ art.131-20 du CP

⁷⁷¹ art.131-21 du CP

⁷⁷² art.131-26 du CP

⁷⁷³ art.131-27 et 131-29 du CP

⁷⁷⁴ art.131-30 à 131-30-2 du CP

⁷⁷⁵ art.131-31 et 131-32 du CP

⁷⁷⁶ art.131-33 du CP

⁷⁷⁷ art.131-34 du CP

⁷⁷⁸ art.131-35 du CP

⁷⁷⁹ art.131-35-1 du CP

⁷⁸⁰ art. 131-3 du CP

⁷⁸¹ art. 131-11 CP

⁷⁸² art. 434-41 CP

⁷⁸³ art 131-11 CP

procédure est exclusive de poursuites fondées sur l'article 434-41 du Code pénal. Venant consacrer certaines pratiques existantes, la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a créé une nouvelle peine : le stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes⁷⁸⁴. Ce stage, aux frais du condamné, pourra être prononcé à titre de peine complémentaire⁷⁸⁵, ou comme obligation particulière d'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve⁷⁸⁶.

351. En dehors des peines complémentaires générales, le législateur a créé, par la loi du 17 juin 1998, une peine complémentaire très particulière de suivi socio-judiciaire⁷⁸⁷ pour les infractions de nature sexuelle énumérées par la loi⁷⁸⁸. L'article 131-36-1 du Code pénal en précise le contenu et l'objectif : « *Le suivi socio-judiciaire emporte, pour le condamné, l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines et pendant une durée déterminée par la juridiction de jugement, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive* ». La loi du 12 décembre 2005 a considérablement étendu son champ d'application à de nombreuses infractions de violences contre les personnes et les biens⁷⁸⁹. Puis, la loi du 5 mars 2007 a, de nouveau, étendu le champ d'application du suivi socio-judiciaire aux infractions de violences volontaires commises sur mineur de quinze ans par ascendant ou personne ayant autorité ou sur conjoint, concubin ou partenaire pacsé⁷⁹⁰. Même si, techniquement, il s'agit d'une peine complémentaire à l'emprisonnement ou à l'amende, cette peine constitue en réalité une sorte de « super SME » avec lequel il ne peut se cumuler⁷⁹¹.

Pour les délits, le suivi socio-judiciaire peut être prononcé soit à titre de peine complémentaire, soit à titre de peine principale⁷⁹². La juridiction fixe la durée du suivi d'un maximum de dix ans en matière correctionnelle qui peut être portée à vingt ans par décision

⁷⁸⁴ Loi du 4 août 2014, n° 2014-873, art.. 50

⁷⁸⁵ art.222-44 15° CP

⁷⁸⁶ art.132-45 20° CP.

⁷⁸⁷ J. CASTAIGNEDE, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999. Chron. 23 et s. ; B. LAVIELLE, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *RSC* 1999, p. 35 et s..

⁷⁸⁸ art. 706-47 du CPP

⁷⁸⁹ art.221-9-1, 22-48-1, 224-10 et 322-18 du CP

⁷⁹⁰ art.222-48-1 du CP

⁷⁹¹ art.131-36-5 du CP

⁷⁹² art.131-36-7 du CP

spéciale et motivée du tribunal⁷⁹³. La juridiction fixe également la durée de l'emprisonnement encouru en cas de violation des obligations de cette peine qui peut être au maximum de trois ans pour un délit. Le condamné est soumis aux mesures de contrôle et de surveillance applicables à la personne condamnée prévues à l'article 132-44 du Code pénal, relatives au régime du sursis avec mise à l'épreuve. Le tribunal, ou le juge de l'application des peines, peut également imposer des obligations particulières prévues à l'article 132-45 du code pénal. Par ailleurs, depuis le 1^{er} mars 2008⁷⁹⁴, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est obligatoirement soumise à une injonction de soins, sauf décision contraire de la juridiction. Néanmoins l'injonction de soins demeure conditionnée par une expertise médicale obligatoire. Celle-ci doit établir que l'intéressé est susceptible de faire l'objet d'un traitement⁷⁹⁵. L'injonction de soins implique la désignation d'un médecin traitant par le condamné, sous le contrôle d'un médecin coordonnateur, psychiatre, chargé de faire l'interface entre le juge de l'application des peines et le médecin traitant. À titre de mesure de sûreté, il est également possible de prononcer, dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, un placement sous surveillance électronique mobile⁷⁹⁶.

La peine de suivi socio-judiciaire fait l'objet d'un suivi par le juge de l'application des peines du lieu de résidence habituelle du condamné, chargé également de mettre à exécution l'emprisonnement encouru en cas de non-respect des obligations, après débat contradictoire avec le condamné⁷⁹⁷.

En matière contraventionnelle, les peines complémentaires figurent aux articles 131-16 1^o du Code pénal pour la suspension du permis de conduire, 2^o pour l'interdiction de porter ou détenir une arme soumise à autorisation, 4^o s'agissant du retrait du permis de chasser, ainsi que celles de l'article 131-17 al. 1^{er} du Code pénal concernant l'interdiction d'émettre des chèques.

Dans des cas particuliers, le juge peut assortir la peine principale qu'il prononce d'une mesure de sûreté⁷⁹⁸.

b. Le choix d'une mesure de sûreté

⁷⁹³ art.131-36-1 du CP

⁷⁹⁴ art. 131-36-4 du CP

⁷⁹⁵ art. 131-36-1 et 131-36-4 du CP

⁷⁹⁶ art. 131-36-9 et suivants du CP, art. R. 61-7 à 61-33 du CPP

⁷⁹⁷ art.763-1 et s. du CPP

⁷⁹⁸ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz cours, 6^e éd., 2015, p. 383 et s.

352. La loi du 25 février 2008 a inséré un nouveau chapitre dans le code de procédure pénale⁷⁹⁹, instituant deux mesures de sûreté nouvelles : la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté.

353. La rétention de sûreté est définie par la loi comme le placement en centre socio-médico judiciaire de sûreté dans lequel est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique des personnes considérées comme dangereuses. Cela a d'ailleurs suscité certaines réserves car la mesure ne se fonde plus sur des faits mais sur la peur d'une éventuelle dangerosité du délinquant⁸⁰⁰. Cela étant, la société a toujours mis en place des mesures pour écarter les individus qu'elle considérait comme dangereux ou indésirables. L'instauration de cette mesure dans notre arsenal juridique n'est donc pas une innovation mais s'inscrit dans la continuité des mesures permettant de protéger la société des personnes les plus dangereuses. Cette mesure est d'autant moins choquante que sa mise en œuvre est très exceptionnelle et répond à des conditions de fond et de forme très strictes.

La loi prévoit que la rétention de sûreté est applicable aux condamnés qui répondent à trois conditions cumulatives : être condamnés à une peine de réclusion criminelle égale ou supérieure à quinze ans, être condamnés pour certains crimes commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou acte de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ; pour certains crimes commis sur une victime majeure d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou acte de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravés. Enfin cette mesure peut être prononcée à l'encontre des condamnés dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'ils présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive, parce qu'ils souffrent d'un trouble grave de la personnalité. Toutefois, même si ces conditions sont remplies, la rétention de sûreté n'est jamais applicable à la personne qui bénéficie d'une libération conditionnelle.

Sans rentrer dans le détail de la procédure de placement en rétention de sûreté qui ne peut être prononcée qu'au terme d'une procédure particulière, mise en place par la loi nouvelle⁸⁰¹. Cette procédure comprend plusieurs étapes intervenant pour la plupart à l'issue de l'exécution

⁷⁹⁹ Art. 706-53-13 et s. CPP.

⁸⁰⁰ J. DANET, C. SAAS, « Le fou et sa dangerosité, un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007, p. 779 et s. ; P. -Y. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 et s.

⁸⁰¹ La longueur de la procédure de placement ainsi que le faible nombre de personnes éligibles à cette mesure ont conduit certains spécialistes à remettre en cause la pertinence de cette mesure dans notre arsenal pénal – V. *Rapport de la Conférence de consensus pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive remis au Premier ministre le 20 février 2013*, p. 28-29.

de la peine. Cependant, la rétention de sûreté ne peut être prononcée que si la Cour d'assises a expressément prévu⁸⁰², dans sa décision de condamnation, que la personne pourra faire l'objet, à la fin de sa peine, d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté. Cette étape constitue un premier filtre pour le déclenchement de la procédure tendant au placement en rétention de sûreté. Il ne s'agit en rien d'un pré-jugement mais uniquement d'une autorisation donnée à la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, puis à la juridiction régionale des mesures de sûreté de statuer sur l'opportunité de la mesure.

Si le juge est libre de choisir la peine la plus appropriée en tenant compte de la gravité de l'infraction et de la personnalité de l'auteur, il l'est également pour déterminer le quantum de la peine.

B. La détermination libre du quantum de la sanction pénale

354. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le législateur a supprimé les *minima* anciennement prévus, pour ne plus encadrer la liberté du juge dans la détermination du quantum de la peine que par des *maxima*. Depuis 1994, le juge est donc libre de descendre aussi bas qu'il le souhaite dans la détermination de la peine. Néanmoins, le choix du quantum de la peine est guidé par la gravité de l'infraction et du nombre d'infractions reprochées à leur auteur. Ainsi il convient de distinguer l'hypothèse du concours réel d'infractions (1) et de la réitération d'infractions (2). Le cas de la récidive sera traité ultérieurement en raison du fait que celle-ci se présente clairement comme une restriction à la liberté du juge car le législateur impose au juge de doubler la peine encourue à la différence du concours réel ou de la réitération d'infractions.

1. L'hypothèse du concours réel d'infractions

355. Selon l'article 132-2 du Code pénal, il y a concours réel d'infractions « *lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci n'ait été définitivement condamnée pour une autre infraction* ». Cette situation ne doit pas être confondue avec le concours idéal qui englobe les hypothèses dans lesquelles une action délictueuse unique est susceptible de revêtir plusieurs qualifications pénales. En outre, le concours réel doit être distingué des hypothèses de récidive et de réitération d'infractions en ce qu'il suppose que les différentes infractions ne

⁸⁰² Art. 706-53 al. 3 CPP.

soient pas séparées par une condamnation définitive. Le concours réel sera par exemple caractérisé lorsque l'auteur d'un vol commet une escroquerie, à quelques jours d'intervalle, sans avoir été jugé définitivement pour le vol. Le régime juridique du concours réel diffère selon que les infractions en Cours font l'objet d'une poursuite unique (a) ou d'une pluralité de poursuites (b).

a. En cas d'unité de poursuite

356. Lorsque les différentes infractions en concours sont soumises au juge en même temps, le concours réel d'infractions se règle au stade du prononcé de la peine.

Selon l'article 132-3 alinéa premier du Code pénal, « *lorsque à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, 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* ». Deux règles s'appliquant de manière cumulative doivent être déduites de cette disposition. D'une part, les peines de même nature ne se cumulent pas. Seul est encouru le maximum légal le plus élevé prévu pour chaque catégorie de peines de même nature. Ainsi, dans le cas d'un vol (trois ans d'emprisonnement) en concours avec une escroquerie (cinq ans d'emprisonnement), la peine d'emprisonnement encourue est de cinq ans, c'est-à-dire la peine d'emprisonnement la plus élevée prévue par le législateur. Le maximum légal encouru est fixé au regard de toutes les circonstances aggravantes ayant accompagné l'infraction, et notamment au regard de la récidive légale. D'autre part, les peines de nature différente se cumulent entre elles. Ainsi, dans le cas d'un vol commis en concours avec le délit consistant à tracer des inscriptions sur des façades, sont encourues à titre de peines principales une peine d'emprisonnement (prévue uniquement pour le vol), une peine d'amende (prévue pour les deux infractions dans le maximum légal le plus élevé) et une peine de travail d'intérêt général (prévue seulement pour le tag). La question se pose dès lors de savoir ce qu'il convient d'entendre par « peines de même nature ». La jurisprudence estime que doivent être réputées de même nature les peines ayant le même contenu et produisant les mêmes effets. L'emprisonnement et la réclusion sont ainsi des peines de même nature. Sont en revanche de nature différente la peine de suspension du permis de conduire et la peine de confiscation.

Selon l'article 132-3 alinéa 2 du Code pénal, « *chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles* ». Si par exemple, une peine de quatre ans d'emprisonnement a été prononcée alors qu'étaient en concours les infractions de vol (maximum légal de trois ans d'emprisonnement) et d'escroquerie (maximum légal de cinq ans), la peine d'emprisonnement prononcée est réputée commune aux deux infractions à hauteur de trois ans car il s'agit du maximum légal commun. Cette dernière règle présente un intérêt pratique en cas de disparition d'une des infractions en concours, par l'effet d'une loi d'amnistie par exemple. Si, en suivant notre exemple précédent, l'infraction d'escroquerie fait l'objet d'une amnistie, il reste une peine de trois ans d'emprisonnement, puisque celle-ci était réputée commune aux deux infractions et peut donc subsister indépendamment de la disparition de l'escroquerie.

Il existe, cependant, une exception figurant à l'article 132-7 du Code pénal, « *par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes et délits en concours* ». Les peines d'amende contraventionnelles se cumulent ainsi sans limite.

La question du concours réel d'infractions ne se pose pas uniquement en cas de poursuite unique, elle peut également se poser lors de poursuites dissociées.

b. En cas de poursuites dissociées

357. Les infractions en concours sont, dans cette hypothèse, jugées séparément à l'occasion de procédures distinctes et indépendantes les unes des autres. Suivant l'article 132-4 du Code pénal, « *lorsque, à l'occasion de procédures séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois, la confusion totale ou partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale* ».

La règle est celle suivant laquelle les peines prononcées de même nature se cumulent. Le cumul n'opère toutefois que dans la limite du maximum légal encouru le plus élevé. Si, par exemple, après une condamnation pour vol à deux ans d'emprisonnement, survient une autre condamnation pour escroquerie à quatre ans d'emprisonnement, les peines se cumulent dans la limite de cinq ans (maximum légal le plus élevé encouru au titre de l'escroquerie), alors qu'en l'absence de plafond, la personne aurait dû exécuter une peine de six ans.

Il existe des exceptions au principe du cumul plafonné des peines. D'une part, la confusion des peines de même nature est possible. Elle consiste en l'absorption d'une peine par une autre plus sévère. La confusion peut être ordonnée par la dernière juridiction appelée à statuer ou à la suite d'une procédure décrite aux articles 710 à 712 du Code de procédure pénale, en formant une requête visant à la confusion portée devant l'une des juridictions de jugement qui a prononcé l'une des peines. D'autre part, dans plusieurs hypothèses, les peines se cumulent sans limite comme les peines d'amende contraventionnelles, les peines prononcées par des juridictions étrangères, ou encore les mesures de sûreté.

Le juge pourra également être plus sévère en cas de réitération d'infractions car cette situation démontre un ancrage de l'auteur de l'infraction dans la délinquance.

2. L'hypothèse de la réitération d'infractions

- 358.** La réitération d'infractions consiste en une sorte de récidive avortée, puisqu'on la retrouve quand une seconde infraction est commise après une première condamnation devenue définitive mais que l'une des conditions de la récidive fait défaut⁸⁰³. Jusqu'à la loi du 12 décembre 2005, aucune disposition légale ne régissait cette situation ; la jurisprudence considérait chacune des deux infractions de manière totalement indépendante l'une de l'autre. Les peines prononcées du chef de la seconde infraction ne tiennent ainsi aucun compte des peines prononcées du chef de la première infraction. La situation du réitérant est donc plus favorable que celle du récidiviste, mais moins favorable que celle du délinquant ayant agi en concours réel. La loi du 12 décembre 2005 a donné une consécration légale à la réitération à l'article 132-16-7 du Code pénal dont l'alinéa premier énonce : « *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* ». Le législateur consacre ainsi la définition retenue jusque-là. Le second alinéa de l'article 132-16-7 du Code pénal énonce ensuite 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* ». Le législateur donne ainsi sa confirmation légale à la règle préexistante du cumul des peines, sans confusion possible. Cependant, l'Assemblée nationale avait adopté le 6 mars 2012 un

⁸⁰³ A. DARSONVILLE, « La réitération ou la consécration légale d'une notion hybride, à propos de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.* 2006, p. 2116

projet de loi visant à réactualiser l'idée de faire de la réitération d'infractions une cause d'aggravation de la peine, déjà envisagée par la Commission de réforme du Code pénal⁸⁰⁴. Celle-ci instaurait à leur encontre des peines plancher, comparables à celle applicables aux récidivistes⁸⁰⁵. Ces dispositions ont été abrogées et le réitérant n'encourt pas la peine doublée du récidiviste, mais aura la certitude que la nouvelle peine s'ajoutera à la peine initiale. Il faut néanmoins regretter que la réitération d'infraction ne soit pas considérée comme une circonstance aggravante dans la mesure où elle manifeste tout de même un certain ancrage du prévenu dans la délinquance, et qu'il convient de sanctionner plus sévèrement.

Si le Code pénal instaure une grande liberté au juge pour déterminer la peine, ce dernier conserve, en réalité, un certain équilibre dans la mesure où la liberté du juge demeure cependant encadrée.

§2. Une liberté encadrée

359. La détermination de la peine par la juridiction de jugement est nécessairement limitée par le principe de légalité qui impose le montant maximum des peines de référence ou la nature des autres peines pouvant être appliquées. Ces limites sont tellement générales qu'elles n'affectent presque pas la liberté du juge.

En revanche, il existe des dispositions qui restreignent davantage l'activité du juge. Certaines peuvent l'entraver dans le principe même de la détermination de la sanction pénale (A) et d'autres, dans son exercice (B).

A. Une liberté limitée dans le principe de la détermination de la sanction pénale

360. Il existe plusieurs situations pour lesquelles la liberté du juge va être limitée pour déterminer une sanction pénale. Le législateur peut imposer au juge de prononcer une peine ou un minimum, ou de réduire la peine encourue. Ainsi, il est possible de distinguer, d'une part, les limites qui visent à forcer la sévérité du juge (1) et, d'autre part, celles qui favorisent son indulgence (2).

⁸⁰⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 24^e éd., 2015, n° 657, note 1.

⁸⁰⁵ Art. 132-18-2 et 132-19-3 CP.

1. Une sévérité forcée

361. Le législateur peut forcer la sévérité du juge soit en lui imposant de prononcer des peines obligatoires (a), soit en fixant des peines minimales (b).

a. Les peines obligatoires

362. En matière criminelle, lorsque la Cour d'assises déclare un accusé coupable, celle-ci n'a pas d'autre choix que de prononcer une peine privative de liberté. En effet, il n'existe aucune peine alternative possible ou de dispense de peine. En matière correctionnelle, le législateur n'impose pas de sanctions au juge, bien au contraire ; il a largement diversifié les sanctions prononçables. Cependant, le législateur a rendu le prononcé de certaines peines complémentaires obligatoire.

C'est ainsi que l'article 131-21, alinéa 1 du Code pénal rend la peine de confiscation obligatoire pour les objets « dangereux ou nuisibles ». Le juge n'a pas d'autre choix que de prononcer cette mesure lorsque le texte le prévoit. Il s'agit principalement de l'homicide involontaire⁸⁰⁶, du trafic de stupéfiants⁸⁰⁷, d'atteinte à la vie privée⁸⁰⁸, de contrefaçons de monnaie⁸⁰⁹ ou de timbre⁸¹⁰.

De plus, le juge a l'obligation d'opérer le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, en cas d'atteinte sexuelle sur un mineur⁸¹¹. Elle peut être retirée également à l'égard des frères et sœurs.

De surcroît, le législateur a rendu obligatoire l'interdiction de détenir ou de porter une arme, et la confiscation de l'arme ou le retrait du permis de chasse pour certaines infractions⁸¹². Le juge conserve la possibilité de ne pas prononcer ses peines en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

Enfin, l'article 131-36-4 du Code pénal prévoit que la personne qui est condamnée à un suivi-socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins s'il est établi qu'elle peut faire l'objet d'un traitement. Cela ne signifie pas que l'injonction est obligatoire mais le juge doit

⁸⁰⁶ Art. 221-8, 10° CP.

⁸⁰⁷ Art. 222-49 CP.

⁸⁰⁸ Art. 226-31, 5° CP.

⁸⁰⁹ Art. 442-13, al. 2 et 444-7 al.2 CP.

⁸¹⁰ R. 645-11 CP.

⁸¹¹ Art. 227-27-3 CP.

⁸¹² Art. 221-8, 222-44, 224-9, 225-20, 311-14, 312-13, 322-15 CP.

l'envisager et faire procéder à une expertise médicale⁸¹³. Si le Conseil constitutionnel a validé cette mesure en raison du fait que le juge a toujours la possibilité de ne pas la prononcer, il n'en demeure pas moins vrai qu'il s'agit, pour reprendre l'expression du professeur Dreyer, d'un véritable « *changement de paradigme* »⁸¹⁴ car il s'agit d'une dérogation importante au principe cardinal en droit de la santé qui est le libre consentement des soins.

La liberté d'appréciation du juge est également limitée lorsque des peines minimales lui sont imposées.

b. Les peines minimales

363. La clémence de la Cour d'assises est encadrée par le législateur. En principe, bien que le dernier degré de l'échelle des peines de réclusion criminelle soit de trente ans, la Cour d'assises est libre de prononcer une peine privative de liberté inférieure à ce seuil. À cet égard, l'article 131-1 du Code pénal prévoit que la durée de dix ans constitue le minimum de la peine de réclusion criminelle. Cela ne signifie pas que la Cour d'assises ne peut pas descendre en deçà du seuil de dix ans, mais simplement que si la peine prononcée est inférieure à dix ans, elle doit nécessairement être qualifiée d'emprisonnement et non de réclusion. Quand elle prononce une peine égale à dix ans, la Cour d'assises peut en revanche choisir de la qualifier soit de peine de réclusion, soit de peine d'emprisonnement. Par exception à ces règles, le législateur a institué des seuils en dessous desquels la Cour d'assises ne peut jamais descendre. Il lui est interdit de prononcer une peine d'emprisonnement inférieure à deux ans si l'accusé encourt une peine de réclusion criminelle à perpétuité et il lui est interdit de prononcer une peine inférieure à un an si l'accusé encourt une peine de réclusion à temps⁸¹⁵. Par ailleurs, selon l'article 362 du Code de procédure pénale, si l'accusé encourt la réclusion criminelle à perpétuité et que la Cour d'assises ne la prononce pas, elle ne peut alors plus prononcer une peine supérieure à trente ans de réclusion. De même si l'accusé encourt une peine de trente ans de réclusion criminelle et que la Cour d'assises ne la prononce pas, elle ne peut plus prononcer une peine supérieure à vingt ans. Il en va de même en matière correctionnelle et contraventionnelle, à propos de la peine de travail d'intérêt général dont le prononcé est soumis à une limite. Il serait trop coûteux pour la société de mettre en œuvre une telle sanction pour quelques heures.

⁸¹³ J.-H. ROBERT, « Le plancher et le thérapeute », *Dr. pén.* 2007, étude 20, p. 12, n° 25.

⁸¹⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, 3^e éd., LexisNexis, 2014, p. 1076.

⁸¹⁵ Art. 131-1 CP.

364. Une autre limite à la liberté du juge dans la détermination du quantum de la peine est plus récente et résulte de l'institution, par la loi du 10 août 2007, de *minima* applicables en matière de récidive⁸¹⁶. Ce dispositif avait d'ailleurs été étendu à certains délinquants primaires ayant commis certaines infractions énumérées à l'ancien article 132-19-2 du Code pénal. Si ces dispositifs avaient été légitimés par le Conseil constitutionnel⁸¹⁷ en raison du fait que le juge conservait le pouvoir de descendre en dessous de ces seuils, par une décision spéciale, lorsque le prévenu manifestait des gages de réinsertion, ils ont été vivement critiqués par la doctrine⁸¹⁸ qui trouvait le dispositif ambigu⁸¹⁹ et a conduit à un allongement certain de la durée des peines d'emprisonnement effectivement prononcées contre les délinquants récidivistes⁸²⁰. Soucieux de favoriser l'individualisation de la peine, l'ensemble a été abrogé par la loi du 15 août 2014. Si cette suppression est la bienvenue pour renforcer l'action du juge dans la détermination de la peine prononcée⁸²¹, il n'en demeure pas moins que l'état de récidive continue d'engendrer une sévérité plus importante de la part du juge lors du choix du quantum de la peine. En effet, l'état de récidive légale provoque le doublement des peines encourues du chef de la seconde infraction, qu'elles soient de réclusion, d'emprisonnement ou d'amende⁸²². Toutefois, si le maximum encouru du chef de la seconde infraction est une peine de vingt ou trente ans de réclusion criminelle, elle est portée à la réclusion criminelle à perpétuité. Aucune aggravation n'est par définition possible lorsque la peine encourue du chef de la seconde infraction consiste dans la réclusion criminelle à perpétuité. La règle du doublement de la peine encourue s'applique également aux personnes morales⁸²³.

Si le législateur peut forcer le juge à être plus sévère, il peut également le contraindre à plus de clémence, soit en raison de certains caractères propres au délinquant comme la minorité, ou en raison du comportement de celui-ci lorsqu'il se montre complaisant avec l'autorité judiciaire.

⁸¹⁶ J. PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes, commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les « peines planchers » », *D.* 2007, p. 2247

⁸¹⁷ À propos de la loi du 10 août 2007 ; À propos de la loi du 8 février 2010 : Cons. const., 10 déc. 2011, n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, §25.

⁸¹⁸ M. GIACOPELLI, « L'extension des peines minimales aux primo délinquants », *Dr. pén.* 2011, étude 9 ; F. DEPPEZ, « Des peines minimales pour les primo-délinquants », *Gaz. Pal.* 30-31 mars 2011, p. 5 – Pour un avis favorable à la mesure, V. J. PRADEL, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D.* 2013, p. 727.

⁸¹⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 3^e éd., n° 1490. – V. E. CAMOUS, « Un droit de la récidive en quête de cohérence », *Dr. pén.* 2009, étude 3, p. 7, n° 6

⁸²⁰ V. Étude d'impact réalisée sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, 7 oct. 2013, p. 14

⁸²¹ V. pour un avis contraire, E. DREYER, *op. cit.*, p. 1080-1081.

⁸²² Art. 132-8 et s. CP.

⁸²³ Art. 132-12 et s. CP.

2. L'indulgence forcée du juge

365. Dans certaines hypothèses, le juge qui constate une infraction ne peut prononcer qu'une peine réduite par rapport au maximum de la peine fixée par le législateur. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, ces causes de réduction de peines étaient nommées « excuses » absolutoires ou atténuantes de responsabilité. Lors de la réforme du Code pénal en 1994, le législateur les a, pour la plupart, abandonnées. Loin d'être définitivement abandonnées, ces circonstances atténuantes figurent encore ponctuellement dans le Code pénal pour répondre à des besoins très spécifiques tenant soit à un élément inhérent au délinquant (a), soit du comportement positif de ce dernier (b).

a. L'indulgence résultant d'un élément inhérent au délinquant

366. L'indulgence du juge peut résulter de deux situations inhérentes au délinquant : il s'agit, d'une part, de son âge, et de son état mental.

367. L'âge du prévenu peut entraîner une atténuation de la peine. Il s'agit principalement de l'hypothèse des mineurs dotés de discernement. Alors que les mineurs dénués de discernement bénéficient d'une cause d'irresponsabilité pénale, les mineurs dotés de discernement demeurent pénalement responsables. En revanche, leur jeune âge se traduit par une capacité pénale amoindrie par rapport à celle des majeurs. C'est pourquoi ils font l'objet d'une répression atténuée. Les aspects de cette atténuation diffèrent selon l'âge du mineur au moment de la commission des faits. Les mineurs de dix ans avec discernement sont pénalement responsables : l'infraction leur est imputable. En revanche, leur répression pénale est atténuée. Ils encourent simplement les mesures éducatives de l'ordonnance de 1945. Les mineurs de dix à treize ans sont soumis à un régime distinct. Ils n'encourent en principe que le prononcé de mesures éducatives. Toutefois, par exception, si les circonstances et la personnalité du mineur l'exigent, la juridiction de jugement peut prononcer à leur encontre des sanctions éducatives plus sévères. Les mineurs de treize à seize ans encourent en principe le prononcé de mesures éducatives. Ce principe connaît toutefois deux exceptions : des sanctions éducatives peuvent être prononcées lorsque les circonstances et la personnalité l'exigent ; des peines prévues pour les majeurs sont possibles si les circonstances et la personnalité du mineur l'exigent. Dans ce cas, l'excuse atténuante de minorité doit

obligatoirement être appliquée. Elle entraîne une diminution de moitié des peines privatives de liberté et de l'amende encourue. Si la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, elle doit être ramenée à vingt ans de réclusion criminelle. L'amende ne peut pas dépasser 7 500 euros. La loi du 10 août 2007 avait institué, pour les mineurs récidivistes, des peines planchers. Celles-ci furent supprimées par la loi du 15 août 2014⁸²⁴. Les mineurs de seize à dix-huit ans sont soumis au même régime que ceux de la catégorie précédente avec la particularité que l'excuse atténuante de minorité n'est pas obligatoirement retenue.

368. L'hypothèse du trouble mental ayant simplement altéré le discernement est prévue par l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal. Elle vise les personnes se trouvant dans des états intermédiaires entre la lucidité et l'abolition totale du discernement. À la différence avec les personnes dont le discernement a été aboli, celles dont le discernement n'a été qu'altéré restent pénalement responsables : l'infraction est pleinement constituée à leur encontre. L'article 122-1 alinéa 2 prévoit simplement à leur égard que « *la juridiction tient compte de l'existence du trouble quand elle détermine la peine et en fixe le régime* ». Il convient ici de noter que le législateur n'impose pas au juge de faire du trouble mental ayant altéré le discernement une cause d'atténuation de la peine. C'est ainsi qu'en présence d'un criminel présentant une pathologie mentale particulièrement dangereuse, les tribunaux prononcent souvent une peine plus sévère que celle qui aurait été prononcée contre un criminel sain d'esprit en raison du risque de récidive résultant du trouble mental. Tel est le cas notamment des auteurs d'infractions sexuelles sur mineurs. Il semble d'ailleurs que c'est principalement à ces individus que sont destinées les dispositions de la loi du 25 février 2008 relatives au placement en rétention de sûreté.

L'indulgence du juge peut également résulter du comportement du délinquant.

b. L'indulgence résultant de l'action du délinquant

369. On qualifie de repentis l'individu coupable qui accepte d'informer les autorités d'une infraction en préparation, sur le point de se commettre ou susceptible de connaître de graves développements et qui en dénonce les auteurs ou complices. Les dispositions favorables aux repentis étaient prévues de manière ponctuelle au fil des incriminations jusqu'à la loi du 9 mars 2004. Cette dernière a institué l'article 132-78 du Code pénal spécifique au traitement

⁸²⁴ L. n° 2014-896 du 14 août 2014, art. 7.

pénal des repentis. Si les dispositions relatives aux repentis continuent d'être soumises au principe de spécialité, elles voient leur champ d'application considérablement élargi. Elles s'appliquent en effet à de nombreuses infractions : assassinat, empoisonnement, torture et actes de barbarie, trafic de stupéfiants, enlèvement, séquestration, détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, traite des êtres humains, proxénétisme, vol en bande organisée, extorsion en bande organisée. Le régime juridique applicable aux repentis a également été réformé par la loi du 9 mars 2004. Il convient de distinguer deux situations. Tout d'abord, la personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est exempte de peine, si ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices. Ensuite, la personne ayant commis un crime ou un délit voit la durée de la peine privative de liberté encourue réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage, d'identifier les autres auteurs ou complices, d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie. Dans tous les cas, la culpabilité est prononcée, la cause d'exemption n'exerçant son influence que sur la peine. Ces causes ne jouent pas en outre sur la responsabilité civile qui reste entière.

Si la liberté du juge peut être limitée dans son principe, elle peut l'être également dans l'exercice de la détermination de la sanction pénale.

B. Une liberté limitée dans l'exercice de la détermination de la sanction pénale

370. Par principe, la détermination de la peine par le juge est libre et la Cour de cassation n'a eu de cesse de le répéter⁸²⁵. Cependant, la solution est différente s'agissant des mineurs délinquants puisque l'ordonnance de 1945 prévoit, à l'égard du tribunal pour enfants, une obligation générale de motivation⁸²⁶. Par ailleurs, cette obligation de motivation a été étendue aux décisions criminelles par la loi du 10 août 2011. Cette absence de motivation en matière correctionnelle et contraventionnelle apparaît aujourd'hui contestable, car la société et les justiciables en particulier se méfient des choses cachées, ce qui participe de la dévalorisation de la justice et nuit à l'efficacité des peines (1). Ainsi, plus que jamais, une évolution vers une obligation générale de motivation des décisions de justice nous apparaît nécessaire (2).

⁸²⁵ Cass. crim. 9 févr. 1977, Bull. crim. 1977, n° 291.

⁸²⁶ Ord. 1945, Art. 2, art. 15 et s., Art. 20-2.

1. Une absence de motivation contestable

371. Le choix de la sanction n'a pas à être motivé, quelle que soit la gravité de l'infraction commise. La Cour de cassation juge ainsi, de manière constante, que la détermination de la peine par le magistrat, si elle s'exerce dans les limites légales, relève de l'exercice d'une "faculté" dont il ne doit tenir aucun compte⁸²⁷. Une grande latitude est ainsi laissée au juge pour le choix de la sanction. Il s'agit d'un véritable dogme de notre droit répressif.

Pourtant, la position adoptée par la chambre criminelle est grandement critiquable. L'absence de motivation de la peine est souvent justifiée par la difficulté de cette mission⁸²⁸. Cet argument n'est pas pleinement satisfaisant. Alors que le débat sur les finalités de la peine est récurrent, comment peut-on identifier ses objectifs si les raisons qui ont forgé la position du juge ne sont pas connues ? N'y a-t-il pas une incompatibilité entre l'effort d'individualisation entrepris depuis de nombreuses années et cette opacité de la justice ?⁸²⁹ Comment le condamné peut-il comprendre la décision rendue contre lui et adhérer à la sanction prononcée contre lui s'il ne connaît pas la motivation des juges ? Cela renforce évidemment le sentiment d'arbitraire trop souvent reproché à la justice⁸³⁰. Si l'objectif de l'individualisation est de lutter contre la récidive en adaptant la sanction à la personnalité du condamné, n'est-ce pas indispensable que celui-ci ait le sentiment que justice a été rendue pour lui faire perdre tout esprit de vengeance⁸³¹ ? Par ailleurs, il est bien surprenant que le juge national ait tant de réticence à vouloir motiver sa décision alors que les juridictions supranationales y parviennent très bien. La Cour européenne des droits de l'homme parvient à apprécier la gravité d'une sanction lorsqu'elles constituent une ingérence dans l'un des droits protégés par la Convention⁸³². La situation est la même concernant la Cour de justice de l'Union européenne⁸³³. Le juge national est pourtant tout aussi compétent que son homologue européen. Mais peut-être voit-il dans cette obligation de motiver la peine une atteinte à son

⁸²⁷ Cass. crim., 11 oct. 1960 : Bull. crim. 1960, n° 440 – V ; pour des exemples plus récents : Cass. crim., 18 sept. 2013, n° 13-81.221 ; Cass. crim., 20 nov. 2013, n° 12-80.630 : Bull. crim. 2013, n° 234. ; Cass. crim., 2 avril 2014, n° 13-80.474, Bull. crim 2014, n° 101.

⁸²⁸ J. DANET, « La défense et le choix de la peine », in *L'individualisation de la peine*, Erès 2001, p. 248, « Le choix de la peine n'est-il pas un choix opaque parce que les finalités que nous lui assignons sont complexes et bien peu théorisées ? ».

⁸²⁹ J. LEBLOIS-HAPPE, « Le prononcé de la peine par le juge », in *Vers un nouveau procès pénal ?*, SLC, coll. « colloques », 2008, vol. 9, p. 210.

⁸³⁰ M. SEGONDS, « À propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel », *D.* 2003, p. 508.

⁸³¹ J. –H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis », 6^e éd., 2005, p. 393.

⁸³² CEDH, 5 mars 2009, SCPE et Ponson c/ France, §62.

⁸³³ CJCE, 6 juill. 2000, aff. C-356/97, Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen eG et Hauptzollamt Lindau, point 45.

autorité⁸³⁴ ? Pourtant l'image de la justice pénale en sortirait grandie. Celle-ci est entretenue en partie en raison du mystère qui l'entoure⁸³⁵, mais aussi en raison de l'écart entre la peine prononcée et la peine exécutée. En motivant la peine, le juge de l'application aurait sans doute moins tendance à remettre en cause la décision rendue par la juridiction de jugement car il pourrait plus facilement la comprendre. Comme l'indique le Professeur Dreyer, « une telle absence de motivation ne fait qu'alimenter la suspicion »⁸³⁶.

Pour redonner plus de confiance dans la justice et redonner du sens à la sanction afin de renforcer l'efficacité de la peine par une meilleure individualisation, une évolution est alors nécessaire.

2. Une évolution nécessaire

372. La motivation en matière délictuelle. Souhaitant faire reculer la surpopulation carcérale, le législateur a imposé, depuis la loi du 24 novembre 2009, que lorsque le tribunal choisit de prononcer une peine d'emprisonnement ferme, celui-ci doit spécialement motiver sa décision⁸³⁷, sauf en cas d'aménagement *ab initio*.

Pour satisfaire aux exigences de cet article, les juges, dès lors qu'ils se prononcent dans les limites de la loi applicable à l'infraction poursuivie, peuvent se référer aux éléments de fait ayant entouré la commission de celle-ci, alors même que ces éléments n'ont pas été retenus comme circonstance aggravante dans l'acte de poursuite⁸³⁸.

Jusqu'au 30 septembre 2014, en cas de récidive légale, l'emprisonnement ferme n'avait pas à être spécialement motivé⁸³⁹, sauf pour la juridiction correctionnelle à motiver le prononcé d'une peine inférieure au « plancher » imposé par la loi.

373. Ici encore, la loi du 15 août 2014, applicable au 1er octobre 2014, est venue modifier les textes relatifs aux peines d'emprisonnement ferme et à l'exigence de motivation qui incombe au tribunal correctionnel.

⁸³⁴ G. CASADAMONT et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, O. Jacob, 2004, p. 131.

⁸³⁵ N. MOLFESSIS, « La perception commune du droit », in *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010, p. 64.

⁸³⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 3è éd., 2014, p. 1091.

⁸³⁷ Art. 132-19 al. 2 CP.

⁸³⁸ Cass. crim. 26 févr. 2008, n° 07-85866

⁸³⁹ Art. 132-19 al. 3 CP

L'article 132-19 du code pénal est ainsi modifié dans son second alinéa, faisant disparaître la distinction entre récidiviste et non récidiviste pour l'exigence de motivation d'une peine ferme : « *En matière correctionnelle, 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...* »

La chambre criminelle de la Cour de cassation effectue un contrôle rigoureux quant au respect de ces deux conditions. Elle a ainsi cassé un arrêt qui, pour porter à cinq ans la peine d'emprisonnement initialement prononcée d'un quantum de deux ans, retient que la Cour puisse, dans le dossier et les débats, utiliser des éléments lui permettant de faire à l'intéressé une application différente de la loi pénale pour tenir compte de sa personnalité et des circonstances dans lesquelles les infractions ont été commises⁸⁴⁰.

Par ailleurs, la chambre criminelle a censuré des juges du fond au motif qu'ils n'avaient pas caractérisé la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme conformément aux dispositions de l'article 132-24 du CP⁸⁴¹. Ainsi, une motivation fondée sur la seule gravité de l'infraction ne suffit pas à justifier le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme⁸⁴². De même, la seule référence à la qualité du prévenu ne peut suffire à motiver le prononcé d'une telle peine⁸⁴³. De surcroît, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu relever d'office un moyen tiré de la violation de l'article 132-24 al 3 du CP⁸⁴⁴. Ainsi a été censuré, sur un moyen relevé d'office, l'arrêt qui, pour condamner le prévenu à la peine de dix-huit mois d'emprisonnement, retient que cette peine est adaptée en raison du montant des abus de biens sociaux, de la gravité des faits et des nombreux antécédents judiciaires de ce dernier, dont le casier judiciaire ne comporte pas moins de dix-neuf mentions⁸⁴⁵.

En revanche, la Cour de cassation confirme⁸⁴⁶ l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble qui a condamné un prévenu à la peine de trois ans d'emprisonnement pour des infractions à la législation sur les stupéfiants en retenant que le casier judiciaire de celui-ci mentionnait plusieurs condamnations, notamment pour vols et violences aggravées, recel, usurpations d'identité, qu'il avait été condamné les 21 juin 2006 et 27 juin 2008 pour des infractions à la législation sur les stupéfiants, et que les faits reprochés méritaient une sanction sévère, compte

⁸⁴⁰ Cass. crim. 16 mars 2011, n°10-84.347

⁸⁴¹ Cass. crim. 15 mars 2011, n° 10-82.461

⁸⁴² Cass. crim. 22 mars 2011, n° 10- 83.366

⁸⁴³ Cass. crim. 16 févr. 2011, n° 10-83.607 ; Cass. crim. 18 mai 2011, n° 10-81.045

⁸⁴⁴ Cass. crim. 2 févr. 2011, n° 10- 86.109

⁸⁴⁵ Cass. crim. 6 avril 2011, n°10-85.457

⁸⁴⁶ Cass. crim. 14 déc. 2011, n°11-81328

tenu de ses antécédents. Les juges ont également ajouté que l'intéressé avait quitté le territoire français, et se trouvait actuellement incarcéré en Suisse sans garantie de représentation et qu'un mandat d'arrêt serait décerné pour l'exécution de la peine prononcée. Dans un arrêt plus récent, la chambre criminelle a assoupli davantage l'exigence de motivation pour écarter le non aménagement d'une peine d'emprisonnement ferme. En effet, la chambre criminelle infère du prononcé d'un mandat de dépôt, l'impossibilité d'aménager une peine d'emprisonnement sans sursis⁸⁴⁷. Il convient également de préciser que pour les mineurs, l'obligation de motivation est plus large car elle porte sur le principe même de l'emprisonnement « avec ou sans sursis »⁸⁴⁸. Il semble cependant que la motivation doive toujours se faire au regard du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction⁸⁴⁹. On peut toutefois déplorer l'usage de cette condition compte tenu du caractère très délicat d'une telle motivation nécessairement assez formelle⁸⁵⁰. Cependant, la Cour de cassation n'a eu de cesse de censurer des arrêts de cour d'appel, insuffisamment motivés au regard du caractère inadéquat de toute autre sanction⁸⁵¹.

374. La motivation en matière criminelle. Par ailleurs, alors que l'obligation de motivation ne concernait pas la matière criminelle, le législateur, après avoir entendu les critiques prétoriennes⁸⁵², a, par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, imposé aux Cours d'assises de motiver leurs décisions⁸⁵³. Celles-ci consistent dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des accusés, ont emporté l'adhésion de la Cour. Il s'agit des éléments qui ont été discutés lors des délibérations orales. Cette motivation figure dans un document spécial annexé à la feuille de questions, appelé « Feuille de motivation ». Celle-ci est signée par le président et le premier juré. Celle-ci doit être rédigée tout de suite. À défaut, en raison

⁸⁴⁷ Cass. crim. 27 février 2013, n° 11- 88.698

⁸⁴⁸ Ord. 2 févr. 1945, art. 2, al. 3.

⁸⁴⁹ Cass. crim., 4 mai 2016, n° 15-80.770

⁸⁵⁰ E. BONIS-GARCON, « Motivation de la décision prononçant une peine d'emprisonnement ferme », *D. pén.*, juill. 2016, n° 7-8, comm. 119.

⁸⁵¹ Cass. crim., 11 mai 2016, n° 15-82.600 et Cass. crim., 11 mai 2016, n° 15-80.895 : JurisData n° 2016-008920, inédits ; Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-84.531, inédit. V. aussi pour des arrêts de rejet rendus au visa de l'article 132-19 nouveau : Cass. crim., 11 mai 2016, n° 13-85.368 : JurisData n° 2016-008898, à paraître au Bull. ; Cass. crim., 11 mai 2016, n° 15-83.633, à paraître au Bull. – Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-84.748 : JurisData n° 2016-009380, inédit. – Cass. crim., 19 mai 2016, n° 14-88.387 : JurisData n° 2016-009313 et Cass. crim., 19 mai 2016, n° 15-82.047 : JurisData n° 2016-009321, inédits

⁸⁵² V. CEDH 13 janv. 2009, Taxquet c. Belgique, D. 2009, 1058, note J.-F. Renucci ; *RSC* 2009, 657, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, 16 nov. 2010, n° 926/05, Taxquet c. Belgique, *RSC* 2011, p. 214, note J.-P. MARGUENAUD ; Crim. 19 janv. 2011, n° 10-85.305, 10-85.159, 10-85.354 et Cons. cosnt., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113 QPC, *RSC* 2011, 423, obs. J. DANET.

⁸⁵³ Art. 365-1 CPP.

de la complexité de l'affaire, elle peut être rédigée dans les trois jours qui suivent la décision. En revanche, la circulaire d'application du 15 décembre 2011 précise que le texte ne prévoit pas la motivation sur la peine. Cela a d'ailleurs été confirmé par la Cour de cassation qui, à de nombreuses reprises, a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles 132-18 et 132-24 du Code pénal prévoyant la motivation spéciale du prononcé des peines correctionnelles, et à l'article 365-1 du Code de procédure pénale qui, en cas de condamnation, n'impose pas à la Cour d'assises de motiver la peine de réclusion ou de détention. Cette position nous laisse dubitatif dans la mesure où le législateur exige une motivation spéciale en matière correctionnelle. La chambre criminelle justifie cette position en expliquant que les personnes accusées de crime se trouvent dans une situation différente de celles poursuivies devant le tribunal correctionnel car les décisions de Cour d'assises sont soumises à l'exigence d'un vote à la majorité absolue ou à la majorité de six ou de huit voix au moins lorsque le maximum de la peine privative de liberté est prononcé⁸⁵⁴.

375. Pour éviter ces questions prioritaires de constitutionnalité, il aurait été préférable d'instituer une obligation de motivation des peines de quelque nature qu'elles soient. Cette obligation générale permettrait ainsi de limiter l'arbitraire du juge lors du prononcé de la peine et de rationaliser le prononcé de la peine. En effet, pour contrebalancer le pouvoir discrétionnaire du juge, il n'existe que deux procédés : soit le législateur prévoit lui-même les peines comme cela a pu être le cas sous l'empire du Code pénal de 1791 ou comme cela se pratique aux États-Unis, soit il demande aux juges de rendre des comptes sur leur choix. La première solution ne nous convainc pas dans la mesure où seul un juge est apte à adapter la peine à la personnalité de son auteur. Par conséquent, il serait opportun que le législateur érige une obligation générale de motivation afin de rationaliser le prononcé des décisions pénales.

Si, dans la majorité des cas, le juge prononce une peine lorsqu'il déclare une personne coupable des faits qui lui sont reprochés, il peut également se montrer bienveillant à l'égard d'un délinquant qui fait l'effort de réparer le dommage qu'il a causé.

⁸⁵⁴ V. Cass. crim., 4 mars 2015, n° 14-85.321. ; Cass. crim., 9 oct. 2014, n° 13-81.782 ; Cass. crim., 9 avr. 2014, n° 13-85.513 ; Cass. crim., 9 avr. 2014, n° 13-85.192 ; Cass. crim., 12 mars 2014, n° 13-84.463.

Section 2. Le choix de ne pas prononcer de sanction

376. Déclarer une personne coupable sans lui infliger de peine peut paraître surprenant. Bien que relativement exceptionnelle, cette hypothèse se justifie en raison de la nature de l'infraction et de la personnalité de l'auteur de l'infraction. Ainsi, le juge peut décider de ne pas prononcer de peine (§1), soit il peut remettre en cause le sort de la peine en décidant de l'effacer (§2).

§1. L'absence de peine lors de son prononcé

377. Lorsqu'un juge prononce une déclaration de culpabilité, cela ne signifie pas qu'il doive nécessairement prononcer une peine. Il peut décider en matière délictuelle et contraventionnelle de dispenser le prévenu de peine. Cette mesure est cependant exclue en matière criminelle, quand bien même la Cour d'assises aurait prononcé une peine correctionnelle. Cela paraît bien surprenant dans la mesure où le risque de récidive ne dépend pas seulement de la gravité de l'infraction mais aussi de la personnalité du délinquant (A). En cas de doute, le juge peut décider d'ajourner le prononcé de la peine afin de permettre au prévenu de réparer le dommage causé par l'infraction dans le but d'obtenir une dispense de peine (B).

A. La dispense de peine

378. La juridiction peut dispenser de peine la personne qu'elle a par ailleurs reconnue coupable d'une infraction en matière correctionnelle et contraventionnelle. Cette mesure est applicable aussi bien aux personnes physiques majeures ou mineures⁸⁵⁵ qu'aux personnes morales⁸⁵⁶. Cependant, pour pouvoir être prononcée, trois conditions doivent être réunies et constatées dans la décision de jugement. Le reclassement du coupable doit être acquis, le dommage réparé et, le trouble résultant de l'infraction doit avoir cessé⁸⁵⁷. Même si ces conditions sont réunies, le choix de cette mesure est laissé à l'appréciation souveraine du juge qui ne sera pas

⁸⁵⁵ Ord. 2 févr. 1945, art. 24-5.

⁸⁵⁶ Circ. Crim., 14 mai 1993, n° 120

⁸⁵⁷ Art. 132-59 CP.

tenu d'expliquer son choix⁸⁵⁸. Cette grande liberté accordée aux juges les a conduits à retenir une interprétation libre de ces critères. C'est ainsi que la Cour de cassation a validé une dispense de peine accordée à un prévenu coupable de réalisation d'opérations d'assurance ou de capitalisation par dirigeants de mutuelle non agréée, car celui-ci avait agi avec cœur et dévouement⁸⁵⁹. De même, la chambre criminelle a rejeté le moyen de cassation formé par l'officier du ministère public critiquant le prononcé d'une dispense de peine alors que les conditions de son prononcé n'étaient pas réunies⁸⁶⁰.

Lorsqu'il est fait application de l'article 132-59 du Code pénal, le prévenu ne peut subir aucune sanction même lorsque celle-ci est en principe obligatoire, en application de l'article 469-1 alinéa 2 du Code de procédure pénale. En effet, cet article prévoit que la dispense de peine exclut l'application des dispositions prévoyant des interdictions, déchéance ou incapacité de quelque nature qu'elles soient, qui résulteraient de plein droit d'une condamnation. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 4 février 2004, qu'en cas de récidive de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, la dispense de peine fait échec à l'annulation obligatoire du permis de conduire édictée à l'article L. 234-13 du Code de la route⁸⁶¹. En revanche, la dispense de peine ne s'étend pas au retrait automatique de points suite à la commission de certaines infractions routières, compte tenu de leur caractère administratif⁸⁶². La juridiction qui prononce une telle dispense peut même décider que la décision ne figurera pas au casier judiciaire, sur le bulletin n°1⁸⁶³ ; cela reviendra alors à une relaxe. En revanche, la dispense de peine ne permet pas au prévenu de s'affranchir des frais du procès⁸⁶⁴, ni des réparations civiles⁸⁶⁵. De même, elle n'empêche pas la confiscation des objets dangereux ou nuisibles⁸⁶⁶.

La dispense de peine peut suivre immédiatement la déclaration de culpabilité ou, plus souvent, à la suite d'un ajournement de peine. Ainsi, la décision d'ajournement constitue le préalable à la dispense de peine.

⁸⁵⁸ Cass. crim., 20 nov. 1985, *Bull. crim.* 1985, n° 368 ; Cass. crim., 9 juill. 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 293 ; Cass. crim. 28 sept. 2011, n° 11-82.469 ; Cass. crim., 17 juin 2014, n° 13-85.685..

⁸⁵⁹ Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.955.

⁸⁶⁰ Cass. crim., 16 sept. 2014, n° 13-85.526.

⁸⁶¹ Cass. crim., 4 févr. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 31.

⁸⁶² CE., 16 juin 2004, n° 248628, *JurisData* n° 2004-067009.

⁸⁶³ Art. 132-59 CP.

⁸⁶⁴ Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.955, *Bull. crim.* 2014, n° 160.

⁸⁶⁵ CA Metz, 24 avr. 1983, D. 1983, p. 567, note Mayer-Jack et Mayer.

⁸⁶⁶ Art. 132-58 CP.

B. L'ajournement de la peine

379. Au vu de l'article 132-60 du Code pénal, l'ajournement du prononcé de la peine peut être ordonné lorsque toutes les conditions de la dispense de peine ne sont pas encore réunies. Ainsi, le reclassement du coupable doit être en voie d'être acquis, le dommage causé est en voie d'être réparé et le trouble résultant de l'infraction va cesser. En ajournant le prononcé de la peine, il s'agit pour la juridiction de jugement de vérifier le comportement du prévenu avant de se prononcer sur la peine. Il existe plusieurs formes d'ajournement que l'on peut regrouper en deux catégories : le cas de l'ajournement simple (1) et l'hypothèse des ajournements perfectionnés comprenant l'ajournement avec mise à l'épreuve et l'ajournement avec injonction (2). En outre, la loi du 15 août 2014 a ajouté deux nouvelles formes d'ajournement : l'un aux fins d'investigations sur la personnalité, l'autre aux fins de consignation d'une somme d'argent. Nous reviendrons ultérieurement sur ces deux dernières hypothèses en ce qu'elles se rapprochent de la césure du procès qui constitue une évolution nécessaire pour renforcer l'individualisation de la peine lors de son prononcé.

1. L'ajournement simple

380. La décision d'ajournement appartient aux juridictions correctionnelles, de police, ou de proximité⁸⁶⁷. Ainsi, comme pour la dispense, elle est exclue en matière criminelle. Cela semble logique car une telle mesure contreviendrait au principe de continuité des débats résultant de l'article 362 du Code de procédure pénale qui impose de délibérer « *sans désespérer sur l'application de la peine* » lorsque la personne a été déclarée coupable. L'ajournement simple s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales⁸⁶⁸. S'agissant des mineurs, la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 a abrogé l'article 20-7 de l'ordonnance de 1945 renvoyant aux articles 132-58 à 132-62. Il a été remplacé par un chapitre III ter « De la césure du procès pénal des mineurs » qui clarifie et étend l'ajournement.

381. Les motifs qui peuvent conduire la juridiction à prononcer un ajournement de peine sont les mêmes que pour la dispense à ceci près que les conditions ne sont pas encore remplies mais

⁸⁶⁷ Art. 132-58 CP.

⁸⁶⁸ Art. 132-60, al. 3 CP.

sont susceptibles de l'être à brève échéance. Comme pour la dispense, la juridiction n'a pas à rendre de compte sur son choix. Les juges n'ont donc pas à justifier leur refus⁸⁶⁹ ni à spécifier les raisons qui les ont conduits à accorder cette mesure. La Cour de cassation a estimé que la seule référence, dans l'arrêt, aux « éléments produits aux débats » suffisait⁸⁷⁰. On constate, là encore, que les conditions énoncées par le législateur n'ont qu'une valeur indicative car la loi n'impose pas de motivation spéciale de la décision. Quand la juridiction ajourne le prononcé de la peine, celle-ci n'a pas à imposer d'obligations particulières à l'intéressé. En pratique, le tribunal invite souvent le prévenu à accomplir certaines diligences comme indemniser les parties civiles mais sans l'intervention d'un tiers pour contrôler leur réalisation.

382. L'octroi de cette mesure suppose que le prévenu, personne physique ou morale, soit présent à l'audience qui prononce l'ajournement, sous peine de nullité de la décision⁸⁷¹. Dans sa décision, le tribunal fixe une date de renvoi, et la décision sur la peine doit intervenir dans l'année du premier jugement⁸⁷². Ce délai est cependant indicatif, et son dépassement n'est pas sanctionné par la nullité⁸⁷³. À défaut d'appel, la culpabilité prononcée a acquis l'autorité de la chose jugée et ne peut être discutée lors de l'audience de renvoi⁸⁷⁴.

Lors de l'audience de renvoi, la juridiction est libre de choisir la peine qui lui semble la plus adaptée à l'intéressé. Bien souvent, à l'issue d'un ajournement respecté, le prononcé d'une dispense de peine est encouragé par le législateur même si la juridiction demeure libre de prononcer un nouvel ajournement ou la peine prévue par le législateur. En revanche, la juridiction ne peut prononcer une relaxe en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à la déclaration de culpabilité⁸⁷⁵. À défaut de dispense, la décision sur la peine doit intervenir au plus tard un an après la première décision d'ajournement⁸⁷⁶. Toutefois, le non-respect de ce délai n'est pas une cause de nullité du jugement de condamnation⁸⁷⁷. Par ailleurs, la décision sur la peine aura un caractère contradictoire, même en l'absence du prévenu déclaré

⁸⁶⁹ Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 13-87.114

⁸⁷⁰ Cass. crim., 18 mai 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 122, *RSC* 2004, p. 874, *obs.* VERMELLE, *Dr. pén.* 2004, comm. 139, *obs.* M. VERON.

⁸⁷¹ Cass. crim., 25 févr. 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 84 ; Cass. crim., 24 mars 2015, n° 14-84.836.

⁸⁷² Art. 132-21 CP.

⁸⁷³ Cass. crim., 3 oct. 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 286, *RSC* 1985, p. 567, note VITU, p. 606, note J. ROBERT, *JCP G* 1985, II, 20447, note CHAMBON, *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 238, note DOUCET.

⁸⁷⁴ Cass. crim., 12 déc. 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 473.

⁸⁷⁵ Cass. crim., 12 juin 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 206.

⁸⁷⁶ Art. 132-62 CP.

⁸⁷⁷ Cass. crim., 3 oct. 1984, *op. cit.*

coupable⁸⁷⁸. Il n'est donc pas utile de procéder à une citation pour la nouvelle audience. Cette mesure permet donc de récompenser les efforts entrepris par le délinquant. Cela étant, les magistrats renoncent trop souvent à y recourir en raison d'une « surcharge de travail »⁸⁷⁹.

2. Les ajournements perfectionnés

383. L'ajournement peut également être prononcé avec mise à l'épreuve (a) ou avec injonction (b). La particularité de ces types d'ajournement est de contraindre le délinquant à présenter des gages de bonne volonté pour être dispensé de peine. Si certains ont vu dans ces hypothèses une « *philosophie radicalement différente de la précédente* [de l'ajournement simple] », il n'en est rien car l'objectif final est le même. Il s'agit simplement d'éviter que la personne ne répare pas spontanément le dommage dans des situations où le juge estime qu'il y a de grands risques pour que le délinquant ne montre aucun signe de bonne volonté.

a. L'ajournement avec mise à l'épreuve

384. Le législateur a instauré l'ajournement avec mise à l'épreuve afin que le prévenu « *ne soit pas abandonné à lui-même* »⁸⁸⁰. En effet, le risque est grand pour le bénéficiaire d'un ajournement de considérer qu'il n'a « rien à faire » puisqu'il sera dispensé de peine. Aussi pour le contraindre à respecter ses engagements le juge peut-il le forcer à respecter certaines obligations.

385. Régime de la mesure. Dans cette hypothèse, la juridiction ajourne le prononcé de la peine, en soumettant l'intéressé au régime de la mise à l'épreuve, en lui imposant des obligations générales⁸⁸¹ et particulières⁸⁸², contrôlées par le juge de l'application des peines, qui sera tenu de faire un rapport à la fin du délai fixé par la juridiction. Ce délai doit intervenir dans l'année suivant la première décision d'ajournement⁸⁸³. Comme pour l'ajournement simple, la décision

⁸⁷⁸ Cass. crim., 14 juin 1983, Bull. crim. 1983, n° 180.

⁸⁷⁹ LEMOINE E., *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002, p. 173, n° 143.

⁸⁸⁰ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 23^e éd. 2013, p. 617, n° 822.

⁸⁸¹ Art. 132-44 CP.

⁸⁸² Art. 132-45 CP.

⁸⁸³ Art. 132-63 CP.

est assortie de plein droit de l'exécution provisoire⁸⁸⁴. Le bénéficiaire de la mesure sera alors suivi par le juge de l'application des peines qui dispose du pouvoir d'aménager, de modifier ou de supprimer les obligations imposées au prévenu⁸⁸⁵. Il a également la possibilité de les modifier. Si le juge de l'application des peines constate que la personne ne s'est pas soumise aux mesures de contrôle et d'assistance ou aux mesures particulières qui lui ont été notifiées, ce dernier peut saisir de façon anticipée le tribunal correctionnel afin qu'il soit statué sur la peine.

386. Effets de la mesure. À l'issue du délai d'épreuve, si le prévenu a satisfait à toutes les obligations qui lui étaient imposées, la juridiction peut alors prononcer une dispense de peine. Cependant, il ne s'agit pas d'une obligation, et la juridiction a la possibilité de prononcer une peine ou un nouvel ajournement. Par ailleurs, le législateur a confié au juge de l'application des peines une compétence similaire à celle du tribunal en lui permettant, avec l'accord du procureur de la République, de prononcer lui-même la dispense de peine trente jours avant l'audience de renvoi après un débat contradictoire. Cette solution se justifie par le fait que le juge de l'application des peines, qui a assuré le contrôle de la mesure, est le mieux placé pour statuer sur la dispense de peine. Elle se justifie également par une logique économique afin d'alléger les audiences correctionnelles.

Outre l'ajournement avec mise à l'épreuve, le législateur a prévu un autre type d'ajournement : l'ajournement avec injonction.

b. L'ajournement avec injonction

387. Conditions d'octroi. L'ajournement avec injonction paraît, à première vue, moins restrictif que l'ajournement avec mise à l'épreuve dans la mesure où il s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales⁸⁸⁶. De plus, la présence du prévenu à l'audience n'est pas exigée pour le prononcé de cette mesure⁸⁸⁷. Néanmoins, à y regarder de plus près, cette mesure n'est applicable que « *dans les cas prévus par la loi ou les règlements*

⁸⁸⁴ Art. 132-63 CP.

⁸⁸⁵ Art. 747-3 CPP.

⁸⁸⁶ Cette modalité d'ajournement ne peut être prononcée à l'égard d'un mineur (Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945, Art. 24-5).

⁸⁸⁷ Art. 132-68 CP.

qui répriment des manquements à des obligations déterminées »⁸⁸⁸. Or, curieusement, le Code pénal ne prévoit aucune infraction pour laquelle l'ajournement avec injonction est possible. Il existe, dans diverses législations spécifiques, des mécanismes similaires comme dans le Code de l'environnement⁸⁸⁹, le Code du travail⁸⁹⁰, le Code de l'urbanisme⁸⁹¹, ou encore le Code de la consommation⁸⁹². Face à cette singularité, certains auteurs ont évoqué une « *coquille vide* »⁸⁹³ qui se trouve renforcée par une mise en œuvre difficile⁸⁹⁴.

388. Régime de la mesure. Dès lors qu'un texte le prévoit, la juridiction ajourne le prononcé de la peine, en soumettant le prévenu à des injonctions, sous le contrôle du juge de l'application des peines⁸⁹⁵, qui fera un rapport à la fin du délai d'exécution fixé par le tribunal⁸⁹⁶. Par ailleurs, si un texte spécial le prévoit, l'article 132-67 du Code pénal donne la possibilité à la juridiction de fixer une astreinte afin de garantir la bonne exécution des prescriptions. La juridiction fixe alors le taux et la durée pendant laquelle l'astreinte sera applicable⁸⁹⁷. Elle s'éteint le jour où la personne a exécuté les obligations imposées par l'injonction. L'astreinte n'étant pas une peine, elle ne peut entraîner une contrainte judiciaire⁸⁹⁸ et ne peut figurer au casier judiciaire. Quoi qu'il en soit, la décision peut toujours être assortie de l'exécution provisoire⁸⁹⁹.

389. Effets de la mesure. À l'audience de renvoi, la juridiction peut soit dispenser de peine le prévenu, soit le condamner à la peine prévue par la loi ou le règlement si les prescriptions ont été exécutées dans le délai. Dans le cas où les prescriptions ont été exécutées avec retard, elle liquide l'astreinte et prononce la peine. Enfin, si les prescriptions n'ont pas été exécutées, la juridiction prononce la peine et peut ordonner « *dans les cas et selon les conditions prévues par le texte spécial* », que l'exécution des prescriptions sera maintenue d'office et aux frais du condamné. Dans tous les cas, la décision sur la peine doit intervenir au plus tard un an après la

⁸⁸⁸ Art. 132-66 CP.

⁸⁸⁹ Art. L. 216-9, L. 514-9, L. 514-10, L. 571-25 C. env.

⁸⁹⁰ Art. L. 1146-2 et L. 1155-3 C. trav.

⁸⁹¹ Art. L. 480-7 C. urb.

⁸⁹² Art. L. 421-3 C. cons.

⁸⁹³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Ed. Economica 2009, n° 1026.

⁸⁹⁴ Cass. crim., 16 nov. 2010, n° 10-81.536, *Dr. pén.* 2011, comm. 20, par J.-H. ROBERT.

⁸⁹⁵ Art. 747-4 CPP

⁸⁹⁶ Art. 132-66 al. 2 CP.

⁸⁹⁷ Art. 132-70, al. 1, CP.

⁸⁹⁸ Art. 132-70, dernier al. CP.

⁸⁹⁹ Art. 132-68 CP.

décision d'ajournement⁹⁰⁰ et la juridiction ne peut renouveler un ajournement avec injonction dans la mesure où l'article 132-68 du Code pénal précise qu'il ne peut intervenir qu'une fois.

Afin de permettre une meilleure réinsertion sociale, le juge peut décider d'effacer la peine après son prononcé.

§2. L'effacement de la peine après son prononcé

- 390.** L'effacement de la peine nécessite une mise à exécution de celle-ci. Une fois que le condamné a satisfait aux termes de sa condamnation, il peut solliciter sa réhabilitation (A). Sans attendre celle-ci, le condamné peut solliciter le relèvement de certaines mesures (B).

A. *L'effacement de la peine avec effacement de la condamnation : la réhabilitation*

- 391.** Visant au reclassement du condamné, la réhabilitation « *est une mesure de bienveillance instituée par la loi en faveur des individus, qui après avoir été condamnés et avoir subi leur peine ou avoir satisfait aux conditions du décret de grâce qui les en a dispensés, se sont rendus dignes, par les gages d'amendement qu'ils ont donnés pendant le délai d'épreuve, d'être replacés dans l'intégrité de leur état ancien* »⁹⁰¹. Cette définition de la réhabilitation donnée par la chambre criminelle nous montre que cette mesure constitue « *la forme la plus achevée du pardon* »⁹⁰² en rétablissant dans son honneur et sa probité le condamné par l'effacement de la condamnation et de toutes les déchéances et incapacités qui peuvent en résulter. Cette réhabilitation peut intervenir soit de plein droit lorsque les conditions légales sont réunies, soit être prononcée par le juge. Les conditions de son prononcé sont donc différentes et il convient de les présenter dans un premier temps (1). Toutefois, dans les deux cas, la réhabilitation produit les mêmes effets (2).

1. Les conditions de la réhabilitation

- 392.** Sous réserve de ce que l'exécution préalable de la peine constitue toujours la condition sine qua non de la réhabilitation, les conditions de la réhabilitation légale diffèrent de celles de la

⁹⁰⁰ Art. 132-69 CP.

⁹⁰¹ Cass. crim., 12 févr. 1963, Bull. crim. 1963, n° 72.

⁹⁰² C. GATTO, *Le pardon en droit pénal*, thèse Nice, 2012, p. 210, n° 424.

réhabilitation judiciaire. Voyons d'abord, les conditions propres à la réhabilitation légale (a) avant d'envisager celles de la réhabilitation judiciaire (b).

a. Les conditions de la réhabilitation légale

393. Suivant les articles 133-13 et suivants du Code pénal, la réhabilitation est acquise de plein droit aux personnes physiques à l'expiration des délais prévus par la loi, qui courent à l'exécution complète de la peine : trois ans pour les condamnations à l'amende ; cinq ans pour les condamnations à une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à un an, soit à une peine autre que la réclusion criminelle, la détention criminelle, l'emprisonnement, l'amende ou le jour-amende ; dix ans pour les condamnations à une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à dix ans. Toute nouvelle condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle dans ces délais retarde ou interdit la réhabilitation de plein droit. Depuis la loi du 5 mars 2007, ces différents délais sont doublés pour des faits commis en état de récidive légale⁹⁰³. De plus, lorsque la condamnation à effacer est une condamnation assortie d'un sursis, les délais de réhabilitation courent à compter de la date à laquelle elle devient non avenue. Par ailleurs, la loi du 27 mars 2012 a créé un nouvel article 133-16-1 qui fut intégré dans le Code pénal afin de permettre la réhabilitation de condamnations prononcées par des juridictions d'autres États membres de l'Union européenne⁹⁰⁴.

394. S'agissant des personnes morales, la réhabilitation de plein droit figure à l'article 133-14 du Code pénal. La réhabilitation est possible si la personne morale n'a pas été condamnée à une autre peine criminelle ou correctionnelle dans un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir à l'issue de l'exécution de la peine initiale, ou du délai de prescription de la peine. Ce délai est doublé lorsque la condamnation à effacer avait été prononcée pour des faits commis en état de récidive légale. Comme pour les personnes physiques, lorsque la condamnation est

⁹⁰³ Art. 133-13, al. 5 CP.

⁹⁰⁴ Lorsque la peine prononcée est une sanction pécuniaire, la réhabilitation ne peut intervenir qu'à partir de l'effacement de cette condamnation ou de l'écoulement d'un délai de trois ans à compter de son prononcé.

Si la peine prononcée est une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, la réhabilitation ne produit ses effets qu'à partir de l'effacement de cette condamnation ou de l'écoulement d'un délai de dix ans à compter de son prononcé.

Lorsque la peine prononcée est une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à dix ans, le délai de réhabilitation est porté à quarante ans à compter de son prononcé.

Enfin, lorsque la personne a été condamnée à une autre peine, la réhabilitation ne peut intervenir qu'à partir de l'effacement de cette condamnation ou de l'écoulement d'un délai de cinq ans à compter de son prononcé.

assortie d'un sursis non révoqué, le délai de réhabilitation court à compter du jour où la condamnation est non-avenue.

b. Les conditions de la réhabilitation judiciaire

395. La réhabilitation judiciaire est conçue en faveur des personnes qui ne peuvent pas bénéficier de la réhabilitation de plein droit ou qui souhaitent en anticiper les effets. La demande de réhabilitation ne peut être effectuée, de son vivant, que par l'intéressé. En cas de décès, la demande peut être formée par son conjoint, ses descendants ou ascendants dans le délai d'une année après le décès du condamné⁹⁰⁵. Dans tous les cas, la demande en réhabilitation ne peut être formée qu'après un délai de cinq ans en matière criminelle, de trois ans en matière correctionnelle, d'un an en matière contraventionnelle⁹⁰⁶. Ces délais ont été doublés par la loi du 5 mars 2007 pour les condamnés en état de récidive légale⁹⁰⁷. Ils courent également à compter de l'exécution complète de la peine. Par ailleurs, le condamné doit justifier du paiement de l'amende et des dommages-intérêts ou de la remise qui lui en a été faite⁹⁰⁸. Néanmoins, pour certains cas exceptionnels, le législateur a prévu une hypothèse de réhabilitation assouplie. En effet, l'article 789 du Code de procédure pénale prévoit que la demande de réhabilitation n'est soumise à aucune condition lorsque le condamné a rendu des services éminents au pays.

396. Les demandes en réhabilitation sont adressées au procureur de la République en indiquant la date de la condamnation et le lieu où il réside depuis sa libération⁹⁰⁹. Il rend un avis après avoir consulté le juge de l'application des peines. Il adresse alors cet avis au procureur général qui va saisir la chambre de l'instruction de la Cour d'appel. Elle devra statuer sur la demande dans les deux mois qui suivent sa saisine après avoir entendu le condamné ou son conseil⁹¹⁰. Si la Cour rejette la demande, une nouvelle requête ne peut être formée avant l'expiration d'un délai de deux ans, sauf si le rejet a été motivé par une insuffisance des délais

⁹⁰⁵ Art. 785 CPP.

⁹⁰⁶ Art. 786 CPP.

⁹⁰⁷ Art. 787 CPP.

⁹⁰⁸ Il existe des exigences particulières en cas de condamnation à la banqueroute frauduleuse (art. 788, al. 3, CPP).

⁹⁰⁹ En rappelant la condamnation antérieure, la réhabilitation judiciaire présente l'inconvénient du manque de discrétion garantie par la réhabilitation de plein droit : C. HARDOUIN-LÉ GOFF, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim », 2008, t. 44, p. 27, n°38.

⁹¹⁰ Art. 794 CPP.

d'épreuve⁹¹¹. Pour les personnes morales, la demande de réhabilitation judiciaire peut être formée par leur représentant légal à l'issue d'un délai de deux ans à compter de l'expiration de la durée de la sanction subie. Les exigences procédurales sont identiques à celles exigées pour les personnes physiques. Néanmoins, le délai pour pouvoir renouveler une demande n'est que d'un an⁹¹².

Après avoir examiné les conditions de la réhabilitation, il convient, à présent, d'en montrer ses effets.

2. Les effets de la réhabilitation

397. Selon l'article 133-16 du Code pénal, qu'elle soit légale ou judiciaire, la réhabilitation produit les mêmes effets que l'amnistie. Jusqu'à la loi du 5 mars 2007, la réhabilitation avait vocation à apurer le casier judiciaire. Elle entraînait ainsi l'effacement de la condamnation de tous ses bulletins. Depuis la loi du 5 mars 2007, la réhabilitation entraîne seulement l'effacement de la condamnation des bulletins n°2 et 3 du casier judiciaire. En revanche, la condamnation demeure inscrite au bulletin n°1. Tirant les conséquences de cette nouveauté, le législateur précise à l'article 133-16 du Code pénal que, pour l'application des règles de la récidive légale, la réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation par les seules autorités judiciaires en cas de nouvelles poursuites. Toutefois, dans l'hypothèse d'une réhabilitation judiciaire, le nouveau dispositif prévoit que la juridiction qui accorde la réhabilitation a le pouvoir d'ordonner également l'effacement de la condamnation du bulletin n°1. Dans l'hypothèse d'une réhabilitation légale, la personne peut demander que la chambre de l'instruction ordonne que la condamnation ne soit plus mentionnée au bulletin n°1. Ainsi l'effacement de la condamnation du bulletin n°1 n'est plus automatique mais devient facultative. La réhabilitation produit donc désormais des effets moindres que ceux de l'amnistie. D'autre part, la réhabilitation efface toutes les incapacités et déchéances qui résultent de la condamnation. Elle emporte ainsi l'extinction des peines accessoires ou complémentaires. Sauf lorsque la personne a été condamnée à un suivi socio-judiciaire ou condamnée à la peine d'interdiction d'exercer une activité impliquant un contact avec des enfants, où la réhabilitation ne prend effet qu'à la fin de ces mesures. Cependant, la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines a durci les

⁹¹¹ Art. 797 CPP.

⁹¹² Art. 799 CPP.

effets de la réhabilitation en indiquant que : « *La réhabilitation ne produit ses effets qu'à l'issue d'un délai de quarante ans lorsqu'a été prononcée, comme peine complémentaire, une interdiction, incapacité ou déchéance à titre définitif* ». Cette disposition est entrée en vigueur au 1er janvier 2015.

Il n'est parfois pas nécessaire que le condamné attende sa réhabilitation pour que s'achève les effets des peines complémentaires et accessoires attachées à la condamnation. Il peut également solliciter le relèvement de certaines peines qui entrainera l'extinction de la peine, sans pour autant emporter effacement de la condamnation.

B. L'effacement de la peine sans effacement de la condamnation : le relèvement

398. La procédure de relèvement a été instituée par la loi du 29 décembre 1972 et figure à l'article 132-21 alinéa 2 du Code pénal et aux articles 702-1 et 703 du Code de procédure pénale. Si cette procédure présente des conditions d'application particulières (1), ses effets sont semblables à ceux de la prescription ou de la grâce (2).

1. Les conditions du relèvement

399. Le relèvement est soumis à des conditions de fond (a) et de forme (b).

a. Les conditions de fond

400. Conditions générales. Selon les dispositions de l'article 132-21 du Code pénal et 702-1 du Code de procédure pénale, le relèvement s'applique uniquement aux interdictions, déchéances et incapacités qui résultent de plein droit de la condamnation pénale et à celles qui ont été prononcées par la juridiction à titre de peine complémentaire. Il en résulte donc que le relèvement n'est pas applicable aux mesures qui ne consistent pas en une interdiction telles que la révocation du sursis⁹¹³, la reconduite à la frontière⁹¹⁴, la démolition d'une construction édiflée sans permis⁹¹⁵, ou l'inscription au fichier judiciaire national informatisé des auteurs

⁹¹³ Cass. crim., 23 nov. 1976, Bull. crim., 1976, n° 338, RSC, 1979, p. 17, obs. LARGUIER.

⁹¹⁴ Cass. crim., 5 déc. 1984, RSC, 1985, p. 283, obs. Vitu.

⁹¹⁵ Cass. crim., 14 avr. 1993, Bull. crim., 1993, n° 155, RSC, 1994, p. 325, obs. BOULOC.

d'infractions sexuelles ou violentes⁹¹⁶. De plus, le relèvement ne s'applique pas aux mesures ne découlant pas d'une condamnation pénale, telle l'interdiction d'exercer l'activité de notaire après une décision disciplinaire⁹¹⁷. Enfin, le relèvement est impossible si les mesures n'ont pas été prononcées à titre de peine accessoire ou complémentaire. Le relèvement d'une peine prononcée à titre principal est donc exclu. Il en va de même pour les peines alternatives ou les peines complémentaires prononcées à titre principal⁹¹⁸. Enfin, le relèvement ne peut concerner une mesure de sûreté⁹¹⁹ ou une mesure « de caractère réel » comme la fermeture d'un débit de boissons⁹²⁰ ou l'annulation du permis de conduire.

401. Condition particulière. Il convient également de préciser qu'il existe une condition particulière relative aux requêtes en relèvement de la peine complémentaire d'interdiction du territoire national. Cette condition est prévue à l'article L. 541-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Cet article prévoit qu'il ne peut être fait droit à une telle requête que si le condamné justifie qu'il réside hors de France. Cette condition n'est pas applicable lorsque le ressortissant étranger subit une peine privative de liberté en France ou fait l'objet d'une assignation à résidence. La chambre criminelle a jugé qu'en dehors de ces hypothèses, un étranger soumis à une mesure de contrôle est irrecevable à demander le relèvement de cette interdiction⁹²¹.

b. Les conditions de forme

402. La demande de relèvement doit préciser la date de la condamnation ainsi que le lieu où a résidé le requérant depuis sa condamnation ou sa libération. Elle est adressée au procureur de la République ou au procureur général qui recueillera toutes les informations nécessaires avant de saisir la juridiction compétente. Il s'agit de la juridiction devant laquelle la décision a été rendue. Dans le cas d'une condamnation criminelle, la juridiction compétente pour connaître du relèvement est la chambre de l'instruction dans le ressort de laquelle l'arrêt a été rendu. Le requérant doit attendre un délai de six mois à compter de la décision initiale de condamnation pour pouvoir présenter une demande de relèvement, sauf s'il s'agit d'une

⁹¹⁶ Cass. crim., 1^{er} févr. 2012, n° 11-85.024, *Dr. pén.* 2013, chron. 3, n° 48, obs. PELTIER.

⁹¹⁷ Cass. crim., 4 janv. 1990, Bull. crim., 1990, n° 3, *RSC.* 1990, p. 559, obs. VITU.

⁹¹⁸ Cass. crim., 31 mai 1994, Bull. crim. 1994, n° 214, *RSC.* 1995, p. 100, obs. BOULOC.

⁹¹⁹ Cass. crim., 26 nov. 1997, D. 1998,

⁹²⁰ Cass. crim., 16 oct. 1973, Bull. crim., 1973, n° 357, *JCP*, II, 17755, note J. ROBERT.

⁹²¹ Cass. crim., 6 déc. 2000, Bull. crim., 2000 n° 368, *Dr. pén.* 2001, chron. n° 20, obs. MARSAT.

mesure résultant de plein droit d'une condamnation pénale comme les seules interdictions, déchéances et incapacités⁹²². Dans le cas d'un refus formulé à l'égard d'une première demande, le condamné doit attendre six mois avant de pouvoir en présenter une nouvelle.

403. La juridiction saisie statue en chambre du conseil sur les réquisitions du procureur de la République et les conclusions du conseil du requérant. La décision doit être motivée et doit répondre aux chefs péremptoires de l'argumentation du requérant⁹²³. Par ailleurs, elle doit être signifiée à la requête du ministère public lorsqu'elle est rendue hors la présence du requérant ou de son conseil. Il est possible d'interjeter appel de la décision ou de former un pourvoi en cassation. La décision de relèvement total ou partiel est portée en marge du jugement ou de l'arrêt de condamnation ainsi qu'au casier judiciaire.

Si le relèvement est soumis à des conditions d'application très strictes, il entraîne des effets eux aussi limités.

2. Les modalités et les effets du relèvement

404. Les articles 132-21 du Code pénal et 702-1 du Code de procédure pénale permettent à la juridiction de relever le condamné « *en tout ou partie, y compris en ce qui concerne la durée* », des peines accessoires et complémentaires. Néanmoins, le relèvement provoque l'extinction de la peine, mais n'emporte pas effacement de la condamnation qui peut constituer le premier terme de la récidive. Comme il a pu être écrit, il s'agit en quelque sorte d'une forme de pardon judiciaire⁹²⁴.

405. Relèvement de plein droit. Par ailleurs, les effets du relèvement peuvent aussi se réaliser de plein droit dans des hypothèses bien spécifiques. Il s'agit d'une part de la situation des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire. Le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines qui accordent une libération conditionnelle ordonnent la suspension de la mesure pendant la durée des mesures de contrôle. À l'issue de cette période, si la personne a respecté ses obligations et que la libération conditionnelle n'a

⁹²² Il existe des règles spécifiques s'agissant du relèvement de l'interdiction du territoire français (Art. L. 541-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) et pour le suivi socio-judiciaire : la requête est adressée au juge de l'application des peines qui ordonne une expertise médicale avant de transmettre la requête à la juridiction compétente (Art. 763-6 CPP).

⁹²³ Cass. crim., 28 févr. 2001, Bull. crim. 2001, n° 55.

⁹²⁴ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7^e éd., 2004, n° 545.

pas été révoquée, il sera alors relevé de plein droit de l'interdiction du territoire français. D'autre part, le relèvement de plein droit peut intervenir dans le cas de l'absence d'inscription d'une condamnation au bulletin n°2 du casier judiciaire. Cette exclusion emporte relèvement de toutes les interdictions, incapacités, déchéances de quelque nature qu'elles soient⁹²⁵. Toutefois, il convient de souligner que les hypothèses de relèvement de plein droit restent assez marginales ; la grande majorité des cas relève de la compétence des juridictions qui statuent librement sur la requête qui leur est présentée.

Conclusion du chapitre 1.

- 406.** L'individualisation de la peine consiste à laisser au juge le soin de choisir de prononcer ou non une peine. Cependant, pour éviter l'arbitraire du juge, cette grande liberté connaît des limites. En effet, le législateur peut soit forcer la prise de décision du juge, soit encadrer l'exercice de cette faculté. Par ailleurs, l'individualisation de la peine consiste également à déterminer les modalités d'exécution de la sanction

⁹²⁵ Art. 775-1, al. 2 CPP.

Chapitre 2. La détermination libre des modalités d'exécution de la peine prononcée

- 407.** La juridiction de jugement ne doit pas seulement déterminer la nature, la durée et le quantum de la peine. Elle doit aussi déterminer les modalités d'exécution de celle-ci en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. En adaptant la sanction encourue, la juridiction de jugement effectue ainsi l'individualisation de la peine telle qu'elle résulte de la loi du 15 août 2014.
- 408.** Ces modalités d'individualisation ne s'entendent pas uniquement de la semi-liberté, du placement sous surveillance électronique, ou encore du placement à l'extérieur, que la doctrine nomme « aménagement *ab initio* ». Elles doivent s'entendre, selon une acception plus large, comme étant l'ensemble des mécanismes permettant l'ajustement de la peine aux différentes circonstances de l'infraction tant objectives que subjectives. Partant de ce postulat, certains mécanismes peuvent affecter l'exécution temporelle de la sanction en allongeant ou en diminuant l'échéance de celle-ci (section 1). D'autres vont avoir une incidence sur l'exécution matérielle de la peine dans la mesure où les conditions concrètes d'exécution de la sanction vont être différentes de celles ordinairement retenues (section 2).

Section 1. La détermination des modalités temporelles de la peine

- 409.** Deux mécanismes juridiques peuvent être utilisés par le juge pour moduler la durée de la peine qu'il souhaite prononcer. Il s'agit, d'une part, de la confusion de la peine qui affecte directement l'exécution de la peine qui sera prononcée (§1) et, d'autre part, de la période de sûreté qui agit indirectement sur la durée de la peine en privant le condamné de toute mesure de faveur pendant un certain temps (§2).

§ 1. Une influence directe par la confusion de peines

410. La confusion est un mécanisme permettant au juge de faire absorber la peine qu'il prononce par une peine précédemment prononcée. Ce mécanisme se rapproche donc du concours réel d'infractions ayant donné lieu à plusieurs poursuites distinctes et permet d'exécuter concomitamment plusieurs peines prononcées. La confusion de peine est prévue à l'article 132-4 du Code pénal. Cet article dispose que lorsque plusieurs peines sont prononcées, celles-ci s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum prévu par le législateur. Par ailleurs, il énonce les conditions du prononcé de la confusion de peine, qui peut être de plein droit ou décidée par un juge (A). En revanche, quelle que soit la confusion prononcée, celle-ci produira les mêmes effets (B).

A. Les conditions de la confusion de peines

411. La confusion des peines peut être prononcée de plein droit, par l'effet de la loi, ou être facultative, lorsque le juge la prononce. Dans ces deux cas de figure, son prononcé est soumis à des conditions générales (1) et à des conditions propres à chacune de ces deux éventualités (2).

1. Les conditions générales

412. La confusion de peines est possible lorsqu'il existe, au minimum, deux peines résultant de deux condamnations différentes. Pour pouvoir être prononcée, deux conditions doivent être réunies.

413. Des peines de même nature. Pour que la confusion soit possible, il faut, tout d'abord, que les peines soient de même nature. Cela s'entend des peines qui ont le même objet à l'égard du condamné. Ainsi, toutes les peines privatives de liberté, correctionnelles ou criminelles, sont considérées comme étant de même nature. En revanche, toutes les peines complémentaires ne sont pas forcément de même nature. En effet, la confiscation diffère de la suspension du permis de conduire ou du retrait du permis de chasse alors même que le législateur ne retient, à leur égard, qu'une seule qualification juridique. D'autre part, il faut vérifier que le

législateur n'ait pas spécifiquement exclu la confusion de peines. Ainsi, le législateur a prévu la possibilité de cumul pour plusieurs infractions tels que le délit d'évasion⁹²⁶, la rébellion d'un détenu⁹²⁷, la prise du nom d'un tiers⁹²⁸ ou le refus de se soumettre à un prélèvement biologique⁹²⁹. Par ailleurs, le législateur a consacré trois hypothèses dans lesquelles la confusion de peine n'est pas possible. Tout d'abord, les peines prononcées pour une infraction commise en réitération se cumulent sans possibilité de confusion⁹³⁰. Ensuite, en cas de révocation d'un sursis simple, la première peine est exécutée sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde⁹³¹. Enfin, l'emprisonnement ordonné en cas d'inobservation des obligations d'un suivi socio-judiciaire se cumule avec les peines privatives de liberté prononcées pour des infractions commises pendant l'exécution de la mesure⁹³².

414. Des peines prononcées par des juridictions françaises. Par ailleurs, pour que la confusion puisse être réalisée, il faut que des peines, prononcées par des juridictions françaises⁹³³, aient acquis un caractère définitif⁹³⁴. De plus, il est nécessaire que les peines qui seront confondues aient un caractère exécutoire, quand bien même une des peines serait prescrite. En effet, la Cour de cassation a considéré que la prescription de la peine absorbée ne fait pas obstacle à la confusion avec une peine absorbante non prescrite⁹³⁵. Il en va de même pour une peine ayant fait l'objet d'une grâce ou d'un relèvement selon l'article 132-6 alinéa 1^{er} du Code pénal. Néanmoins, la grâce n'a d'incidence que sur la question de la détermination de la peine absorbante puisque la peine la plus forte sera celle qui apparaît comme telle après l'octroi d'une grâce. Le caractère exécutoire de la peine a un intérêt pour la peine restant à subir par le condamné après la confusion de la peine. Si la peine déjà exécutée est la peine absorbée, le condamné n'aura plus qu'à subir la peine résultant de la différence entre la durée de la peine

⁹²⁶ Art. 434-31 CP.

⁹²⁷ Art. 433-9 CP.

⁹²⁸ Art. 434-23, al. 2 CP.

⁹²⁹ Art. 706-47-2 et 706-56 CP.

⁹³⁰ Art. 132-16-7 CP.

⁹³¹ Art. Art. 132-38 CP.

⁹³² Art. 131-36-5 CP.

⁹³³ Cass. crim., 19 nov. 2014, n° 13-80.161, Bull. crim. 2014, n° 247.

⁹³⁴ Cass. crim., 20 juin 1968, Bull. crim. 1968, n° 203 – Voir par exemple : Cass. crim., 3 sept. 2008, Bull. crim. 2008, n° 176 : la confusion ne peut être ordonnée avec une peine prononcée par une décision frappée d'un recours.

⁹³⁵ Cass. crim., 11 juin 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 146, *Dr pén.* 2009, chron. 3, § n° 24, obs. V. PELTIER. – V. pour une critique de cette décision : E. BONIS-GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, 2^e éd., LexisNexis, p. 247.

absorbée et absorbante. Si, *a contrario*, la peine exécutée est la peine absorbante, le condamné sera considéré comme ayant déjà exécuté la sanction.

2. Les conditions spécifiques

415. Outre les conditions générales de la confusion des peines, il existe des conditions particulières relatives à la confusion de plein droit (a) et à la confusion facultative (b).

a. Les conditions particulières de la confusion de plein droit

416. La confusion des peines de plein droit découle des règles relatives au concours réel d'infractions. La règle est celle suivant laquelle les peines prononcées de même nature se cumulent. Le cumul n'opère toutefois que dans la limite du maximum légal encouru le plus élevé. Si par exemple, après une condamnation pour vol à deux ans d'emprisonnement, survient une condamnation pour escroquerie à quatre ans d'emprisonnement, la confusion ne sera possible qu'à hauteur de cinq ans car le maximum légal le plus élevé encouru au titre de l'escroquerie est de cinq ans d'emprisonnement.

417. Cette règle peut, cependant, poser problème lorsque la confusion concerne la réclusion criminelle à perpétuité, qui par son essence même, n'a pas de durée maximale. Pour résoudre cette difficulté, le législateur distingue selon que cette peine a été ou non prononcée. Lorsque cette sanction a été prononcée, la peine privative de liberté à temps se trouve naturellement absorbée par la peine de réclusion criminelle à perpétuité⁹³⁶. Si la peine de réclusion criminelle à perpétuité n'a pas été prononcée, le législateur a fixé le maximum légal à trente ans de réclusion criminelle⁹³⁷. Ce faisant, et dans le silence du législateur, la jurisprudence a été dans l'obligation de différencier le régime de la confusion de peines issue d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité et d'une peine de réclusion criminelle de trente ans. Pour résoudre cette difficulté, la jurisprudence a alors décidé que lorsque la peine encourue est une peine de réclusion criminelle de trente ans, et que le juge ne prononce pas cette durée, les peines peuvent être confondues dans la limite de vingt ans⁹³⁸. Mais chose étonnante, cette

⁹³⁶ Art. 132-5, al. 1^{er} CP.

⁹³⁷ Art. 132-5, al. 3 CP.

⁹³⁸ Cass. crim., 17 sept. 2008, *JurisData* n° 2008-045441, *Dr. pén.* 2009, chron, 3, n° 25, obs. PELTIER.

règle ne s'applique pas devant les Cours d'assises spéciales qui peuvent cumuler des peines au-delà de trente ou vingt ans selon qu'il s'agisse de la réclusion criminelle à perpétuité ou de trente ans⁹³⁹. Il serait alors opportun, pour la Cour de cassation, d'éclaircir ce dilemme en prévoyant une durée unique quelle que soit la juridiction compétente dans la mesure où cette solution s'avère inégalitaire et n'est juridiquement pas fondée.

b. Les conditions particulières de la confusion facultative

- 418.** Le juge peut décider soit de sa propre initiative, soit à la demande de l'intéressé, de procéder à la confusion des peines. Dès lors, la confusion peut être décidée immédiatement par le juge lorsqu'il prononce une seconde peine, soit *a posteriori* lorsque le condamné lui soumet une requête en confusion de peines.
- 419.** Lorsque la juridiction qui statue a connaissance de condamnations antérieures, celle-ci peut décider de confondre les peines qu'elle prononce avec les peines de même nature antérieurement prononcées, soit totalement, soit partiellement. Elle peut se saisir d'office ou être saisie par des conclusions en ce sens. Il convient de noter qu'il ne s'agit en aucun cas d'une obligation dans la mesure où le condamné dispose toujours du pouvoir de déposer une requête en confusion de peines *a posteriori* sur le fondement de l'article 710 du Code de procédure pénale⁹⁴⁰. Lorsque le juge décide de confondre des peines, il doit donner des explications sur la nature et le montant de la première condamnation et sur le maximum légal le plus élevé choisi pour l'application des règles concernant la confusion. La Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que le juge ait suffisamment motivé sa décision⁹⁴¹.
- 420.** Si la juridiction ne s'est pas prononcée sur la confusion de peines, le condamné peut toujours saisir la juridiction afin d'obtenir cette confusion. Il devra alors adresser une requête en confusion au juge compétent. Il s'agit de la juridiction qui a prononcé au moins l'une des différentes peines. Lorsqu'une des peines est de nature criminelle, le législateur a prévu que la juridiction en charge des requêtes en confusion de peines est la chambre de l'instruction dans le ressort de laquelle se situe la Cour d'assises qui a prononcé la décision car il s'agit d'une

⁹³⁹ Cass. crim., 21 mai 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 129, *AJP* 2008, p. 334, obs. HERZOG-EVANS.

⁹⁴⁰ Cass. crim., 26 mars 1931, *Bull. crim.* 1931, n° 88.

⁹⁴¹ Cass. crim., 4 avr. 2007, *JurisData* n° 2007-038776, et Cass. crim., 3 mai 2007, *JurisData* n° 2007-039353, *Dr. pén.*, 2008, chron. 2, § 22, obs. PELTIER.

juridiction non permanente. Le condamné peut saisir à n'importe quel moment la juridiction compétente d'une requête en confusion de peines car aucun texte ne limite son action dans le temps. Il suffit que le condamné justifie d'un intérêt pour obtenir cette confusion. Si l'action n'est certes pas limitée dans le temps, le condamné ne peut pas présenter plusieurs requêtes identiques car la décision relative à la confusion est revêtue de l'autorité de la chose jugée et est considérée comme une modalité d'exécution de peine et non comme un aménagement de peine.

Ce faisant, la décision statuant sur la requête en confusion de peines peut être remise en cause par un recours porté soit devant la Cour de cassation, lorsque la requête a été examinée par une juridiction du second degré, soit devant la chambre des appels correctionnels lorsque l'examen a été effectué par le tribunal correctionnel. En revanche, un recours porté devant le tribunal de l'application des peines sera déclaré irrecevable⁹⁴².

B. Les effets de la confusion de peines

421. La confusion de la peine entraîne des effets sur l'existence de la peine (1) ainsi que sur l'exécution de celle-ci (2).

1. Les effets de la confusion sur l'existence de la peine

422. La confusion a pour effet de créer une peine unique à partir d'une pluralité de peines (a). Néanmoins, la confusion ne fait pas disparaître les peines confondues qui conservent leur existence particulière (b).

a. La création d'une peine unique

423. La confusion de peines conduit au fusionnement de différentes peines afin de créer une peine unique. Certaines règles permettent d'aboutir à ce constat. C'est ainsi que les règles concernant la réhabilitation imposent de ne pas tenir compte des peines confondues mais de la seule peine résultant de la confusion⁹⁴³.

⁹⁴² Cass. crim., 9 janv. 2013, n° 12-83.047, *Bull. crim.* 2013, n° 12.

⁹⁴³ Art. 132-15 CP.

Par ailleurs, l'article D. 115-4 du Code de procédure pénale dispose que le crédit de réduction de peine est calculé, lorsque plusieurs peines privatives de liberté sont confondues, sur la peine résultant de la confusion, au moment de la mise à exécution de cette peine.

b. Le maintien des peines confondues

424. La confusion de peines a également pour effet de dispenser l'exécution de la peine absorbée. Néanmoins, comme la Cour de cassation a pu l'indiquer, cela n'enlève pas aux peines confondues leur existence propre et leurs conséquences légales⁹⁴⁴.

Tout d'abord, les effets des peines absorbées sont conservés. La durée de la détention provisoire viendra s'imputer sur la durée de la peine à subir au titre de la peine absorbante⁹⁴⁵. De plus, les réductions de peines attachées à la peine absorbée seront déduites de la durée de la peine à subir au titre de la peine absorbante⁹⁴⁶. De même, si la peine absorbée avait été mise à exécution, le juge devra tenir compte de la durée de la peine déjà exécutée lors du prononcé de la confusion⁹⁴⁷. Enfin, la peine absorbée produit des effets s'agissant de la période de sûreté. Le point de départ de la durée de la période de sûreté attachée à la peine absorbante est fixé au premier jour du premier titre de détention relatif à la masse des peines confondues.

425. Ensuite, la peine confondue continue à produire les effets qui lui sont classiquement dévolus. Elle pourra ainsi servir à son tour de peine absorbante. Par ailleurs, la peine confondue produira des effets au regard des conditions d'application des aménagements de peine, notamment au regard des incidences de la récidive légale. La Cour de cassation considérait, pour l'octroi des crédits de réduction supplémentaires de peine et de la libération conditionnelle, que « *le condamné ayant à exécuter une peine unique, à la suite de l'absorption d'une peine correctionnelle par une peine criminelle en concours, doit être considérée comme récidiviste* »⁹⁴⁸. Les conséquences de ces mesures n'étaient pas favorables au condamné puisque l'octroi des réductions supplémentaires de peine devenait plus difficile et le temps d'épreuve se trouvait allongé pour l'octroi de la libération conditionnelle. La Haute juridiction est alors revenue sur ces solutions dans un arrêt du 1^{er} février 2012. En se

⁹⁴⁴ Cass. crim., 13 juill. 1888, *DP* 1888, 1, 445, rapp. POULET.

⁹⁴⁵ Art. 716-4 CPP.

⁹⁴⁶ Art. 132-6, al. 3 CP.

⁹⁴⁷ Cass. crim. 24 mars 1955, *JCP* 1956, II, 9141 (1^{re} esp.), note R. MERLE.

⁹⁴⁸ Pour les réductions supplémentaires de peines : Cass. crim., 10 avr. 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 156. – Pour la libération conditionnelle : Cass. crim. 30 sept. 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 315.

fondant sur l'article D. 150-2 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation a affirmé que lorsqu'une peine, frappée par la récidive, a été exécutée, elle ne s'étend plus à la peine qui l'a absorbée de telle sorte que le condamné doit être traité comme un délinquant primaire⁹⁴⁹. Néanmoins, cette analyse n'empêche pourtant pas le juge d'écarter systématiquement les règles de la récidive⁹⁵⁰. Il doit, en effet, vérifier si la peine affectée par la récidive a été purgée. Dans le cas où celle-ci n'aurait pas été purgée, le juge pourra alors retenir l'état de récidive légale pour l'octroi de mesures d'aménagement de peine⁹⁵¹.

2. Les effets de la confusion sur l'exécution des peines

426. La confusion a pour effet de dispenser le condamné d'exécuter la peine absorbée. Celui-ci devra alors exécuter la peine absorbante car la peine absorbée sera réputée avoir été accomplie simultanément à la peine absorbante. La confusion des peines produit donc des effets aussi bien sur la peine absorbée (a) que sur la peine absorbante (b).

a. Les effets sur la peine absorbée

427. La confusion des peines entraîne une dispense d'exécution de la peine absorbée. Néanmoins, cette dispense n'intervient que lorsque la confusion est totale. En cas de confusion partielle, la partie non confondue sera mise à exécution. De plus, lorsqu'une des peines est assortie d'un sursis, la peine absorbée va, sous certaines conditions, être mise à exécution. Ce dernier point a d'ailleurs donné lieu à un important contentieux jurisprudentiel en raison d'une pauvreté normative à ce sujet. En effet, le Code pénal se contente seulement d'indiquer, à l'article 132-5, que le sursis accordé pour l'une des peines prononcées pour des infractions en concours ne fait pas obstacle à l'exécution des peines de même nature prononcées sans sursis. Il convient alors de distinguer deux hypothèses : la confusion entre une peine ferme et une peine assortie d'un sursis, et la confusion entre deux peines assorties d'un sursis. Dans la première hypothèse, le législateur indique que le condamné est tenu d'exécuter la peine ferme⁹⁵², qu'il s'agisse de la peine absorbante ou absorbée. De plus, l'exécution de la partie ferme de la

⁹⁴⁹ Cass. crim. 1^{er} févr. 2012 : *Bull. crim.* 2012, n° 33 ; *JurisData* n° 2012-02098, *Dr. pén.* 2013, chron. 3, n° 26, obs. V. PELTIER.

⁹⁵⁰ AUBERTIN C., La confusion des peines n'empêche pas d'écarter la récidive, *Dr. pén.*, 2012, étude 15.

⁹⁵¹ Cass. crim. 31 oct. 2012, n° 12-82.291 : *JurisData* n° 2012-026500, *Dr. pén.* 2013, comm. 33, note V. PELTIER.

⁹⁵² Art. 132-5, dernier al. CP.

peine se réalise dans la limite du maximum prévu pour la peine absorbante⁹⁵³. Dans la seconde hypothèse, lorsque la confusion est prononcée entre deux peines assorties d'un sursis, il convient de distinguer plusieurs cas de figure. Si les deux peines sont toutes les deux assorties d'un sursis total, la confusion peut être décidée. Mais celle-ci ne présentera un intérêt pour le condamné que dans le cas d'une révocation du sursis car, à ce moment-là, seule la peine la plus forte sera mise à exécution. S'agissant du cas où deux peines sont assorties d'un sursis partiel, la Haute juridiction s'est montrée plus hésitante concernant la réponse à donner au problème de la confusion des peines. Elle a d'abord considéré qu'en cas de confusion entre deux peines assorties d'un sursis partiel, le condamné devait exécuter immédiatement la somme des deux parties fermes des peines en concours⁹⁵⁴. Quelques années après, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a changé de position. Elle estime, depuis 2012, que seule la partie d'emprisonnement sans sursis la plus longue doit être exécutée⁹⁵⁵. Cette solution fut confirmée par la chambre criminelle dans une décision du 10 mai 2012⁹⁵⁶. On ne peut que se réjouir de ces solutions qui se révèlent être plus favorables pour le condamné.

b. Les effets sur la peine absorbante

- 428.** La peine absorbante est exécutée dans toute sa durée sans que la peine absorbée ait un impact sur elle quand bien même le condamné aurait bénéficié d'une grâce. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé qu'en cas de confusion partielle, l'imputation de la durée des remises gracieuses s'opère sur la partie non absorbée par la peine la plus élevée⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Art. 132-4 CP.

⁹⁵⁴ Cass. crim., 24 janv. 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 21, *AJP* 2007, p. 146.

⁹⁵⁵ Cass. crim., 12 avr. 2012, *Bull. crim.* 2012, n° 100, *JurisData* n° 2012-129004.

⁹⁵⁶ Cass. crim., 10 mai 2012, *Bull. crim.* 2012, n° 117, *JurisData* n° 2012-011002.

⁹⁵⁷ Cass. crim. 31 oct. 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 271, *AJP* 2007, 27, obs. HERZOG-EVANS.

§ 2. Une influence indirecte par la période de sûreté

429. Définition. L'individualisation judiciaire de la peine est fréquemment perçue comme la marque d'une indulgence excessive. C'est pourquoi la période de sûreté a été instaurée par la loi du 22 novembre 1978. Elle a pour objet de faire échec, pendant sa durée, à l'octroi de toute mesure d'individualisation de la peine. Certains auteurs ont vu en elle le rétablissement d'une plus grande certitude de la peine⁹⁵⁸, d'autres s'y sont fermement opposés, y voyant une institution inutile⁹⁵⁹, contraire à l'évolution du droit pénal contemporain. L'instauration de la période de sûreté suscita un autre débat sur sa nature juridique. Dans une décision du 3 septembre 1986, le Conseil constitutionnel a posé le principe que la période de sûreté est un élément de la peine en ce qu'elle relève de la décision de la juridiction qui peut en faire varier la durée en même temps qu'elle statue sur la culpabilité de l'accusé ou du prévenu⁹⁶⁰. De même, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que la période de sûreté constitue une modalité d'exécution de la peine et non une mesure distincte⁹⁶¹. Lorsque la Cour de cassation a été confrontée à un problème d'application de la loi nouvelle dans le temps, elle a logiquement utilisé le principe de l'application immédiate des lois de forme plus douces en se fondant sur l'article 112-2 3° du Code pénal. Ainsi la Cour de cassation a cassé la solution d'une Cour d'assises qui avait prononcé une période de sûreté de trente ans alors que l'article 132-23 du Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 avait abaissé la durée à vingt-deux ans. La Cour de cassation a alors considéré que la durée maximale, fixée par une loi nouvelle, était plus douce devait être substituée à l'ancienne durée⁹⁶². Les lois nouvelles relatives aux périodes de sûreté ne peuvent donc concerner que des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur si elles sont plus sévères⁹⁶³. Se fondant sur le caractère accessoire de la période de sûreté, la Cour de cassation a été amenée à trancher une question relative au début de la période de sûreté en cas de pluralité de peines assorties de période de sûreté. Certains auteurs soutenaient que, dans cette hypothèse, celle-ci ne devait débiter qu'à la date de début d'exécution de la peine qu'elle assortissait car elle ne pouvait pas couvrir des périodes

⁹⁵⁸ J. PRADEL, « Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *D.* 1987, chron. p. 5.

⁹⁵⁹ RASSAT M.-L., « Création d'une peine dite incompressible », *RSC* 1994, chron. législ., p. 778-779.

⁹⁶⁰ Cons. const., déc. 3 sept. 1986, n° 86-125 DC : *JO* 5 sept. 1986.

⁹⁶¹ Cass. crim. 16 janv. 1985, *Bull. crim.* n° 29 ; Cass. crim. 9 mars 1993, *Bull. crim.* n° 104 ; Cass. crim. 5 juill. 1993, *Bull. crim.* n° 237.

⁹⁶² Cass. crim. 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 198, *RSC* 1995, 99, obs. BOULOC.

⁹⁶³ Cass. crim., 22 mai 1995, *Bull. crim.* n° 183 : « Par application de l'article 112-1 alinéa 3 du Code pénal, une loi pénale nouvelle, même moins sévère, est sans incidence sur les peines prononcées par une décision passée en force de chose jugée avant son entrée en vigueur ».

correspondant à l'exécution d'autres peines, non assorties d'une période de sûreté⁹⁶⁴. Cette analyse entraînait des conséquences défavorables pour les condamnés car le début et la fin de la période de sûreté devenaient plus tardifs qu'en application des recommandations de la circulaire AP 98-01 GA3 du 19 mars 1998, qui posait le principe d'exécution continue de la période de sûreté. Par un arrêt du 25 juin 2014, la Cour de cassation a tranché ce problème en retenant l'analyse contenue dans la circulaire. La Haute juridiction rappelle, d'une part, que le point de départ de la période de sûreté doit être fixé au jour de la mise à exécution de la peine assortie de cette période et, d'autre part, que l'entier temps de la détention provisoire doit s'imputer sur la durée de la période de sûreté, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du temps pendant lequel ont été simultanément exécutées une ou plusieurs condamnations à des peines non assorties d'une période de sûreté⁹⁶⁵. Prévue à l'article 132-23 du Code pénal, cette « d'individualisation négative », en privant le condamné de toute mesure de faveur, constitue une mesure aux conséquences particulièrement sévères pour le condamné (B). Le législateur a alors pris soin d'encadrer son prononcé par des conditions d'application strictes (A).

A. *Les conditions du prononcé de la période de sûreté*

430. Il existe deux types de périodes de sûreté qui peuvent concerner tous les condamnés à l'exception des mineurs⁹⁶⁶ : la période de sûreté facultative (1) et la période de sûreté automatique (2).

1. La période de sûreté facultative

431. La période de sûreté facultative, prévue par l'article 132-23 alinéa 3 du Code pénal, s'applique à toutes condamnations lorsque la juridiction de jugement prononce une peine privative de liberté supérieure à cinq ans, non assortie du sursis, même si le texte d'incrimination n'a pas prévu une telle mesure.

La durée de la période de sûreté est librement fixée par la juridiction de jugement à condition de ne pas dépasser les seuils suivants : deux tiers de la peine ou vingt-deux ans en cas de

⁹⁶⁴ CA Lyon, ch. instr., 28 févr. 2014, arrêts n° 2013/01659 et 2013/01644.

⁹⁶⁵ Cass. crim., 25 juin 2014, n° 14-81.793, Bull. crim. 2014 n° 169.

⁹⁶⁶ Art. 20-2 al. 3 de l'ordonnance du 2 février 1945 : « Les dispositions de l'article 132-23 du code pénal relatives à la période de sûreté ne sont pas applicables aux mineurs ».

condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité. Le prononcé de cette mesure et le choix de sa durée n'ont pas à être motivés et doivent résulter d'un vote à la majorité absolue⁹⁶⁷.

2. La période de sûreté obligatoire

432. La période de sûreté de plein droit est obligatoire et automatique. La juridiction de jugement ne peut pas l'écarter et n'a pas à la mentionner dans sa décision⁹⁶⁸. Cette période de sûreté, définie à l'article 132-23 alinéa 1^{er} du Code pénal, concerne les condamnations à une peine privative de liberté non assortie du sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, et pour une infraction spécialement prévue par la loi. Il peut s'agir de crimes contre l'humanité⁹⁶⁹, de meurtres aggravés⁹⁷⁰, de certains viols⁹⁷¹, d'attentat⁹⁷², d'acte de terrorisme⁹⁷³, de trafic de stupéfiant⁹⁷⁴ ou encore des délits de guerre⁹⁷⁵. Au-delà de cette longue litanie d'infractions, dont le seul point commun semble être le caractère particulièrement ignoble de l'infraction ; le législateur n'a pas tenu compte de la personne de l'auteur comme il l'a fait pour l'octroi d'autres mesures prévues dans le Code pénal. En effet, le législateur ne prend pas en compte l'état de récidive légale ou de la réitération d'infractions pour prévoir l'octroi d'une période de sûreté. Cette situation semble quelque peu étrange au moment où la dangerosité est devenue un critère cardinal au stade de la peine⁹⁷⁶.

433. Durée de la période de sûreté. La période de sûreté de plein droit a une durée fixée par la loi à l'article 132-23 alinéa 2 du Code pénal. Il s'agit de la moitié de la peine prononcée ou dix-huit ans pour les condamnations à la réclusion criminelle à perpétuité. Néanmoins, la juridiction de jugement peut décider de réduire ou d'augmenter cette durée. S'agissant de la réduction de la période de sûreté de plein droit, la loi ne prévoit aucun seuil minimal. La seule

⁹⁶⁷ Art. 362 CPP ; Cass. crim., 8 févr. 1995, n° 94-82.153, Bull. crim. n° 57, D. 1996. Somm. 262, obs. PRADEL.

⁹⁶⁸ Cass. crim., 10 mars 1992, Bull. crim n° 107.

⁹⁶⁹ Art. 211-1 à 212-3 CP.

⁹⁷⁰ Art. 221-2 à 221-4 CP.

⁹⁷¹ Art. 222-25 et 222-26 CP.

⁹⁷² Art. 412-1 CP.

⁹⁷³ Art. 421-3 et 421-4 CP.

⁹⁷⁴ Art. 222-36 et 222-37 CP.

⁹⁷⁵ Art. 462-2 CP.

⁹⁷⁶ E. BONIS-GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, 2^e éd., p. 278 : « À l'heure où la dangerosité semble être devenue un critère décisif au stade de la peine, on s'étonnera de l'indifférence de cet état pour le prononcé d'une période de sûreté au sens des deux premiers alinéas de l'article 132-23 du Code pénal ».

limite existante est l'impossibilité de supprimer la période de sûreté de plein droit. La juridiction de jugement peut, au contraire, décider d'augmenter la durée de la période de sûreté de plein droit en la portant aux deux tiers de la peine ou jusqu'à vingt-deux ans en cas de réclusion criminelle à perpétuité. Dans ces deux cas, une décision spéciale de la juridiction de jugement est nécessaire⁹⁷⁷. S'agissant de l'augmentation de la durée de la période de sûreté, la jurisprudence de la Cour de cassation n'exige pas de motivation particulière⁹⁷⁸. Pour les peines prononcées par la Cour d'assises, cette décision spéciale doit résulter d'un vote à la majorité absolue et non un vote à la majorité qualifiée⁹⁷⁹.

434. Augmentation de la période de sûreté. Par ailleurs, il est possible, dans un cas particulier, d'augmenter la durée de la période de sûreté à trente ans ou de la rendre perpétuelle conformément aux articles 221-3 et 221-4 du Code pénal. Elle concerne exclusivement les crimes de meurtre ou assassinat sur une victime mineure de quinze ans, précédé ou accompagné de viol, de torture ou d'actes de barbarie. La Cour d'assises, peut alors, par décision spéciale, augmenter la durée de la période de sûreté de plein droit jusqu'à trente ans. Elle peut également prononcer la période de sûreté à perpétuité lorsque la peine prononcée est la réclusion criminelle à perpétuité, rendant alors la peine incompressible. Cependant, cette hypothèse d'incarcération « à vie » est davantage une expression rhétorique qu'une réalité. En effet, le condamné peut solliciter le relèvement ou la réduction de la période de sûreté auprès du tribunal de l'application des peines sous certaines conditions. Cette juridiction ne peut réduire la durée de cette période de sûreté ou décider d'y mettre fin qu'après que le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à vingt ans (lorsque la période de sûreté est de trente ans), ou trente ans (lorsque la période de sûreté est perpétuelle). De plus, le condamné doit démontrer des gages sérieux de réinsertion⁹⁸⁰, et faire l'objet d'une expertise médicale par un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés par la Cour de cassation, qui se prononce sur l'état de dangerosité du condamné. Après avoir étudié les conditions du prononcé de la période de sûreté, il convient de présenter les conséquences de cette mesure sur la peine.

⁹⁷⁷ Cass. crim., 11 juill. 2012, n° 11-88.430 QPC, non-lieu à renvoi au Cons. const. : *Dr. pén.* 2013, chron. 3, n° 30, obs. E. BONIS-GARCON. - Cass. crim., 23 oct. 2013, n° 12-88.285 : *JurisData* n° 2013-025861 ; *Dr. pén.* 2013, comm. 178, note E. BONIS-GARCON.

⁹⁷⁸ Cass. crim. 29 janv. 1998, Bull. crim n° 37.

⁹⁷⁹ Cass. crim. 8 févr. 1995, *op. cit.*

⁹⁸⁰ TAP Arras, 10 novembre 2006 : « Attendu que Daniel P... présente des gages sérieux de réinsertion et manifeste de réels efforts en termes de comportement, de formation et d'indemnisation des parties civiles ; qu'il y a lieu, dès lors, de faire droit à sa demande et de mettre fin à la période de sûreté ».

B. Les conséquences de la période de sûreté

- 435.** La période de sûreté a pour effet de faire obstacle à l'application des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortie, la semi-liberté et la libération conditionnelle⁹⁸¹. L'usage d'une telle mesure est justifié par l'idée qu'il faut écarter de la société les individus les plus dangereux. Le législateur espère que la rigueur de cette mesure permettra de véritablement dissuader les personnes les plus dangereuses en les neutralisant⁹⁸².
- 436.** Néanmoins, pour adoucir quelque peu la rudesse de cette mesure, le législateur a prévu des mesures de clémence qui s'avèrent, en réalité, assez limitées⁹⁸³. Ne faisant pas partie de la liste des aménagements prohibés par le législateur, la période de sûreté ne fait pas obstacle à l'octroi de réductions de peines qu'il s'agisse de crédit de réduction de peine ou des réductions supplémentaires de peines. Cependant, l'article 132-23 du Code pénal précise dans son dernier alinéa que les réductions de peine pendant la période de sûreté ne seront imputables que sur la partie de la peine excédant cette durée. Cela signifie que la durée de la période de sûreté ainsi que sa date d'expiration ne peuvent pas être modifiées en raison de l'octroi des réductions de peines. Pour la réclusion criminelle à perpétuité, il s'agit de réductions du temps d'épreuve qui ne seront imputables que sur la peine excédant la durée de la période de sûreté. Par ailleurs, le législateur n'interdit pas que le condamné puisse bénéficier d'une autorisation de sortie sous escorte qui peut être accordée à un condamné purgeant une peine accompagnée d'une période de sûreté, ou d'une suspension médicale de peine⁹⁸⁴. De plus, l'effet d'une grâce sur une peine privative de liberté est aussi limité. En effet, selon l'article 720-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale, l'application d'un décret de grâce individuel ou collectif sous la forme d'une remise de peine ou de commutation a une

⁹⁸¹ Il convient de noter que le législateur a permis indirectement, par la loi du 15 août 2014, l'octroi d'une libération conditionnelle alors que le condamné était sous le coup d'une période de sûreté. En effet, le législateur a créé une nouvelle issue à la suspension médicale de peine à l'article 729 du Code de procédure pénale. Lorsque la situation de santé du condamné est toujours incompatible avec la détention, après trois ans à compter du début de la suspension de peine, une libération conditionnelle peut lui être accordée. Le texte n'évoque pas le problème de la période de sûreté, ni pour en écarter les effets, ni pour en faire obstacle. Il semble donc logique de considérer que si la suspension médicale de peine a été accordée pendant une période de sûreté, cette dernière ne s'oppose pas à ce qu'il puisse bénéficier d'une libération conditionnelle.

⁹⁸² R. LEGEAIS, « Pourquoi ne parvient-on pas à supprimer la prison ? », in *Droit pénal – bilan critique*, PUF, coll. « Pouvoirs », 1990, n° 55, p. 130.

⁹⁸³ E. DREYER, *Droit pénal général*, 3^e éd., p. 1113.

⁹⁸⁴ Art. 720-1-1 CPP.

incidence sur la durée de la période de sûreté. Mais l'application de cette mesure de grâce entraîne le maintien de la période de sûreté pour une durée globale qui correspond à la moitié de la peine résultant de cette commutation ou remise, sans pouvoir excéder la durée de la période de sûreté attachée à la peine prononcée. Cette règle est fixée sauf s'il en est décidée autrement par le décret de grâce qui peut également prévoir que la période de sûreté initialement prononcée demeure inchangée. Ainsi, l'amendement du condamné semble exclu à court et moyen terme.

Section 2. La détermination des modalités matérielles de la peine

437. Pour satisfaire au principe d'individualisation et renforcer l'efficacité de la peine, le législateur a énoncé différents modes d'individualisation que la juridiction de jugement peut utiliser pour moduler la sanction qu'elle va prononcer. Ces divers modes d'individualisation vont avoir pour effet de modifier les conditions d'exécution matérielle de la sanction. Ils sont définis aux articles 132-25 à 132-70 du Code pénal. On distingue des mécanismes qui vont conduire à la suspension de l'exécution concrète de la peine (§1), et d'autres qui vont modifier les conditions d'exécution de la peine (§2).

§ 1 Les modalités suspendant l'exécution de la peine

438. Le sursis est un mécanisme permettant au juge qui prononce la peine de subordonner l'exécution ou la non-exécution de la peine à la conduite du condamné durant un certain délai. Quand le condamné ne commet aucun fait de nature à entraîner la révocation du sursis durant ce délai, la condamnation est considérée comme non avenue. Dans l'hypothèse inverse, le sursis est révoqué, et la peine est ramenée à exécution. Le sursis permet donc de surseoir à l'exécution d'une peine par ailleurs prononcée. Au fil des années, les visages du sursis se sont diversifiés, si bien que coexistent deux principales formes de sursis : le sursis simple (A) et les sursis assortis de conditions (B).

A. *Le sursis simple*

439. Introduit dans notre droit par la loi Béranger du 26 mars 1891, le sursis simple impose simplement au condamné de ne pas commettre de nouvelle infraction durant le délai d'épreuve. Cette mesure obéit à des règles précises relatives à son octroi (1) qui conduisent à l'application d'un régime stricte. Le juge ne dispose alors d'aucune marge de manœuvre dans sa mise en œuvre. Il serait cependant opportun d'assouplir ce régime pour permettre une plus grande individualisation de la peine et un rapprochement du régime du sursis simple avec celui du sursis avec mise à l'épreuve (2)⁹⁸⁵.

1. Les conditions d'octroi

440. L'octroi du sursis étant limité aux délinquants susceptibles de se réinsérer facilement, le législateur le subordonne à deux séries de conditions.

441. Il existe, tout d'abord, des conditions relatives à la personne du délinquant. S'agissant des personnes physiques, en toute matière, le sursis ne peut être accordé qu'aux délinquants n'ayant pas subi de condamnation à une peine de réclusion ou d'emprisonnement, avec ou sans sursis, dans les cinq années précédant l'infraction à juger. En outre, sauf en matière contraventionnelle, le sursis simple est limité aux peines d'emprisonnement lorsque le prévenu a été condamné dans les cinq années précédant les faits à une peine autre que la réclusion ou l'emprisonnement. À l'égard des personnes morales, le sursis ne peut être accordé qu'à celles qui n'ont pas été condamnées à une amende d'un montant supérieur à 60 000 euros si la condamnation intervient en matière criminelle et correctionnelle, et à 15 000 euros si elle intervient en matière contraventionnelle, dans les cinq années précédant l'infraction à juger.

⁹⁸⁵ Il existe des règles spécifiques qui s'appliquent en cas de condamnation prononcée par une juridiction pour mineurs à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve ou d'un sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (Ord. n° 45-174, 2 févr. 1945, art. 20-10). La juridiction peut alors assortir la sanction d'une des mesures prévues à l'article 16 (remise à parents, avertissement solennel, placement) et à l'article 19 (liberté surveillée) de l'ordonnance de 1945. En outre, pour les mineurs de plus de seize ans, la juridiction de jugement peut assortir la sanction, avec l'accord du mineur, d'un « contrat de service en établissement public d'insertion de la défense » mentionné aux articles L. 130-1 à L. 130-5 du Code du service national.

- 442.** Ensuite, il existe des conditions relatives à la peine prononcée pour qu'un sursis simple puisse être prononcé. Le sursis n'est susceptible d'assortir que certaines peines limitativement énumérées par le législateur. Il résulte de l'énumération légale relative aux personnes physiques -prévue aux articles 132-31 et suivants du Code pénal- que le sursis simple est susceptible d'assortir toutes les peines prononcées en matière criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle, sauf trois catégories d'entre elles : les peines les plus graves que constituent la réclusion criminelle ou l'emprisonnement prononcé pour une durée supérieure à cinq ans⁹⁸⁶, les amendes prononcées pour les contraventions des quatre premières classes, les peines alternatives ou complémentaires de travail d'intérêt général, de confiscation, d'affichage ou de publication de la décision et de fermeture d'établissement. S'agissant des personnes morales⁹⁸⁷, le sursis peut assortir l'amende, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de faire appel public à l'épargne et l'interdiction d'émettre des chèques.
- 443.** Dans tous les cas, le sursis peut être total ou partiel. Le sursis est partiel⁹⁸⁸ lorsque la juridiction de jugement décide qu'il n'affecte qu'une partie de la peine prononcée. Dans ce cas, la juridiction doit spécialement motiver la partie ferme de la peine prononcée. A ainsi été cassé un arrêt qui, pour condamner un prévenu à la peine de trente mois d'emprisonnement dont dix-huit mois avec sursis, se borne à retenir qu'étant ancré dans la délinquance économique depuis de nombreuses années, il a conduit à cinq reprises des entreprises à la déconfiture⁹⁸⁹. De même, la cassation est encourue à l'encontre de l'arrêt qui prononce une peine d'emprisonnement, pour partie sans sursis, sans caractériser la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement, lorsque cette dernière est possible⁹⁹⁰. Il convient de préciser que le président de la juridiction doit avertir le condamné qu'en cas de nouvelles condamnations pendant le délai d'épreuve, son sursis pourra être révoqué conformément à l'article 132-29 aliéna 2 du Code pénal. Pour autant, l'inobservation de cette obligation par le président n'a pas d'incidence sur la légalité de la condamnation et sur la peine prononcée⁹⁹¹. Si le condamné est absent lors du prononcé,

⁹⁸⁶ Cass. crim., 10 janv. 1996, Bull. crim. n° 11 « Attendu que le sursis simple n'est applicable qu'aux condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de cinq ans au plus »

⁹⁸⁷ Art. 132-32 CP.

⁹⁸⁸ Art. 132-31 CP.

⁹⁸⁹ Cass. crim., 23 févr. 2011, n° 10-83.461

⁹⁹⁰ Cass. crim., 10 nov. 2010, Bull. crim., n° 179.

⁹⁹¹ Cass. crim. 15 avr. 1992, Bull. crim., n° 165.

le sursis simple reste toujours possible et l'on se contente alors de la mention écrite dans le jugement.

2. Un régime à assouplir

444. S'inspirant des propositions énoncées dans le rapport d'information transmis à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2013⁹⁹², la loi du 15 août 2014 a profondément modifié le régime du sursis simple en mettant un terme à l'automatisme de sa révocation. En effet, en affirmant de façon appuyée la priorité donnée à l'individualisation de la peine, le législateur a souhaité redonner au juge correctionnel une latitude plus grande dans le choix de la sanction du non-respect du délai d'épreuve d'une peine assortie du sursis simple. Selon l'article 132-36 du Code pénal, la révocation du sursis intervient en cas de nouvelles condamnations sans sursis ou avec un sursis partiel, lorsque les nouveaux faits ont été commis pendant le délai d'épreuve de cinq ans. Pour que la révocation du sursis simple de la première condamnation se réalise, il faut que la deuxième comporte une peine d'emprisonnement (avec au moins une partie ferme) ou de réclusion, ou une peine autre que l'emprisonnement ou la réclusion. Depuis le 1^{er} janvier 2015, le caractère automatique de cette révocation n'existe plus. En effet, l'article 132-36 du Code pénal dispose désormais que « *la juridiction peut, par décision spéciale, révoquer totalement ou partiellement, [...], le sursis antérieurement accordé* ». Cette révocation a pour effet de ramener à exécution la peine que le sursis accompagnait. La peine qui avait été assortie du sursis devra être exécutée, et se cumulera, sans confusion possible avec la peine résultant de la nouvelle condamnation⁹⁹³. La récidive sera par ailleurs constituée si les conditions légales sont réunies.

445. *A contrario*, si durant le délai d'épreuve, le sursitaire n'a pas commis l'une des infractions donnant lieu à une condamnation entraînant la révocation du sursis dans les conditions définies par la loi, la condamnation qui avait été assortie du sursis est réputée non avenue⁹⁹⁴, même en cas de sursis partiel. Les incapacités, interdictions, déchéances résultant de la condamnation cessent leurs effets, sauf en ce qui concerne le suivi socio-judiciaire ou la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact

⁹⁹² D. RAIMBOURG et S. HUYGHE, *Rapport d'information n° 652*, 23 janv. 2013, p. 79.

⁹⁹³ Art. 132-38 CP.

⁹⁹⁴ Art. 132-35 CP.

habituel avec les mineurs.⁹⁹⁵ Non seulement la personne est dans ce cas dispensée d'exécuter la peine, mais encore, elle est considérée comme n'ayant jamais été condamnée. Ainsi, une condamnation réputée non avenue ne devrait pas constituer le premier terme d'une récidive et ne peut plus faire obstacle à l'octroi d'un nouveau sursis. Mais étrangement, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et considère qu'une « *condamnation non avenue peut constituer le premier terme de la récidive et dès lors faire obstacle à l'octroi d'un sursis simple* »⁹⁹⁶. Par ailleurs, la condamnation disparaît également du bulletin n°2 du casier judiciaire⁹⁹⁷ mais reste inscrite sur le bulletin n°1⁹⁹⁸. Le délinquant se retrouve ainsi pleinement réinséré.

- 446.** Néanmoins, l'alignement du régime du sursis simple avec le régime du sursis avec mise à l'épreuve demeure encore insatisfaisant en ce qui concerne la durée d'épreuve. Le prononcé du sursis fait courir un délai d'épreuve, durant lequel l'exécution de la peine est suspendue. Ce délai est de cinq ans en cas de condamnation pour un crime ou délit, et de deux ans dans l'hypothèse d'une condamnation pour contravention, à compter du jour où la condamnation devient définitive⁹⁹⁹. En cas de sursis partiel, le délai ne commence à courir qu'après l'exécution de la partie ferme de la peine. Suivant la conduite du condamné durant ce délai d'épreuve, deux situations sont susceptibles de se présenter. Cette automaticité du délai d'épreuve est quelque peu critiquable dans la mesure où le juge ne dispose pas de la possibilité de la moduler comme cela est possible pour le sursis avec mise à l'épreuve. Pour pallier cette difficulté et réaliser un régime commun du sursis, il serait opportun que le législateur permette au juge du fond de pouvoir moduler la durée du sursis (entre un an et trois ans pour les délits, et entre un an et cinq ans pour les crimes) et, permettre au juge de l'application des peines de déclarer la condamnation nulle et non avenue au bout d'un certain temps comme pour le sursis avec mise à l'épreuve.

⁹⁹⁵ Art. 736 CPP.

⁹⁹⁶ Cass. Avis, 26 janv. 2009, Bull. crim. avis n° 1 ; Cass. crim. 11 janv. 2011, n° 10-81.781.

⁹⁹⁷ Art. 775 CPP.

⁹⁹⁸ Art. 769 CPP.

⁹⁹⁹ Cass. crim., 31 mars 1987, Bull. crim. n° 150.

B. Les sursis assortis de conditions

447. Le sursis simple a connu un certain nombre de critiques, s'agissant d'une part, de l'extrême rigueur de son octroi, et d'autre part, de son efficacité relative, les délinquants se contentant d'attendre la fin du délai d'épreuve sans montrer un réel effort de réinsertion. Ainsi, pour éviter ces critiques, le législateur a introduit des formes plus perfectionnées de sursis. Tout d'abord, le législateur a introduit dans notre droit le sursis avec mise à l'épreuve en 1958. Il s'agissait alors d'assujettir le condamné à certaines obligations afin de faire du temps d'épreuve un temps profitable pour le condamné (1). Par ailleurs, le législateur a introduit par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 un autre sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général qui se heurte à une insuffisance de moyens le rendant assez peu prononçable (2).

1. Le sursis avec mise à l'épreuve

448. Par rapport au sursis simple, le sursis avec mise à l'épreuve présente l'originalité de permettre de soumettre le bénéficiaire du sursis à des mesures d'aide et de contrôle pendant la durée de la suspension de la peine. Celui-ci répond à des conditions d'octroi particulières qu'il convient de préciser dans un premier temps (a), avant de préciser son régime (b).

a. Les conditions d'octroi

449. Il existe deux conditions pour qu'un sursis avec mise à l'épreuve puisse être prononcé par la juridiction de jugement.

450. Le législateur soumet, tout d'abord, l'octroi du sursis avec mise à l'épreuve à des conditions relatives à la peine prononcée. Ces conditions diffèrent suivant que le condamné est un délinquant primaire ou récidiviste. S'agissant des délinquants primaires, le sursis avec mise à l'épreuve ne peut assortir, totalement ou partiellement, que les condamnations à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans. Depuis la loi du 12 décembre 2005, les condamnés en état de récidive légale sont soumis à un régime particulier. En effet, si la personne est condamnée en état de récidive légale, le sursis avec mise à l'épreuve peut assortir les condamnations à une peine d'une durée inférieure ou égale à dix ans

d'emprisonnement¹⁰⁰⁰. Le champ d'application du sursis avec mise à l'épreuve est donc plus large pour les délinquants récidivistes que pour les délinquants primaires. Toutefois, le sursis avec mise à l'épreuve est alors nécessairement partiel. En effet, l'article 132-42 du Code pénal impose que la peine d'emprisonnement ne peut être assortie du sursis avec mise à l'épreuve que pour une durée inférieure ou égale à cinq ans.

451. Par ailleurs, il existe des conditions relatives à la personne du délinquant. En principe, le prononcé du sursis avec mise à l'épreuve n'est subordonné à aucune condition quant au passé du délinquant. Toutefois, depuis la loi du 12 décembre 2005, certains condamnés en état de récidive légale ne peuvent plus bénéficier du sursis avec mise à l'épreuve. En effet, désormais, les personnes ayant déjà fait l'objet de deux sursis avec mise à l'épreuve pour des délits identiques ou assimilés, alors qu'ils étaient en état de récidive légale, ne peuvent plus bénéficier de cette mesure¹⁰⁰¹. Si la récidive légale concerne un crime, un délit de violence volontaire, un délit d'agression ou d'atteinte sexuelle, ou un délit commis avec la circonstance aggravante de violence, le sursis avec mise à l'épreuve ne peut être prononcé lorsque la personne a déjà fait l'objet d'une condamnation avec sursis avec mise à l'épreuve pour une infraction identique ou assimilée. Dans tous les cas, le sursis avec mise à l'épreuve n'est applicable qu'aux personnes physiques.

b. Le régime applicable

452. Pour les délinquants primaires, la durée de l'épreuve doit être comprise entre dix-huit mois et trois ans. Le sursis avec mise à l'épreuve ne peut être prononcé que pour les délits de droit commun ou les délits militaires¹⁰⁰². Depuis la loi du 12 décembre 2005, les sursitaires récidivistes sont soumis à un délai d'épreuve compris entre dix-huit mois et cinq ans, seuil maximum porté à sept ans en cas de seconde récidive. Le juge de l'application des peines peut prolonger ces délais dans deux hypothèses : en cas de non-respect des obligations de la mise à l'épreuve et, en cas de commission d'une infraction n'ayant pas donné lieu à une condamnation entraînant la révocation du sursis. Il est toutefois tenu de faire en sorte que la durée totale de l'épreuve n'excède pas les seuils maximaux autorisés par la loi.

¹⁰⁰⁰ Art. 132-41 CP.

¹⁰⁰¹ Art. 132-16 à 132-16-4 CP.

¹⁰⁰² Cass. crim., 27 avr. 2004, Bull. crim., n° 98, p. 379.

453. Le sursis avec mise à l'épreuve soumet le condamné, durant le délai d'épreuve, à des mesures contraignantes, dont certaines s'apparentent à des peines. L'épreuve comporte trois types de mesures. Il y a, tout d'abord, les mesures de contrôle imposées par la loi : elles résultent de plein droit du prononcé du sursis avec mise à l'épreuve, et sont énumérées à l'article 132-44 du Code pénal¹⁰⁰³. On distingue ensuite les obligations particulières. Elles sont facultatives c'est-à-dire qu'elles doivent être prononcées par la juridiction de jugement pour pouvoir s'appliquer. Elles sont énumérées à l'article 132-45 du Code pénal et se divisent entre des obligations de faire¹⁰⁰⁴ ou de ne pas faire¹⁰⁰⁵. Enfin, il existe des mesures d'aide : elles s'exercent sous forme d'une aide à caractère social et, s'il y a lieu, d'une aide matérielle, et sont mises en œuvre par le service de probation. Le contrôle de la bonne exécution de chacune de ces mesures relève de la compétence du juge de l'application des peines qui peut imposer tout ou partie de ces mesures¹⁰⁰⁶ ou les préciser lorsqu'elles ont été exprimées en terme trop généraux¹⁰⁰⁷ par la juridiction de jugement.

454. Lorsque le sursitaire ne se soumet pas aux obligations qui lui ont été imposées par le juge, la mesure peut alors être révoquée. Il faut distinguer deux cas de révocations du sursis avec mise à l'épreuve. Tout d'abord, la révocation peut faire suite à la commission d'une nouvelle infraction pendant le délai d'épreuve, et après que le sursis avec mise à l'épreuve est devenu définitif¹⁰⁰⁸. De plus, la condamnation doit avoir un caractère définitif¹⁰⁰⁹. Pour donner lieu à révocation, l'infraction doit consister en un crime ou un délit entraînant une condamnation à une peine privative de liberté sans sursis. Il appartient alors au tribunal correctionnel qui prononce la condamnation pour la nouvelle infraction de prononcer la révocation du sursis avec mise à l'épreuve. Il convient de préciser que le juge de l'application des peines doit avoir émis un avis sur l'éventuelle révocation de la mesure ; à défaut, la juridiction ne peut pas prononcer la révocation¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰³ Il s'agit par exemple de répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou encore recevoir les visites de l'agent de probation.

¹⁰⁰⁴ Par exemple : établir sa résidence dans un lieu déterminé, réparer le dommage résultant de l'infraction, trouver un travail ou une formation professionnelle, ...

¹⁰⁰⁵ Par exemple : ne pas se livrer à certaines activités professionnelles, ne pas fréquenter des débits de boissons...

¹⁰⁰⁶ Cass. crim., 24 mai 2006, Bull. crim. 2006, n° 149.

¹⁰⁰⁷ Cass. crim., 21 janv. 1975, Bull. crim. 1975, n° 25.

¹⁰⁰⁸ Cass. crim., 17 mai 1995, Bull. crim., n° 180.

¹⁰⁰⁹ Art. 132-48 CP ; Cass. crim. 30 mars 1999, Bull. crim., n° 63.

¹⁰¹⁰ Cass. crim. 03 avr. 1995, Bull. crim., n° 141.

D'autre part, la révocation peut faire suite à la violation par le condamné des mesures de contrôle ou des obligations particulières auquel il était soumis en vertu du sursis avec mise à l'épreuve. Il appartient dans ce cas au juge de l'application des peines de prononcer la révocation¹⁰¹¹. Dans les deux cas, la révocation ne se produit pas de plein droit, elle n'est prononcée que de manière facultative par la juridiction compétente qui statue par une décision spéciale. Elle peut être totale ou partielle. La révocation partielle n'est possible qu'une fois et ne met pas fin au sursis. Elle implique l'incarcération du probationnaire pour la partie révoquée du sursis, dont la juridiction fixe librement la durée. Si la révocation est totale, la peine est ramenée à exécution. La loi du 15 août 2014 a modifié le mécanisme de la révocation automatique en cascade prévu à l'article 132-50 du Code pénal. Depuis le 1^{er} janvier 2015, la juridiction peut, par décision spéciale, ordonner qu'une première condamnation déjà prononcée sous le bénéfice de la mise à l'épreuve soit également exécutée, lorsqu'elle ordonne la révocation totale d'un sursis avec mise à l'épreuve. Auparavant, le mécanisme était inversé puisque les précédents sursis étaient automatiquement ramenés à exécution, sauf dispense spéciale et motivée de la part du tribunal.

455. Si, à l'expiration du délai d'épreuve, le sursis n'a pas été révoqué, la condamnation est réputée non avenue¹⁰¹². La Cour de cassation considère que la condamnation perd son caractère exécutoire à l'expiration du délai d'épreuve lorsqu'aucune décision n'a été rendue ordonnant la révocation totale du sursis¹⁰¹³. Le législateur permet au condamné d'anticiper le non avenue de sa condamnation en présentant, au juge de l'application des peines une requête lorsqu'il a satisfait aux mesures qui lui avaient été imposées depuis un an à compter du jour où la décision de condamnation est devenue définitive¹⁰¹⁴.

2. Le sursis assorti d'un travail d'intérêt général

456. Le sursis assorti d'un travail d'intérêt général a été institué par la loi du 10 juin 1983. Il constitue une forme de sursis avec mise à l'épreuve, dont l'obligation d'épreuve consiste dans l'accomplissement d'un travail d'intérêt général¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ Art. 132-47 CP.

¹⁰¹² Art. 132-52 CP.

¹⁰¹³ Cass. crim., 12 avr. 2012, Bull. crim., 2012, n° 99.

¹⁰¹⁴ Art. 744 CPP.

¹⁰¹⁵ Art. 132-54 CP.

- 457.** Les conditions de ce sursis particulier sont calquées sur celles du sursis avec mise à l'épreuve, sous réserve de quelques particularités. Tout d'abord, son prononcé est subordonné à l'accord du condamné. Ensuite, il peut être utilisé comme mode de conversion d'une peine ferme. En effet, le juge de l'application des peines peut décider, pour les condamnés à une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à six mois, que cette peine sera assortie d'un sursis-TIG. Par ailleurs, la peine d'emprisonnement avec sursis prononcée par le tribunal ne peut dépasser cinq ans¹⁰¹⁶.
- 458.** Le régime du sursis assorti d'un travail d'intérêt général s'apparente également à celui du sursis avec mise à l'épreuve, l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général étant assimilée à une obligation particulière. Les autres mesures et obligations du sursis avec mise à l'épreuve s'appliquent quant à elles dans les mêmes conditions que celles précédemment décrites¹⁰¹⁷. Le tribunal fixe la durée du travail, compris entre vingt et deux cents quatre-vingts heures¹⁰¹⁸. La durée du délai d'épreuve diffère toutefois de celle du sursis avec mise à l'épreuve : elle est, en effet limitée à dix-huit mois¹⁰¹⁹. Cette durée expire dès que le travail d'intérêt général est accompli en totalité¹⁰²⁰, sauf si le tribunal a fixé des obligations particulières prévues par l'article 132-45 du Code pénal. Dans ce cas, la période probatoire se poursuit jusqu'au terme fixé par la décision de condamnation. Enfin le juge de l'application des peines est compétent pour prononcer, après un débat contradictoire, la révocation du sursis en cas de violation des obligations attachées à la peine. La révocation pourra également être prononcée par la juridiction de jugement statuant sur de nouvelles poursuites concernant un crime ou un délit commis durant le délai d'épreuve et prononçant une peine d'emprisonnement ferme ou de réclusion.

¹⁰¹⁶ Art. 132-41 CP.

¹⁰¹⁷ Art. 132-55 CP. Ce même article dispose que le tribunal peut imposer une ou plusieurs obligations particulières prévues pour le sursis avec mise à l'épreuve à l'article 132-45 du Code pénal.

¹⁰¹⁸ Art. 132-54 CP modifié par la loi du 15 août 2014, applicable au 1^{er} janvier 2015. Pour les délits commis avant le 1^{er} octobre 2014, le maximum est limité à 210 heures.

¹⁰¹⁹ Art. 132-22 CP.

¹⁰²⁰ Art. 132-54 al.2.

§ 2. Les modalités modifiant l'exécution de la peine

459. La peine privative de liberté peut avoir un effet dévastateur pour le condamné qui devra interrompre son activité professionnelle et mettre entre parenthèses sa vie familiale. Ainsi, pour remédier à ce problème, le législateur a permis à la juridiction de jugement d'affecter la peine qu'elle va prononcer d'un aménagement de peine. En effet, l'article 132-19 du Code pénal prévoit que le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit rechercher si un aménagement de peine, prévu aux articles 132-25 à 132-28 du Code pénal, est possible. L'aménagement de la peine devient donc la règle et cela dans le but d'une plus grande individualisation des sanctions pénales. Concrètement, il est possible de distinguer deux types de mesures : d'une part, le fractionnement de la peine qui permet d'échelonner la peine dans le temps (A), et d'autre part, celles qui ont pour effet de transformer la peine privative de liberté en limitant les inconvénients de l'incarcération sur l'activité sociale et professionnelle du condamné par le prononcé d'une semi-liberté, un placement à l'extérieur ou un placement sous surveillance électronique (B)¹⁰²¹.

A. L'échelonnement de la peine

460. Le fractionnement de la peine est une mesure permettant au condamné d'effectuer sa condamnation par fractions. Cette mesure se caractérise donc par sa discontinuité et, pour cette raison, pourrait paraître moins efficace que les autres sanctions¹⁰²². Néanmoins, ce mécanisme permet, à une personne bien insérée dans la société, de ne pas lui faire perdre son emploi. Au stade de son prononcé, cette mesure est prévue par le législateur aux articles 132-27 et 132-28 du Code pénal. Ces articles mettent en exergue aussi bien les conditions d'octroi (1) que les effets du fractionnement de la peine (2).

1. Les conditions du fractionnement de la peine

461. Le législateur ne permet l'octroi du fractionnement de la peine qu'à certaines conditions relatives à la peine et pour certains motifs.

¹⁰²¹ Il convient de noter que ces modalités d'exécution de la peine ne sont pas le monopole de la juridiction de jugement. Elles existent également au stade de l'application de la peine mais avec des règles d'octroi ou d'exécution un peu différentes.

¹⁰²² E. BONIS-GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2015, p. 337.

- 462.** Le fractionnement de la peine est possible pour la peine d'emprisonnement prononcée en matière correctionnelle lorsque la durée de cette sanction n'excède pas deux ans ou un an si la personne est en état de récidive légale¹⁰²³. Comme le texte mentionne spécifiquement la matière correctionnelle, cette mesure est exclue en matière criminelle, quand bien même la juridiction de jugement n'aurait prononcé qu'une peine délictuelle. Par ailleurs, l'octroi de cette mesure n'est possible que pour des personnes physiques. Le fractionnement est également possible pour les peines d'amende et de jours-amende¹⁰²⁴. Par ailleurs, le fractionnement peut concerner la peine de suspension du permis de conduire sauf si la loi ou le règlement a prévu que cette peine ne peut être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle¹⁰²⁵.
- 463.** Le fractionnement de peine fondée sur l'article 132-27 du Code pénal doit être justifié par un motif d'ordre médical, familial, professionnel ou social. Il convient de noter que l'exigence de gravité qualifiant antérieurement ces motifs a été supprimée par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. Cette liste de motifs fixée par le législateur est certes limitative, mais elle recouvre un champ infiniment large de situations. Par ailleurs, la caractérisation de ces motifs n'obéit à aucune disposition impérative et le juge n'est jamais obligé d'ordonner un fractionnement de peine¹⁰²⁶. L'appréciation de ces motifs est laissée à l'estimation de la juridiction qui souhaite prononcer une telle mesure. Celle-ci devra alors apprécier les motifs spécifiques soulevés par le condamné et les objectifs classiques de la peine tels que la protection de la société et la sanction du délinquant. L'opportunité du fractionnement de peine relève donc d'une appréciation *in concreto* des éléments présentés par le prévenu ou son conseil. Toutefois, rien ne semble s'opposer à ce que la juridiction relève d'elle-même un tel motif ou que le procureur de la République requière le prononcé de cette mesure.

2. Les effets du fractionnement de la peine

- 464.** Le fractionnement de la peine va remplacer l'exécution de la peine par bloc, par une exécution par fractions. Lorsque celui-ci concerne une peine d'emprisonnement, le fractionnement s'échelonne par période ne pouvant être inférieure à deux jours sans que la

¹⁰²³ Art. 132-27 CP.

¹⁰²⁴ Art. 132-28 CP ; V. B. LAPEROU, « Fractionnement de l'amende et jours-amende », RSC 1999, p. 273 et s.

¹⁰²⁵ Art. 132-28 CP.

¹⁰²⁶ Cass. crim., 5 févr. 1979, Bull. crim. n° 51 ; Cass. crim., 15 juill. 1981, Bull. crim n° 231.

période d'exécution de la peine ne dépasse quatre ans¹⁰²⁷. Pour les autres peines, l'exécution pourra se faire par fractions sans que la durée maximale d'exécution dépasse trois ans¹⁰²⁸. C'est ainsi que la juridiction de jugement pourra décider que le versement de l'amende ne se fera pas en un seul paiement mais fera l'objet d'un paiement échelonné dans le temps. On peut d'ailleurs faire un rapprochement avec le délai de grâce accordé à un débiteur sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil.

- 465.** La juridiction de jugement doit déterminer le montant ou la durée de chaque fraction ainsi que la périodicité de l'exécution par fractions. La juridiction peut ainsi décider, par exemple, que l'incarcération se déroule en fin de semaine pour la durée du weekend pour permettre au condamné de ne pas perdre son emploi. Il revient ensuite au procureur de la République et au juge de l'application des peines de mettre en œuvre la mesure. Ce dernier a la possibilité d'assortir la mesure des obligations figurant aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal. Étrangement, cette possibilité accordée au juge de l'application des peines n'est pas autorisée à la juridiction de jugement alors même que cela est possible s'agissant du sursis avec mise à l'épreuve¹⁰²⁹. Il serait alors opportun qu'un alignement de ces deux mesures soit envisagé afin de minimiser l'écart entre la peine prononcée et la peine exécutée. Enfin, le juge de l'application des peines peut également modifier les obligations qu'il aura choisies, mais aussi réviser les modalités de la mesure décidées par la juridiction de jugement¹⁰³⁰, voire, le cas échéant, révoquer la mesure.

B. La transformation de la peine

- 466.** Le législateur permet au juge qui prononce la peine de l'assortir de modalités d'exécution particulières. Il peut s'agir de la semi-liberté (1), du placement à l'extérieur (2), ou du placement sous surveillance électronique (3).

¹⁰²⁷ Art. 132-27 CP.

¹⁰²⁸ Art. 132-28 CP.

¹⁰²⁹ Cass. crim., 18 janv. 2005, n° 04-82.335, Bull. crim., n° 19. Dans cette affaire, la chambre criminelle a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Nancy qui avait imposé au condamné, en sus du fractionnement de la peine, une obligation d'indemnisation des parties civiles.

¹⁰³⁰ Art. 132-26, al. 1^{er} CP.

1. La semi-liberté

- 467.** Prévues aux articles 132-25 et 132-26 du Code pénal, la semi-liberté est une modalité d'exécution des seules peines d'emprisonnement. Elle donne au condamné la possibilité de quitter l'établissement pénitentiaire pour le temps nécessaire à l'exercice d'activités professionnelles, ou du suivi d'un enseignement ou d'une formation. Cette modalité d'exécution de la peine ne peut être accordée par la juridiction que si deux conditions sont cumulativement remplies.
- 468.** Tout d'abord, le condamné doit justifier soit d'une activité professionnelle, soit du suivi d'un enseignement ou d'une formation. La peine prononcée doit être inférieure ou égale à deux ans ou un an pour une personne en état de récidive légale. Ces durées concernent la partie ferme de la condamnation en cas de peine mixte¹⁰³¹. Une note de la DACG du 29 juillet 2005 indiquait que le quantum maximum de deux ans ne pouvait être anticipé sur l'octroi du crédit de réduction de peine susceptible d'être accordé lors de la mise sous écrou. La jurisprudence de la Cour de cassation semble remettre en cause les préconisations de cette circulaire. En effet, par un arrêt du 18 mars 2015, la Haute juridiction a jugé, s'agissant d'un condamné ayant subi une période de détention provisoire puis ayant comparu libre devant la juridiction correctionnelle, qu'il convenait de déduire de la peine prononcée à la fois la période de détention provisoire et le montant du crédit de réduction de peine, en application de l'article D. 147-12 du Code de procédure pénale¹⁰³². Le problème ne semble, toutefois, pas entièrement réglé car se pose la question de savoir si la solution retenue par la Cour de cassation serait aussi applicable en dehors des cas où la détention provisoire aura été prononcée. Il serait alors opportun que la Cour de cassation se saisisse de cette question.
- 469.** Lorsqu'une telle mesure est envisagée, le juge doit préciser les conditions d'exercice de la semi-liberté. Il s'agit de déterminer les dates et horaires de sortie et de réintégration¹⁰³³, les conditions de trajet. Le juge de l'application des peines pourra, tout au long de l'exécution de la peine, modifier ces différents éléments d'application. Il pourra également enjoindre à l'administration de fournir au condamné certains documents administratifs nécessaires au bon

¹⁰³¹ Cass. crim., 6 déc. 1994, Bull. n° 395, RSC 1995, 573, obs. BOULOC.

¹⁰³² Cass. crim., 18 mars 2015, n° 14-84.689

¹⁰³³ Art. D. 137. CPP

déroulement de cette mesure. Il peut décider également le versement d'un salaire et la constitution d'un pécule, et autoriser des permissions de sortir sur le fondement de l'article D. 143-1 du Code de procédure pénale. Le juge de l'application des peines dispose du pouvoir, en cas d'incident, de retirer le bénéfice de la mesure par une décision prise conformément aux dispositions de l'article 712-6 du Code de procédure pénale¹⁰³⁴.

Cependant, il existe une difficulté rendant l'octroi de cette mesure délicat : il s'agit de la disponibilité des places en centre de semi-liberté. Cette raison ne devrait pourtant pas décourager les magistrats à octroyer cette mesure. En effet, le placement en semi-liberté doit être exécuté par l'administration pénitentiaire qui doit se charger de trouver une place dans un centre sous peine d'être sanctionné pour « voie de fait ». En réalité, une concertation entre l'administration pénitentiaire et la magistrature permet d'éviter ce genre d'incident.

Pour pallier ces difficultés, d'autres mesures d'aménagement de peine se sont développées, plus économiques en termes d'infrastructure, telles que le placement à l'extérieur ou le placement sous surveillance électronique.

2. Le placement à l'extérieur

470. Le placement à l'extérieur est une mesure qui permet au condamné d'effectuer des activités contrôlées par l'administration pénitentiaire en dehors d'un établissement. À la différence de la semi-liberté, le placement à l'extérieur implique la réintégration du condamné en prison. Il existe deux modalités d'exécution pour cette mesure : un placement à l'extérieur peut s'effectuer sous la surveillance de l'administration pénitentiaire¹⁰³⁵ ou sans une telle mesure¹⁰³⁶.

Pour pouvoir bénéficier de cette mesure, les condamnés doivent présenter « *des garanties suffisantes pour la sécurité et l'ordre public, notamment au regard de leur personnalité, de leurs antécédents, de leur conduite en détention et des gages de réinsertion* ».

¹⁰³⁴ Cass. crim., 18 janv. 2012 : *JurisData* n° 2012-002671 ; *Dr. pén.* 2013, chron. 3, n° 37, obs. E. BONIS-GARCON.

¹⁰³⁵ Art. D. 126 et s. CPP

¹⁰³⁶ Art. D. 136 et s. CPP

3. Le placement sous surveillance électronique

- 471.** Le placement sous surveillance électronique dont il est question ici, ne doit pas être confondu avec le placement sous surveillance électronique mobile institué par la loi du 12 décembre 2005. Alors que le second consiste en la mise en place d'un dispositif GPS destiné à renseigner les autorités sur les allées et venues d'un condamné ayant terminé d'exécuter sa peine privative de liberté à des fins de surveillance, le placement sous surveillance électronique, institué par la loi du 19 février 1997, constitue une forme de « prison à domicile », se substituant à l'incarcération et destinée à éviter aux petits délinquants la rencontre avec le milieu criminogène que constitue la prison. Il s'agit donc d'une mesure essentiellement favorable au condamné.
- 472.** La juridiction de jugement peut ainsi décider que la peine d'emprisonnement qu'elle prononce ne sera pas effectuée en établissement carcéral, mais sous simple surveillance électronique. Trois conditions doivent toutefois être cumulativement remplies pour qu'une telle mesure d'exécution de la peine soit décidée. La peine prononcée doit être égale ou inférieure à deux ans, ou un an pour les récidivistes¹⁰³⁷. Le condamné doit justifier soit de l'exercice d'une activité professionnelle, soit du suivi d'un enseignement ou d'une formation professionnelle, soit d'un stage ou d'un emploi temporaire en vue de son insertion sociale, soit de sa participation essentielle à la vie de sa famille, soit de la nécessité de subir un traitement médical¹⁰³⁸. Enfin le condamné doit avoir donné son consentement pour que la mesure puisse être prononcée¹⁰³⁹. Lorsque ces conditions sont remplies, il convient de noter que le juge n'est jamais obligé d'accorder le placement sous surveillance électronique. Il apprécie souverainement l'opportunité d'une telle mesure compte tenu des éléments dont il dispose. La chambre criminelle exerce, sur ce sujet, un contrôle *a minima*. Elle se contente, en effet, de s'assurer que les juges du fond ont statué sans insuffisance ou contradiction de motifs¹⁰⁴⁰, qu'ils ont convenablement répondu à tous les moyens soulevés par les parties¹⁰⁴¹, ou qu'ils n'ont commis aucune erreur de raisonnement¹⁰⁴². Dès lors, si la juridiction de jugement fait droit à la demande du prévenu, l'article 723-7-1 du Code de procédure pénale prévoit que la

¹⁰³⁷ Art. 132-26-1 CP.

¹⁰³⁸ Cass. crim., 24 janv. 2007 : *AJ pénal* 2007, p. 190, obs. HERZOG-EVANS.

¹⁰³⁹ Art. 132-26-1 CP.

¹⁰⁴⁰ Cass. crim., 4 févr. 2009 : *AJ pénal* 2009, p. 277 ; *Dr. pén.* 2010, chron. 2, n° 48, obs. PELTIER.

¹⁰⁴¹ Cass. crim., 24 janv. 2007 : *Bull. crim.* 2007, n° 18 ; *AJ pénal* 2007, p. 190.

¹⁰⁴² Cass. crim., 10 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-041519 ; *Dr. pén.* 2008, chron. 2, n° 44 obs. PELTIER.

décision du juge de l'application des peines fixant les modalités pratiques du placement sous surveillance électronique est prise par une « ordonnance non susceptible de recours ». Elle doit intervenir dans un délai de quatre mois maximum à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue exécutoire. Ce délai peut être réduit à cinq jours si le condamné a fait l'objet d'un mandat de dépôt ou d'un maintien en détention et que la juridiction de jugement a ordonné l'exécution provisoire du placement sous surveillance électronique.

- 473.** Une fois décidé, après la réalisation d'une enquête de faisabilité, le placement sous surveillance électronique emporte, pour le condamné, interdiction de s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu désigné par le juge de l'application des peines en dehors des périodes fixées par celui-ci. De plus, le bénéficiaire de cette mesure doit répondre aux convocations de toute autorité publique désignée par le juge de l'application des peines. Enfin, la juridiction de jugement peut également décider de soumettre le condamné aux mesures de contrôle, aux mesures d'aide et aux obligations particulières prévues pour le sursis avec mise à l'épreuve figurant aux articles 132-43 à 132-46 du Code pénal. Dans tous les cas, le juge de l'application des peines peut retirer au condamné le bénéfice de la décision de placement sous surveillance électronique soit en cas d'inobservation des interdictions ou obligations, d'inconduite notoire, d'inobservation des mesures prononcées, de nouvelle condamnation ou de refus par le condamné d'une modification nécessaire des conditions d'exécution, soit à la demande du condamné. La décision est alors prise à l'issue d'un débat contradictoire.

Conclusion du chapitre 2.

474. Le législateur a développé différents moyens pour adapter au mieux la peine afin de l'individualiser. Certains mécanismes auront une incidence sur le temps d'exécution de la peine. Il s'agit de la période de sûreté ou de la confusion de peines. D'autres mécanismes, comme le placement sous surveillance électronique, la semi-liberté, le placement à l'extérieur ou le fractionnement de la peine ont un impact sur les modalités d'exécution de la peine prononcée. Tous ces mécanismes permettent aux magistrats d'individualiser la sanction qu'ils vont prononcer afin de réprimer le délinquant, mais aussi de lui permettre de se réinsérer dans la société. Toutefois, pour que les juges puissent déterminer la peine la plus adaptée à l'espèce, il faut qu'il soit informé des éléments constitutifs de la personnalité de l'auteur de l'infraction. Ainsi l'examen scientifique du délinquant apparaît-il comme une nécessité.

Conclusion du titre 1.

475. Si le choix de la peine est encadré par la loi en vertu du principe de la légalité des peines, le juge dispose d'une grande liberté pour choisir de prononcer ou non une peine. Les pouvoirs du juge n'ont cessé d'augmenter. Le législateur a octroyé au juge les moyens d'apprécier la culpabilité de l'auteur d'une infraction afin de prononcer une sanction adaptée en fonction des éléments matériels et psychologiques permettant d'expliquer le passage à l'acte. Cette liberté du juge, même si elle connaît des limites importantes, soit en forçant la prise de décision du juge, soit en bornant l'exercice de cette liberté, assure l'efficacité de la peine.

L'efficacité de la peine a été considérablement renforcée par le fait que le législateur a développé différents moyens pour ajuster au mieux la peine : c'est-à-dire l'individualiser. Ces derniers ne recouvrent pas seulement les mécanismes classiques -également nommés par la doctrine aménagement *ab initio*- tels que le placement sous surveillance électronique, la semi-liberté ou le placement à l'extérieur. La confusion de peines ou la période de sûreté ont également un impact sur l'individualisation de la peine. Toutefois, pour que la détermination de la peine soit pleinement efficace, il est nécessaire que le juge dispose d'une bonne connaissance du délinquant, ce qui n'est pas encore parfaitement le cas.

Titre 2. L'efficacité à perfectionner par une meilleure connaissance du délinquant

476. La personnalisation de la responsabilité a conduit le mouvement de la Défense sociale nouvelle à envisager la réaction sociale contre le crime comme une pédagogie de la responsabilité. La réponse pénale tout entière doit être tournée vers l'objectif nouveau qui fera l'objet des développements de la seconde partie de cette étude : la resocialisation du délinquant. Le second chapitre de cette première partie entend analyser les adaptations de la justice pénale suggérées par le mouvement pour mettre en œuvre la pédagogie de la responsabilité, ainsi que leur réception dans le droit pénal et la procédure pénale contemporains. Pour M. Ancel, l'attitude de la Défense sociale nouvelle doit être non répressive. Les finalités classiques d'expiation, de vengeance et de rétribution ne sont plus. La prise en considération de la personnalité doit conduire à une attitude nouvelle envers le délinquant (Chapitre 1). La resocialisation n'aura de sens que si la réponse pénale est tournée, à chaque étape, vers la compréhension du délinquant. Pour M. Ancel, la compréhension passe par le recours à des outils pluridisciplinaires d'analyse de la personnalité. L'examen scientifique permettra l'appréhension de l'homme comme membre de la société, de l'individu « *pris dans son milieu, avec ses influences et ses déformations* ». Cette attitude nouvelle va avoir des conséquences importantes sur l'organisation de la réponse pénale. L'ensemble des institutions concourant au fonctionnement de la machine judiciaire doit intégrer ce paramètre nouveau. La nécessaire modification de la procédure pénale traditionnelle amène M. Ancel à proposer une articulation nouvelle du procès pénal (Chapitre 2).

Chapitre 1. Améliorer la connaissance du délinquant

477. Reprenant l'article 132-24 du Code pénal, dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 août 2014, l'article 132-1 du même Code précise que la peine doit être déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction. Cela signifie que le juge doit s'efforcer de sanctionner l'infraction commise mais également de connaître son auteur afin de lui infliger une sanction individualisée. Cette tension soulève, par conséquent, la question de l'importance des moyens d'investigations pour atteindre cet objectif. Manifestement, cet article a été rédigé à l'intention des personnes physiques ; cette exigence n'en demeure pas moins applicable aux personnes morales pour lesquelles le juge doit être en mesure de connaître l'état de santé financière de la personne morale poursuivie. Il s'agit alors d'une adaptation des mesures citées dans ce chapitre.

478. Pour ce faire, le juge doit connaître l'état général du délinquant (section 1). Pour cela, il dispose de deux outils fondamentaux que sont le casier judiciaire et l'enquête de personnalité. Ces moyens n'ont pas pour but la constatation de l'infraction ou la recherche de la vérité, mais constituent une aide pour la détermination de la peine par le juge. Il s'agit donc de fournir à l'autorité judiciaire des éléments d'informations sur le passé pénal et le mode de vie de l'intéressé sans rechercher des preuves de culpabilités. Par ailleurs, si comme le préconise la Défense sociale nouvelle, la peine doit servir à une pédagogie de la responsabilité, il est nécessaire de développer des outils permettant une « *exploration méthodique de la personnalité du sujet à traiter* »¹⁰⁴³. En effet, pour que la peine soit efficace, il est nécessaire que le juge connaisse l'intégralité de la personnalité de l'auteur d'une infraction. Cela passe inéluctablement par un examen scientifique approfondi (section 2) comprenant un examen médical, psychologique et psychiatrique.

Malgré cette diversité d'outils mis à la disposition du juge, il convient de les améliorer pour permettre une individualisation plus efficace de la sanction pénale. C'est ce que nous essaierons de démontrer dans le présent chapitre.

¹⁰⁴³ R. GASSIN, « Influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, T. II, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, *Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Éditions A. Pedone, 1975, p. 10.

Section 1. La connaissance de l'état général du délinquant

479. Pour connaître l'état général du délinquant, le juge dispose de plusieurs outils comme le casier judiciaire et le dossier de personnalité. Ces outils, connus depuis le XIX^e siècle, fournissent aux magistrats de précieuses informations sur le passé pénal et social du délinquant (§1). Néanmoins, ces outils présentent des carences qu'ils convient de perfectionner (§2).

§ 1. Les outils traditionnels d'information

480. Pour individualiser la sanction pénale, le juge répressif doit être en mesure de connaître le délinquant. Pour ce faire, il dispose de deux outils traditionnels d'information : le casier judiciaire, le renseignant sur le passé pénal de l'auteur d'une infraction (A) et, le dossier de personnalité lui indiquant le parcours général du délinquant. Mais force est de constater que ce deuxième outil, s'il est largement répandu en matière criminelle, est beaucoup plus succinct, voire inexistant en matière délictuelle ou contraventionnelle, ce qui constitue indubitablement un frein à l'individualisation de la peine (B).

A. Le casier judiciaire, un outil fondamental pour l'individualisation de la peine

481. Le casier judiciaire est un fichier informatisé dans lequel figurent notamment les condamnations pénales prononcées par les autorités judiciaires. Il constitue un outil précieux tant pour l'autorité judiciaire pour laquelle il rend possible la connaissance du passé pénal d'un délinquant, et donc l'application des règles relatives à la récidive ou au sursis par exemple, que pour la personne elle-même, en ce qu'il lui permet, le cas échéant, de faire preuve de son honorabilité. La volonté de conserver la mémoire des condamnations subies par tel ou tel délinquant n'est pas nouvelle. C'est déjà ce but que poursuivait la marque au fer dès le XV^e siècle. La première expression moderne de la conservation de la mémoire des condamnations remonte au Code d'instruction criminelle de 1808, qui institue les sommiers judiciaires impliquant une centralisation des répertoires des condamnations de chaque juridiction aux ministères de la Justice et de l'Intérieur. C'est en 1848 que le magistrat A. Bonneville de Marsangy suggère pour la première fois l'idée du casier judiciaire tenu sur fiches classées dans la juridiction du lieu de naissance. La loi du 5 août 1899 donne sa

concrétisation légale à cette idée en donnant naissance au casier judiciaire et à ses différents bulletins. Le Code de procédure pénale de 1958 poursuit dans cette lignée en consacrant un titre entier au casier judiciaire. En 1966, le casier judiciaire central est délocalisé à Nantes, et la loi du 4 janvier 1980 donne naissance au premier « casier judiciaire national automatisé ». Lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, en 1994, le législateur a institué un casier judiciaire nouveau, conçu sur le même modèle et spécifiquement dédié aux personnes morales. Le casier judiciaire est aujourd'hui réglementé aux articles 768 à 781 du Code de procédure pénale. Il est tenu sous la direction d'un magistrat placé sous l'autorité du directeur des Affaires criminelles et des grâces.

Ainsi, il convient de nous intéresser d'une part au contenu des informations inscrites au casier judiciaire (1) et, d'autre part, à l'accès au casier judiciaire (2).

1. Le contenu des informations inscrites au casier judiciaire

482. Le législateur distingue deux types de casiers judiciaires : l'un concerne les personnes physiques (a), l'autre les personnes morales (b).

a. Le casier judiciaire des personnes physiques

483. À l'égard des personnes physiques, le casier judiciaire se scinde en trois bulletins à vocation différente, et conservant des informations différentes.

484. Le bulletin n°1 est le relevé intégral des fiches du casier judiciaire¹⁰⁴⁴. Il conserve la mémoire de plusieurs types de condamnations : les condamnations définitives prononcées pour les crimes, les délits et les contraventions de cinquième classe, y compris les condamnations avec sursis, ainsi que les déclarations de culpabilité assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement de son prononcé, sauf si la mention de la déclaration de culpabilité au bulletin n°1 a été expressément exclue par la juridiction ; les condamnations des quatre premières classes qui entraînent une mesure d'interdiction, de déchéance ou d'incapacité ; les mesures de composition pénale ; les mesures éducatives, sanctions éducatives et peines prononcées à l'encontre d'un mineur délinquant ; les décisions disciplinaires quand elles entraînent ou édictent des incapacités ; les jugements prononçant la liquidation judiciaire ou la faillite

¹⁰⁴⁴ Art. 774 CPP

personnelle ; les décisions prononçant la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait des droits attachés ; les arrêtés d'expulsion ; les avis de mandat d'arrêt et les avis relatifs à des condamnations à des peines privatives de liberté non exécutées. Par ailleurs, plusieurs des événements affectant l'exécution des peines doivent également être mentionnés au bulletin n°1 du casier judiciaire : les grâces, commutations ou réductions de peine, les suspensions de peine, les décisions de libération conditionnelle, les événements affectant le sursis, les relèvements, les décisions de réhabilitation ainsi que les dispenses d'inscription aux bulletins n° 2 et 3.

485. Le contenu du bulletin n°2 est allégé par rapport à celui du bulletin n°1. Plusieurs des informations figurant au bulletin n°1 en sont exclues : les décisions prononcées à l'encontre des mineurs¹⁰⁴⁵ ; les condamnations prononcées pour contravention de police¹⁰⁴⁶ ; les dispenses de peine et ajournements¹⁰⁴⁷ ; les décisions de retrait des droits d'autorité parentale¹⁰⁴⁸ ; les arrêtés d'expulsion rapportés ou abrogés¹⁰⁴⁹ ; les condamnations étrangères ; les condamnations prononcées pour les délits prévus au titre IV du livre IV du Code de commerce sauf si le juge en décide autrement par une décision spécialement motivée¹⁰⁵⁰. Assez curieusement, il s'agit là du seul cas de dispense d'inscription au profit d'une catégorie d'infractions déterminée, dont les plus graves sont pourtant punissables de trois ans d'emprisonnement. Il s'agit également là du seul cas où le juge peut, en définitive, prononcer l'inscription d'une condamnation au bulletin n°2.

486. Enfin, le contenu du bulletin n°3 est très édulcoré par rapport aux bulletins précédents. Seules y figurent les condamnations pour crimes ou délits limitativement énumérées par l'article 777 du Code de procédure pénale. Il s'agit, entre autres, des condamnations à des peines privatives de liberté supérieures à deux ans non assorties du sursis, des condamnations à des interdictions, déchéances ou incapacités prononcées sans sursis, les décisions prononçant le suivi socio-judiciaire ou la peine d'interdiction d'exercer une activité impliquant un contact habituel avec des mineurs pendant toute la durée de la mesure.

¹⁰⁴⁵ Art. 775, 1° CPP.

¹⁰⁴⁶ Art. 775, 1° CPP.

¹⁰⁴⁷ Art. 775, 12° CPP.

¹⁰⁴⁸ Art. 775-9 CPP.

¹⁰⁴⁹ Art. 775, 10° CPP.

¹⁰⁵⁰ Art. 775, 15° CPP.

b. Le casier judiciaire des personnes morales

- 487.** En même temps qu'il a posé le principe de la responsabilité pénale des personnes morales, le législateur a donné naissance à un casier judiciaire leur étant spécifiquement dédié lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Ce casier judiciaire comprend deux bulletins.
- 488.** Le bulletin n°1 porte le relevé intégral des fiches du casier judiciaire : les condamnations prononcées pour crimes, délits ou contraventions de la cinquième classe, ainsi que les déclarations de culpabilité assorties d'une dispense de peine ou d'un ajournement de son prononcé ; les condamnations pour les contraventions des quatre premières classes lorsqu'est prononcée une mesure d'interdiction, de déchéance, d'incapacité, ou une mesure restrictive de droit ; les condamnations prononcées par une juridiction étrangère qui a fait l'objet d'un avis aux autorités françaises. En outre, y figurent également les divers événements affectant la peine mentionnée à propos des personnes physiques.
- 489.** Le bulletin n°2 présente un contenu plus léger dans la mesure où en sont exclues plusieurs décisions : condamnations dont la mention sur l'extrait du casier a été expressément exclue par l'autorité de jugement ; les condamnations prononcées pour les contraventions de police et les condamnations à des peines d'amende d'un montant inférieur à 30 000 € ; les condamnations assorties du bénéfice du sursis non avenues ; les déclarations de culpabilité assorties de dispense de peine ou d'un ajournement de son prononcé ; les condamnations prononcées par les juridictions étrangères. Après avoir étudié le contenu du casier judiciaire, il convient, à présent, d'en préciser l'accès.

2. L'accès au casier judiciaire

- 490.** L'accès aux informations contenues au casier judiciaire est protégé et sécurisé. Ses modalités varient en fonction des bulletins.
- 491.** Sans rentrer dans le détail, l'accès au bulletin n°2 du casier judiciaire est délivré aux personnes et autorités administratives limitativement énumérées par la loi à l'article 776 du Code de procédure pénale et pour certains motifs. L'accès au bulletin n°3 est beaucoup plus

restreint puisqu'il ne peut être demandé que par la personne qu'il concerne ou par le représentant légal d'une personne mineure, ou incapable majeure.

492. Pour ce qui nous intéresse dans le cadre de cette étude, la consultation du bulletin n°1 ne peut être opérée que par les autorités judiciaires. Cette qualité est appréciée strictement puisque seul un magistrat de l'ordre judiciaire peut en faire la demande et uniquement à l'occasion de ses fonctions judiciaires. Il s'agit d'un outil primordial pour l'individualisation de la sanction pénale puisqu'il permet de connaître l'ancrage dans la délinquance du prévenu et de permettre de retenir l'état de récidive légale¹⁰⁵¹. Les magistrats n'hésitent d'ailleurs pas à y faire référence dans leur décision, pour motiver le choix de telle ou telle sanction¹⁰⁵².

On peut toutefois regretter cette culture de « l'individualisation par le casier judiciaire » mais force est de constater qu'il s'agit du moyen le plus simple et le plus rapide dont disposent les magistrats pour choisir la sanction qu'ils vont prononcer malgré l'existence d'enquêtes de personnalité qui sont trop souvent succinctes dans la grande majorité des dossiers pénaux.

B. L'enquête de personnalité, un outil insuffisamment développé pour l'individualisation de la peine.

493. L'enquête de personnalité comprend, d'une part, le dossier de personnalité (1) et, d'autre part, l'enquête sociale rapide (2).

1. Le dossier de personnalité

494. L'obligation d'informer sur la personnalité n'avait d'abord été imposée que pour les mineurs par l'ordonnance du 2 février 1945 en son article 8. Elle a été étendue aux majeurs par l'article 81, alinéas 6, 7 et 8 du Code de procédure pénale qui prévoit l'enquête sur la personnalité, l'enquête rapide et l'examen médical ou psychologique auxquels il convient d'ajouter « toutes mesures utiles ».

¹⁰⁵¹ J. DANET, *La réponse pénale*, PUR, 2013, p. 189-190.

¹⁰⁵² V. par exemple : Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-84.200 : « Attendu que, pour condamner M. X... à cinq ans d'emprisonnement, l'arrêt énonce, d'une part, qu'il a été condamné à neuf reprises par le passé et se trouve une nouvelle fois en état de récidive légale ».

L'article 81 alinéa 6 du Code de procédure pénale dispose que la réalisation d'une enquête de personnalité est obligatoire en matière criminelle et facultative en matière délictuelle. Néanmoins, la Cour de cassation a adopté une position quelque peu singulière dans un arrêt du 1^{er} décembre 1960¹⁰⁵³ puisqu'elle indique que la loi « *fait un devoir au juge d'instruction de ne pas se borner à rassembler les preuves de la culpabilité ou de la non-culpabilité, mais de réunir dans la mesure du possible les renseignements qui permettront aux juridictions de jugement de déterminer et de mesurer la peine éventuellement applicable* » mais permet au juge d'instruction de clore l'instruction sans avoir procédé à cette enquête, s'il estime que son dossier est complet. Cette décision a été très largement critiquée par la doctrine¹⁰⁵⁴ et on ne peut que s'y ranger. En effet, l'arrêt Koeper va à l'encontre d'une peine efficace, c'est-à-dire juste et utile, qui suppose une bonne connaissance de la personnalité du contrevenant afin que le juge puisse individualiser la réponse pénale. Malgré cela, on peut comprendre la position de la Cour de cassation qui a voulu laisser au juge d'instruction une certaine latitude pour apprécier l'opportunité de recourir à cette enquête.

En matière contraventionnelle, l'enquête de personnalité est facultative et n'intervient que dans le cas où le prévenu présente une personnalité à risques.

- 495.** S'agissant du contenu du dossier de personnalité, le juge d'instruction dispose de deux outils : l'enquête de personnalité et l'enquête de curriculum vitae. Celles-ci sont complémentaires dans la mesure où cette dernière concerne surtout le passé de la personne tandis que l'enquête sur la personnalité concerne la situation présente du délinquant.
- 496.** La loi fait obligation au juge d'instruction de faire procéder à un interrogatoire de *curriculum vitae* et une enquête afin de vérifier la véracité des éléments fournis. Le juge recueille les déclarations de la personne poursuivie sur son passé. Il tente, autant que faire se peut, de faire donner le maximum de précisions sur les établissements scolaires, professionnels ou associatifs fréquentés ; sur les parents, amis, relations, professeurs afin d'obtenir de la vie du mis en cause une vue aussi complète que possible. Ensuite, le juge d'instruction vérifie les déclarations de la personne poursuivie, soit lui-même en procédant aux auditions de témoins

¹⁰⁵³ Cass. crim., 1^{er} déc. 1960 : Bull. crim. 1960, n° 566 ; D. 1961, jurispr. p. 385, note M.R.M.P. ; RSC 1960, p. 660, obs. J. ROBERT.

¹⁰⁵⁴ G. LEVASSEUR, « De la minimisation du dossier de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », RSC 1961. 83 ; R. VOUIIN, « L'enquête de personnalité, l'instruction préparatoire et les droits de la défense », JCP 1961. I. 1633 bis et note au D. 1968. 184 ; Y. COPPARD-BRITTON, *L'enquête de personnalité*, thèse, Rennes, 1969 ; B. GENINET, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, thèse, Paris I, 2000.

et en délivrant des réquisitions aux différents organismes, soit, le plus souvent, en délivrant des commissions rogatoires.

497. L'article 81 dispose que le juge peut faire procéder à une enquête de personnalité par des officiers de police judiciaire ou par toute personne habilitée dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État. L'enquête de personnalité faite par des officiers de police judiciaire est rare car les magistrats leur réservent plus spécialement les enquêtes de *curriculum vitae*. Mais il peut toutefois arriver que des gendarmes ou des policiers soient chargés de ce type d'enquête. Il convient de préciser que l'enquête de personnalité ne peut pas être considérée comme une expertise au sens de l'article 156 du Code de procédure pénale car elle n'a pas pour objet l'examen de questions techniques. Il en résulte que les personnes sollicitées pour cette enquête doivent, lorsqu'elles déposent à l'audience, prêter le serment exigé des témoins¹⁰⁵⁵.

Pour terminer, l'ensemble des investigations relatives à l'auteur est regroupé au sein de la cote « personnalité » du dossier qui reçoit la lettre « B »¹⁰⁵⁶. Ce dossier a pour objet, de renseigner l'autorité judiciaire, sous une forme objective, des éléments d'appréciation sur le mode de vie passé et présent du mis en examen.

498. Aussi important soit-il pour une bonne connaissance de la situation du délinquant, ce dossier de personnalité demeure toutefois limité aux dossiers les plus graves et ne sont donc pas systématiques. Toutefois, le juge ne dispose pas uniquement de ce moyen d'information, il peut également obtenir des renseignements sur la personnalité de l'auteur d'une infraction par le biais des enquêtes sociales rapides.

2. L'enquête sociale rapide

499. L'alinéa 7 de l'article 81 du Code de procédure pénale prévoit un autre type d'enquête, appelé également « enquête rapide », dont le but principal est de permettre au juge de statuer de façon éclairée sur un éventuel recours à la détention provisoire.

¹⁰⁵⁵ Cass. crim., 27 mai 1981 : Bull. crim. 1981, n° 175 ; D. 1983, jurispr. p. 63, note CHAPAR. – Cass. crim., 17 janv. 1990 : Bull. crim. 1990, n° 31.

¹⁰⁵⁶ Art. D. 16 CPP.

Le texte indique que cette enquête peut être confiée au service pénitentiaire d'insertion et de probation ou au service compétent de la protection judiciaire de la jeunesse, ou à une association habilitée dans les conditions définies par les articles R. 15-34 à R. 15-40 du Code de procédure pénale.

- 500.** Cette enquête permet de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale d'une personne mise en examen et à informer le juge sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale. Le fait que cette enquête soit plus particulièrement destinée à éclairer le juge sur la question de la détention provisoire est confirmé par l'obligation dans laquelle il se trouve de la prescrire avant d'ordonner le placement en détention provisoire d'un majeur de moins de vingt et un ans si la peine encourue n'est pas supérieure à cinq ans d'emprisonnement et si le procureur de la République ne l'a pas déjà fait diligenter. La réalisation de cette enquête permet d'éclairer le juge d'instruction lorsqu'il envisage de saisir le juge des libertés et de la détention et lorsque ce dernier envisage de placer une personne en détention provisoire.
- 501.** La possibilité de demander une enquête sociale a été étendue au procureur de la République selon l'article 41 du Code de procédure pénale. Cette mesure a pour objet de l'informer sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de la personne poursuivie et de développer les mesures alternatives à l'incarcération avant le jugement. Par ailleurs, cette enquête sociale rapide est désormais obligatoire, avant que le procureur de la République ne prenne des réquisitions aux fins de placement en détention provisoire d'un majeur, dans les trois hypothèses suivantes : en cas de poursuites contre un majeur âgé de moins de vingt-et-un ans au moment de la commission de l'infraction lorsque la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement¹⁰⁵⁷ ; en cas de poursuites selon la procédure de comparution immédiate, prévue par les articles 395 à 397-6 du Code de procédure pénale, ou selon celle de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, prévue par les articles 495-7 à 495-13 de ce Code, et ce quels que soient l'âge de la personne poursuivie et la peine encourue ; lorsque la personne a fait connaître qu'elle exerce à titre exclusif l'autorité parentale sur un mineur de seize ans au plus ayant chez elle sa résidence¹⁰⁵⁸. Le président du tribunal correctionnel peut également avoir recours à cette enquête lorsque le tribunal ne peut se réunir le jour même lors d'une comparution immédiate¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁷ Art. 41, al. 6. CPP.

¹⁰⁵⁸ S'agissant d'un mineur, cette enquête est prévue par l'article 12 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945.

¹⁰⁵⁹ Art. 396 CPP.

502. Si ces enquêtes sont utiles pour connaître la personnalité de l'auteur d'une infraction, il faut relever que celles-ci sont limitées soit aux procédures d'urgence telles que la détention provisoire ou la comparution immédiate, soit aux procédures criminelles. Il serait alors pertinent de se demander s'il n'est pas possible de perfectionner ces outils de renseignements afin de favoriser une meilleure individualisation de la réponse pénale.

§ 2. Des outils traditionnels à perfectionner

503. Pour améliorer la connaissance de la personnalité du délinquant par le juge, il serait opportun de perfectionner les outils traditionnels d'information en anticipant leur réalisation (A) et en perfectionnant leur contenu (B).

A. Une anticipation souhaitable

504. La question du moment de la prescription des enquêtes de personnalité au sein de la procédure peut se poser. En effet, il semble que quatre principes puissent être dégagés. Tout d'abord, l'enquête sociale, permettant au juge de connaître le délinquant, peut être prescrite au plus tôt de la procédure. Cet examen, très souvent de courte durée, n'a pas vocation à se proroger dans le temps. Cependant, certains délinquants doivent faire l'objet d'une observation plus approfondie en raison de pathologies mentales. Ainsi, il est souhaitable que les enquêtes de personnalité commencent avant le prononcé de la sanction et se poursuivent après elle afin de « saisir la personnalité dans son entièreté »¹⁰⁶⁰. Ce faisant, deux systèmes peuvent être distingués entre le système de *commun law* et celui de droit romano-germanique. Dans le premier, la scission de l'audience en deux phases implique que les renseignements sur la personnalité sont effectués après le verdict de culpabilité, le juge ordonnant alors un rapport dit présentiel. *A contrario*, dans le second où il n'y a qu'une décision sur la culpabilité et sur la peine, ces informations sont recueillies avant l'audience, en général par le juge d'instruction.

505. Pour que l'individualisation soit efficace, il est nécessaire que l'examen puisse commencer le plus tôt possible au cours de la procédure. En effet, trop souvent, les informations concernant la personnalité de l'auteur d'une infraction n'arrivent qu'au stade de l'application des peines.

¹⁰⁶⁰ M. ANCEL, « Le procès pénal et l'examen scientifique du délinquant », *RSC* 1952, p. 164.

Toutefois, la juridiction de jugement aura besoin des mêmes informations si elle désire effectuer un aménagement *ab initio*. Hormis dans le cas de la comparution immédiate, il semble que le délai qui précède l'audiencement de l'affaire pourrait permettre justement la réalisation de ces enquêtes, si la juridiction en fait la demande et si elle a le temps de prendre connaissance de ces éléments et d'étudier les possibilités d'aménagement. Ainsi, il est nécessaire d'aboutir à ce que les juges, libérés de la charge d'affaires, aient du temps à consacrer à ce travail.

Si l'anticipation des enquêtes de personnalité est nécessaire pour renforcer l'individualisation de la peine, il est également nécessaire d'en modifier le contenu sans pour autant rajouter des enquêtes supplémentaires.

B. Une évolution nécessaire

- 506.** La question du contenu des enquêtes de personnalité -et des rapports qui en rendent compte- mérite d'être discutée. S'il s'agit, comme nous l'avons vu, de réunir des éléments sur la personnalité et la situation du prévenu, il faudrait que le rapport aide véritablement le juge à choisir la peine la plus adaptée, notamment en se terminant par une proposition de sanction appropriée et que celui-ci soit généralisé à l'ensemble des dossiers pénaux.
- 507. Une modification nécessaire.** Le rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale remis à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2013 propose une modification des enquêtes de personnalité en s'inspirant du modèle britannique. Ce dernier comporte les éléments suivants : « *une analyse de l'infraction commise par la personne poursuivie ; un examen de la personne poursuivie incluant des éléments sur son histoire personnelle, ses facultés, son entourage, sa situation professionnelle et ses dettes. Cela concerne aussi les responsabilités qu'elle peut ou pourrait exercer et ses difficultés éventuelles liées à l'alcool, la drogue ou encore ses problèmes psychologiques ou psychiatriques ; une évaluation par l'agent de probation de la dangerosité potentielle de la personne poursuivie et une évaluation de la probabilité de récidive ; une conclusion proposant la sanction la plus appropriée en fonction des règles qui s'imposent au juge en la matière* »¹⁰⁶¹.

¹⁰⁶¹ Rapport d'information n° 652, sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, 23 janv. 2013, p. 82.

508. La transposition de ce type d'enquête en France proposant une peine est souhaitable pour deux raisons. Tout d'abord, elle constituerait une aide supplémentaire dans le choix de la peine par le juge et le procureur de la République. Sans être un pré-jugement ou des réquisitions, la proposition de peine constituerait un guide ne liant pas -bien entendu- les magistrats qui conservent toute leur autonomie pour déterminer la sanction qu'ils considèrent comme étant la plus juste. Il ne s'agit en aucun cas d'une délégation de pouvoirs des magistrats aux travailleurs sociaux comme cela est possible dans les « cercles de détermination de peines » au Canada. Il s'agit uniquement d'une proposition pour aider le magistrat dans son travail afin de permettre une plus grande transparence dans un domaine encore très opaque. Ensuite, elle permettrait de renforcer l'individualisation de la peine. En figurant dans le dossier pénal, cette enquête de personnalité réformée permettrait de renforcer l'efficacité de la sanction pénale car la personne pourra avoir connaissance de cette pièce avant l'audience, ce qui pourra donner lieu à un débat lors de l'audience entre le ministère public et l'avocat de la défense, ce qui est trop rarement le cas aujourd'hui. L'individualisation de la sanction pénale serait alors renforcée, d'autant plus que lors de la réalisation de l'enquête, une discussion entre l'agent de probation et l'auteur de l'infraction pourra permettre à ce dernier d'appréhender plus facilement la sanction susceptible d'être prononcée à son encontre.

Section 2. La connaissance de l'état spécifique du délinquant

509. Pour connaître le délinquant et permettre un traitement de resocialisation, il n'était pas possible de se contenter, selon Marc Ancel, d'une « *étude des circonstances extérieures à l'acte, des antécédents légaux ou des curriculum vitae des services de police* »¹⁰⁶². Il fallait étudier « *la constitution biologique, les réactions psychologiques, l'histoire personnelle, la situation et l'environnement sociaux* »¹⁰⁶³. Il préconise l'instauration d'un examen scientifique pluridisciplinaire dès 1954 mais ce n'est réellement qu'avec l'adoption du Code de procédure pénale en 1958 que l'examen spécifique du délinquant connaît un véritable essor pour aujourd'hui s'imposer en matière pénale et plus particulièrement en matière criminelle (§1).

¹⁰⁶² M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd, Editions Cujas, p. 215.

¹⁰⁶³ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd, Editions Cujas, p. 216.

510. Néanmoins, la généralisation des mesures de sûreté, notamment avec la loi n°2008-174 instaurant la rétention de sûreté, a considérablement modifié l'objectif de l'examen scientifique. Les expertises n'ont plus pour but d'adapter la sanction à la personnalité de l'auteur d'une infraction mais davantage d'évaluer sa dangerosité pour la société¹⁰⁶⁴. Face à ce nouvel enjeu, la France accuse un retard considérable en raison de l'absence de recherche scientifique dans ce domaine, à l'instar des pays d'Amérique du nord. Alors que dans de nombreux pays, des voix s'élèvent contre les outils d'expertise de la dangerosité, ne faudrait-il pas plus simplement ne plus faire référence à cette notion porteuse intrinsèquement de nombreuses difficultés d'appréciation ? (§2).

§ 1. L'essor de l'expertise scientifique

511. L'abandon de la peine comme châtiment a conduit Marc Ancel à envisager la sanction comme un outil de resocialisation. Pour cela la prise en compte de la personnalité du délinquant est devenue une nécessité par « *une exploration méthodique de la personnalité du sujet à traiter* »¹⁰⁶⁵ (A). La place de l'examen scientifique n'a eu de cesse de se développer dans notre droit pénal. Sa généralisation nous montre d'ailleurs l'importance qu'il occupe aujourd'hui dans la prise de décision des magistrats et plus spécialement s'agissant de la détermination des peines (B).

A. La nécessité d'un examen scientifique du délinquant

512. Pour connaître l'auteur d'une infraction, il n'est pas possible de se limiter à l'étude de ses antécédents légaux ou de son *curriculum vitae*¹⁰⁶⁶. Il est alors indispensable de comprendre sa constitution biologique, ses réactions psychologiques, son histoire personnelle et son environnement social. Ainsi, l'examen scientifique du délinquant doit prendre en compte tous ces éléments et repose sur des principes fondamentaux (1) applicables à tous les types d'examens (2).

¹⁰⁶⁴ M. MASSE, J.-P. JEAN, A. GUIDICELLI-DELAGE, (dir), *Un an de droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009, 400 p. (Droit et justice)

¹⁰⁶⁵ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3e éd., Editions Cujas, p. 214.

¹⁰⁶⁶ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3e éd., op. cit., p. 215.

1. Les principes fondamentaux de l'expertise scientifique

513. Une connaissance complète du délinquant. L'individualisation de la peine implique que « *le juge se prononce selon les circonstances de l'affaire, les caractères extérieurs à l'acte, les mobiles, le comportement de l'agent avant et après l'infraction et sa situation personnelle comme son environnement* »¹⁰⁶⁷. La Défense sociale nouvelle de Marc Ancel a grandement contribué au développement de l'examen scientifique du délinquant en préconisant des mesures de resocialisation et des mesures de sûreté. En confiant au juge la tâche d'examiner les chances de succès des mesures curatives, rééducatives ou neutralisantes, il était nécessaire qu'il dispose d'une excellente connaissance du délinquant. On peut ainsi dire que grâce à l'École de la Défense sociale nouvelle, l'examen scientifique du délinquant est devenu le corolaire de l'individualisation de la peine¹⁰⁶⁸. Suite aux préconisations de Marc Ancel, de nombreuses conférences ont eu lieu dans les années 1950 sur le thème de l'examen scientifique du délinquant. L'idée d'une évaluation pluridisciplinaire voit le jour et finit par emporter l'adhésion de la communauté scientifique et juridique¹⁰⁶⁹.

514. Une aide scientifique. L'examen scientifique pluridisciplinaire comprend ainsi plusieurs types d'examens : médical, psychologique et psychiatrique. « *L'examen des délinquants comprend donc l'application d'une ou plusieurs de ces formes d'examens par un expert compétent* »¹⁰⁷⁰. Ceux-ci constituent une aide précieuse pour le juge, pour l'aider à déterminer la responsabilité de la personne, à apprécier les motifs du délit, à déterminer la peine la plus appropriée et à mettre en évidence les « *incidences médicales, sociales et psychologiques que sa décision aura sur le traitement futur de l'accusé* »¹⁰⁷¹. Se pose alors la question du moment de la prescription de ces examens au cours de la procédure. Il est nécessaire que l'examen scientifique du délinquant commence avant le prononcé de la sanction et se poursuive après elle afin de « *saisir la personnalité dans son entièreté* »¹⁰⁷². Il est impératif que l'examen puisse commencer le plus tôt possible au cours de la procédure. Ce faisant, il convient, dès lors, de présenter plus en détails ces différents examens.

¹⁰⁶⁷ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 217.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 216.

¹⁰⁶⁹ V. les travaux du premier cours international : l'examen médico-psychologique et social des délinquants, conférences publiées par MM. Heuyer et Pinatel, Paris, 1953, cité in M. ANCEL, op. cit. p. 216.

¹⁰⁷⁰ M. ANCEL, « Le procès pénal et l'examen scientifique du délinquant », *RSC* 1952, p. 163.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 164.

2. Les différents types d'examens scientifiques

- 515.** Afin de mieux appréhender la personnalité de l'auteur d'une infraction, il existe plusieurs types d'examens scientifiques que l'on peut séparer en deux.
- 516.** L'examen biologique « *consiste essentiellement en un examen physique général* ». Il s'agit avant tout d'un examen médical général réalisé par un médecin permettant de déceler d'éventuelles pathologies. L'examen peut ainsi être complété par des radiologies, ou des analyses hématologiques, sérologiques ou encore endocriniennes. Par ailleurs, le recours à l'électroencéphalographie permet de déceler des lésions anciennes ou des maladies neurologiques et de diagnostiquer des épilepsies.
- 517.** Ce bilan médical est souvent complété par des examens psychologiques qui comprennent des techniques permettant de mesurer les facultés mentales et de décrire les caractéristiques de la personnalité. Il s'agit d'évaluer le niveau cognitif du sujet et connaître ses antécédents sociaux, familiaux et professionnels permettant d'expliquer le passage à l'acte. Ces examens sont rarement demandés seuls, le juge les complète souvent par des expertises psychiatriques. Initialement portés sur « *les questions d'aliénation mentale, de la capacité judiciaire et de la responsabilité criminelle* », les membres du courant de la Défense sociale ont souhaité élargir le domaine de ces expertises. Ils considèrent, en effet, le psychiatre comme le seul expert à même de comprendre les nuances de la personnalité et du comportement du délinquant.
- 518.** La mise en place d'un examen scientifique du délinquant a néanmoins suscité quelques critiques de la part de certains criminologues. En effet, certains ont vu dans cet examen scientifique une « *menace pour la liberté individuelle et pour l'intégrité de la personne humaine* »¹⁰⁷³. Malgré ces critiques, l'examen scientifique du délinquant s'est peu à peu généralisé pour devenir aujourd'hui l'outil indispensable du juge afin de connaître la personne amenée à être jugée.

¹⁰⁷³ M. ANCEL, « Examen de conscience de la Défense nouvelle, le problème du traitement du délinquant », *RSC* 1978, p. 946.

B. La généralisation de l'examen scientifique du délinquant

519. L'examen scientifique du délinquant s'est principalement développé suite aux recommandations de la Défense sociale nouvelle. En effet, pour Marc Ancel, l'expertise devait conduire à mieux comprendre la personnalité du délinquant afin de corriger efficacement sa déviance et permettre un traitement de resocialisation. C'est ainsi que la mise en œuvre de l'examen de personnalité a contribué à accroître l'utilité de l'expertise psychiatrique dans le procès pénal. Ce qui a permis de légitimer les mesures de prophylaxies sociales dans la mesure où « *le traitement envisagé par la Défense sociale nouvelle a une vocation humaniste* »¹⁰⁷⁴.

520. La place croissante de l'examen psychiatrique. Le recours à l'expertise psychiatrique a, tout d'abord, été rendu possible par l'adoption de l'article 64 du Code pénal de 1810 qui prévoit qu'il n'y a « *ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il aura été contraint par une force à laquelle il ne pouvait résister* ». Très tôt, les médecins comprennent l'importance de « *la nécessité de l'expertise psychiatrique dans les affaires criminelles* » pour comprendre le passage à l'acte. Avec l'introduction des circonstances atténuantes par la loi du 28 avril 1832, le juge et le jury ont eu à apprécier les circonstances particulières de l'acte et ses mobiles. C'est ainsi que l'on peut citer l'affaire Pierre Rivière accusé, en 1835, de parricide¹⁰⁷⁵. Ce cas nous présente la volonté de la justice de comprendre le crime en ayant recours aux expertises médicales et psychiatriques. Cependant, l'analyse de ces expertises -réalisée par un médecin de campagne, un médecin de ville chargé d'un asile d'aliénés et d'éminents spécialistes de la psychiatrie- nous révèle une disparité importante dans leurs contenus et leurs conclusions. Cette hétérogénéité de résultats a contribué à l'instauration, le 12 décembre 1905, de la circulaire Chaumié qui prévoyait que deux questions soient posées aux experts : « *Dire si l'inculpé était en état de démence au moment de l'acte, dans le sens de l'article 64 du Code pénal ; Dire si l'examen psychiatrique et biologique ne relève point, chez lui, des anomalies mentales ou psychiques de nature à atténuer dans une certaine mesure sa responsabilité* »¹⁰⁷⁶. Lors de l'adoption du Code de procédure pénale en 1958, la circulaire Chaumié sera remplacée par l'article C 345 du Code

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 949.

¹⁰⁷⁵ M. FOUCAULT, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère...*, Folio histoire, 1973, p. 185 et s.

¹⁰⁷⁶ M. GODFRYD, *Les expertises médicales*, Paris, Presses universitaires de France, *Que sais-je ?*, 1991, p. 110.

de procédure pénale lequel « *enjoint de donner les missions d'expertises suivantes : L'examen psychiatrique et physiologique du sujet révèle-t-il, chez lui, des anomalies mentales ou psychiques ? L'infraction qui lui est reprochée est-elle en lien avec de telles anomalies ? Le sujet présente-t-il un état dangereux ? Le sujet est-il accessible à la sanction pénale ? Le sujet est-il curable ou réadaptable ? Les anomalies sont-elles de nature à le faire considérer en état de démence ou au contraire à atténuer sa responsabilité et dans quelle mesure ?* »¹⁰⁷⁷ .

521. Si cette circulaire a apporté des précisions sur ce que doivent être les missions de l'expert et une harmonisation à l'échelon national, elle n'en a pas moins introduit des notions confuses telles que la notion d'état dangereux. Précurseur de la dangerosité contemporaine, l'état dangereux est une notion protéiforme difficile à déterminer. Qu'elles soient juridique, psychiatrique, victimologique, criminologique ou sociale¹⁰⁷⁸, aucune de ces définitions ne permet d'évaluer avec certitude le risque de récurrence d'un individu. Les questions de l'accessibilité à la sanction pénale et de la resocialisation de l'individu entraînent également des complications importantes supposant une évaluation médicale de concepts juridiques. L'expert psychiatre voit sa mission évoluer. Auparavant appelé à se prononcer sur une pathologie mentale, il est aujourd'hui contraint d'anticiper la récurrence des infractions. Ainsi, l'expert psychiatre a troqué la science objective pour la divination dont le recours aujourd'hui est systématique en matière criminelle.

Plus qu'une évolution chronologique, on peut aujourd'hui parler d'une prévalence de l'expertise psychiatrique sur l'examen de personnalité. Il s'agit aujourd'hui, pour les hommes de l'art, de prendre en compte ces nouveaux enjeux en étudiant la pathologie mentale et en renforçant les outils d'analyse, pour conférer aux décisions de justice une légitimité scientifique.

§2. L'expertise médicale confrontée à de nouveaux enjeux

522. La récente loi n°2008-174 instaurant la rétention de sûreté a notamment provoqué la sanitarisation de la procédure pénale entraînant une double confusion entre le criminel et le malade mental, d'une part, et entre la psychiatrie, discipline du champ médical, ou instrument

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹⁰⁷⁸ V. pour les définitions : G. BERNARD, L'évolution historique du concept », in *Psycho-criminologie*, 2^e éd., p. 52 et s.

de lutte contre la récidive d'autre part. Il semble que « *tous les pays qui développent un droit pénal sécuritaire connaissent cette dérive de compléter la peine par des obligations de soins assimilées à des mesures de sûreté comme pour se déculpabiliser de la rigueur de la loi pénale et dans l'illusion d'un traitement du crime* »¹⁰⁷⁹. Si la dangerosité occupe une place si importante, il est unanimement reconnu¹⁰⁸⁰ que son évaluation s'avère difficile (A), et les praticiens sont mal équipés pour l'appréhender. Cela implique de repenser les outils d'évaluation de la dangerosité (B).

A. La difficile évaluation de la dangerosité

- 523.** Petit à petit l'évaluation de la dangerosité est devenue le domaine de compétence majeur de l'expertise psychiatrique. Cette situation est d'ailleurs assez étonnante puisqu'il n'y a pas de véritable reconnaissance académique de cette compétence, mais comme cela relève de l'insondable, l'expert psychiatre paraît alors le plus compétent pour cela. Mais la pression de l'opinion publique et l'institution judiciaire ont poussé l'expert à sortir de son domaine de compétence traditionnelle qui est, rappelons-le, le soin des malades. Il lui est demandé de se préoccuper en premier lieu des victimes potentielles de son patient avant de le soigner. Il y a alors un changement de paradigme dans le domaine d'intervention de l'expert psychiatre qui se fonde d'abord sur un acte diagnostique pour élaborer une thérapeutique adéquate.
- 524.** Demander au praticien d'évaluer un risque de violence introduit alors une nouvelle dimension dans sa pratique. Elle conduit alors à biaiser sa démarche thérapeutique pour répondre aux nouvelles exigences de la société sans y être réellement bien préparé et en assumant une grande responsabilité, puisque ses conclusions seront très souvent suivies par la justice et auront des répercussions sur la peine, dans la mesure où la juridiction pourra prononcer des mesures de traitements ou des mesures de sûreté. La pression sur l'expert psychiatre est grande et sa mission de thérapeute s'est peu à peu transformée en mission de contrôle social. Ainsi, il en ressort « *une confusion extrême entre le soin et la peine au risque de détourner la psychiatrie publique de sa mission : soigner les malades mentaux* »¹⁰⁸¹. C'est

¹⁰⁷⁹ J.-L. SENON, C. MANZENA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ Pénal* avril 2008, p. 178.

¹⁰⁸⁰ B. GRAVIER, « De la perception de la dangerosité à l'évaluation du risque de violence », in J.-L. SENON, G. LOPEZ, R. CARIO et al., *Psycho-criminologie*, 2^e éd. 2012, Dunod, p. 57.

¹⁰⁸¹ J.-L. SENON, C. MANZENA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *op. cit.*, p. 176.

assurément le « piège »¹⁰⁸² de la récidive et la prise en compte progressive de la dangerosité comme critère de fixation de la sanction pénale qui ont entraîné la confusion autour des finalités de l'expertise psychiatrique. Ce faisant, il y a un risque que l'évaluation de la dangerosité présentée pour un patient ne soit que le reflet de la réprobation sociale intériorisée par le praticien.

- 525.** Ce danger est d'autant plus grand que l'expert psychiatre se trouve dépourvu d'outils pertinents pour évaluer la dangerosité d'une personne. Pour effectuer cette évaluation, le praticien peut recourir à l'évaluation clinique classique. Il s'agit d'une évaluation individuelle et non structurée, reposant, bien souvent, sur une lecture psychanalytique des réponses obtenues lors de l'entretien clinique. Comme ces entretiens ne sont pas structurés, il y a un risque important de biais commis par l'expert. Il a d'ailleurs été démontré que les résultats pouvaient être influencés par l'origine culturelle¹⁰⁸³, la formation et l'éducation du praticien¹⁰⁸⁴. Le danger est grand pour le psychiatre de « *se laisser aller à des corrélations illusoires* »¹⁰⁸⁵ faussant ainsi le résultat de l'évaluation. De plus, de nombreuses études ont démontré la faiblesse de l'évaluation clinique non structurée par rapport à l'évaluation actuarielle¹⁰⁸⁶.

Face aux insuffisances de l'évaluation clinique traditionnelle, il est nécessaire de repenser les outils d'évaluation de la dangerosité.

B. La nécessité de repenser les outils d'évaluation de la dangerosité

- 526.** La dangerosité occupe une place très importante dans les discours politiques et médiatiques qui suscitent de nombreuses interrogations. Est-ce une notion clinique, sociologique, juridique, pénologique ? Est-elle évaluable cliniquement ? Son évaluation est-elle certaine ?

¹⁰⁸² P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité » in *Les nouvelles figures de la dangerosité*, sous la direction de P. Mbanzoulou, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 96.

¹⁰⁸³ B. J. ENNIS and T. R. LITWACK, *Psychiatry and the presumption of expertise : Flipping coins in the Courtroom*, California Law Review, 1974, 62, p. 694-753.

¹⁰⁸⁴ W. WILLIAMS et K. MILLER, *The role of personal characteristics in perceptions off dangerousness*, Criminal Justice and Behaviour, 1977, 4, p. 241-252.

¹⁰⁸⁵ M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ Pénal*, 2012, p. 75.

¹⁰⁸⁶ W. M. et Meehi, P. E., *Comparative efficiency of informal (subjective, impressionistic) and formal (mechanical, algorithmic) prediction procedures : The clinical-statistical controversy*, Psychology, Public Policy and Law, 1996, n° 2, p. 293-323 ; R. K. HANSON, K. E. MORTON et A. J. R. HARRIS, « Sexual offender recidivism risk : What we know and what we need to know », in R. Prentky, E. Janus et M. Seto (éds), *Understanding and managing sexually coercive behaviour*, Annals of the New York Academy of sciences, 2003, n° 989, p. 154-166.

Ces questions hantent les experts à qui la société et la justice demandent des réponses claires et précises.

Malgré le flou que soulève cette notion, l'expert psychiatre est devenu « *l'expert de la prédiction* » appelé à donner des réponses tranchées sur celui qu'il doit examiner et à établir un pronostic clinique¹⁰⁸⁷. L'évaluation est rendue plus difficile en raison d'un double phénomène antagoniste. L'expert subit à la fois une importante pression sociale marquée par la sécurité dans laquelle le « fou » occupe une place centrale, et l'ouverture des hôpitaux psychiatriques depuis le développement de la psychiatrie désaliéniste. Tous les regards sont aujourd'hui tournés vers l'expert psychiatre, surtout lorsqu'il s'agit d'un délinquant sexuel qui est devenu, aujourd'hui, la figure de proue de la nouvelle « folie criminelle ». Il est alors demandé, séance tenante, au psychiatre de prédire la dangerosité d'une personne à l'égard de la société et d'établir une prédiction d'une récurrence potentielle. Face à cette pression, de plus en plus importante, sur l'expert psychiatre, le risque est grand qu'il perde tout sens clinique et se laisse submerger par ses émotions et les nombreux *a priori* qu'il peut avoir.

527. Ainsi, pour pallier ces différents écueils, il est nécessaire de développer de nouveaux outils d'évaluation structurée objectifs, s'inspirant des tables de prédiction utilisées principalement en Amérique du nord (1). Néanmoins, ces outils ne sont pas sans limites et il convient de s'interroger sur l'abolition pure et simple de la notion de dangerosité qui est intrinsèquement porteuse de difficulté pour laisser à la justice la charge de tirer toutes les conséquences d'une pathologie mentale (2).

1. Le besoin de nouveaux outils d'évaluation structurés

528. Les outils d'évaluation actuariels. Pour faire face aux difficultés d'évaluation de la dangerosité, de nouvelles méthodes structurées ont été développées notamment en Amérique du Nord¹⁰⁸⁸. Il s'agit des outils d'évaluation actuariels. Ces derniers utilisent des équations ou une table actuarielle pour prédire le risque de dangerosité du sujet évalué. Ces tables

¹⁰⁸⁷ B. GRAVIER, « De la perception de la dangerosité à l'évaluation du risque de violence », in J.-L. SENON, G. LOPEZ, R. CARIO, *Psycho-criminologie, Psychothérapies pratiques*, Dunod, 2^e éd., 2012, p. 57.

¹⁰⁸⁸ L'utilisation des outils actuariels s'est très rapidement répandue aux États-Unis afin de mieux prédire le risque de récurrence des personnes libérées sous condition. En 1928, Ernest W. Burgess effectue la première recherche sur la base de 3 000 personnes libérées sous condition, et identifie vingt-deux items permettant de distinguer les personnes qui réussiraient leur probation de celles qui échoueraient. Par la suite, les époux Glueck ont élaboré leur propre outil actuariel.

d'évaluation se basent sur des variables prédictives regroupées en items qui peuvent être quantifiés avec une grande fiabilité.

- 529.** Pour établir ces tables de prédiction, il est nécessaire d'effectuer des recherches empiriques portant sur les facteurs de passage à l'acte. Ces facteurs doivent être suffisamment généraux pour pouvoir s'appliquer à un large panel de personnes. De façon générale, les facteurs de risques couramment utilisés sont : le passé pénal ; le passé personnel ; les éléments démographiques tels que l'âge, la nationalité, la place au sein de la fratrie ; les traits de personnalité ; des facteurs environnementaux comme le lieu de vie, la vie de couple ; des facteurs cliniques et des facteurs sociaux.
- 530.** Initialement constitués par des facteurs statiques, qui ne peuvent changer, les outils actuariels de première et de deuxième génération ont montré leurs limites¹⁰⁸⁹ et ont été remplacés par des tables, dites de troisième génération, incluant des facteurs dynamiques qui sont évolutifs. Ils regroupent l'environnement, la personnalité de l'intéressé, l'histoire criminelle ou encore la réussite sociale¹⁰⁹⁰. La table de prédiction de troisième génération la plus connue est sans doute *Level of service Inventory-Revised* (LSI-R). Elle est composée de cinquante-quatre items regroupés en dix subdivisions. Le principe de cet outil est d'attribuer des points à chaque item afin d'établir un score total pour dégager le risque de dangerosité.
- 531. Des outils trop rigides.** Pour pallier la rigidité des tables de prédiction, certains chercheurs ont tenté de concilier l'évaluation clinique classique avec les nouvelles méthodes actuarielles. La plus prometteuse est « *l'évaluation clinique structurée* »¹⁰⁹¹. Cette méthode d'évaluation de quatrième génération- que l'on pourrait appeler « de conciliation »- paraît séduisante puisqu'elle réintroduit la discussion avec le patient. Cependant, ces outils de prédiction ont suscité un certains nombres de critiques par rapport aux méthodes actuarielles classiques. Il a été démontré que leur utilisation n'était pas très facile, et surtout que ces outils réintroduisaient dans l'examen des préjugés pouvant conduire à des erreurs¹⁰⁹². De surcroît,

¹⁰⁸⁹ G. NIVEAU, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, Paris, L'Harmattan, 2011.

¹⁰⁹⁰ M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ Pénal*, 2012, 2, p. 75 et s.

¹⁰⁹¹ Structured professional judgement.

¹⁰⁹² M. HERZOG-EVANS, op. cit

l'efficacité de cette méthode a été nuancée par certaines études qui ont montré des performances similaires entre les outils actuariels et l'évaluation clinique structurée¹⁰⁹³.

532. De nouveaux outils plus performants. Ces outils généraux d'évaluation de la dangerosité ont été complétés par des outils plus adaptés à certains types de violences. Ainsi, des instruments spécifiques ont été conçus à destination des délinquants sexuels. Il s'agit, entre autres, du SVR-20¹⁰⁹⁴ ou de la PCL-R¹⁰⁹⁵, destinés à évaluer les psychopathies. Ils établissent de fortes corrélations entre la récidive criminelle, la violence et la violence sexuelle. Il existe également un outil spécifique centré sur la violence conjugale : le SARA¹⁰⁹⁶.

533. Face à ces nombreux outils, la question du choix et de leur transposition en France se pose. De prime abord, comme il s'agit d'outils statistiques, on pourrait penser qu'il serait aisé de prendre les tableaux existants et de les traduire en français. La réalité est bien plus complexe dans la mesure où ces outils ont été élaborés à partir de groupes locaux. Certains auteurs ont d'ailleurs démontré une éventuelle difficulté à exporter tels quels ces outils prédictifs¹⁰⁹⁷. Par ailleurs, ils ont été élaborés à partir d'un panel d'hommes, ce qui peut susciter des difficultés de transposition pour les femmes et les personnes âgées, qui ont un niveau de risque et des besoins spécifiques¹⁰⁹⁸. Ainsi, pour pouvoir être transposés en France, il est primordial que des recherches nationales pluridisciplinaires regroupant des juristes, des psychologues et des psychiatres soient effectuées sur des cohortes de détenus afin de construire nos propres échelles actuarielles¹⁰⁹⁹.

Alors que la communauté scientifique se demande encore, et ce depuis des décennies, s'il est opportun d'introduire ces nouveaux outils de prédiction, des voix s'élèvent pour en soulever les limites.

¹⁰⁹³ K. HEILBRUN, K. YASUHARA, S. SHAH, Violence Risk Assessment Tools. Overview and Critical Analysis, in R. K. OTTO et K. S. DOUGLAS, Handbook of violence Risk Assessment, Routledge, 2010, 1-17, spéc. P. 13.

¹⁰⁹⁴ Sexual Violence Risk

¹⁰⁹⁵ Psychopathy Check List-Révisée

¹⁰⁹⁶ Spousal Assault Risk Assessment

¹⁰⁹⁷ P. MAURUTTO et K. HANNAH-MOFFAT, Assembling Risk and the Restructuring of Penal Control, British Journal of Criminology, 2006, n° 46, p. 428-454.

¹⁰⁹⁸ M. HERZOG-EVANS, op. cit.

¹⁰⁹⁹ Rapport de la conférence de consensus remis au Premier Ministre le 20 février 2013, Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive, p. 35.

2. Les limites de ces nouveaux outils d'évaluation

- 534.** L'utilisation des outils actuariels n'est pas sans limites. Il y a un risque que les résultats obtenus avec les tables de prédiction ne prennent une place prépondérante dans le choix de la peine ou de la déclaration de culpabilité. Certains experts ont même renoncé à présenter des résultats chiffrés en « *raison de l'impact qu'ont les chiffres dans une Cour de justice* »¹¹⁰⁰. Cela peut entraîner un danger plus grand encore sur les libertés fondamentales, surtout si le praticien n'est pas rompu à l'exercice de ces méthodes prédictives. Comme il a été dit, il existe « *une première forme de dangerosité qui consiste à s'attaquer aux droits des individus en les agressant physiquement, il en existe une seconde qui consiste aussi, en se prononçant sur la dangerosité des autres, à faire violence à leurs droits fondamentaux. Il n'est pas évident que l'une soit plus excusable que l'autre* »¹¹⁰¹. Ce risque est d'autant plus grand que l'utilisation des outils actuariels nécessite une véritable formation afin de pouvoir analyser correctement les résultats obtenus, d'autant plus qu'ils dépendent de la qualité et du nombre d'informations données par le délinquant.
- 535.** Pour contourner cette difficulté, il est possible de proposer trois solutions : tout d'abord, il serait opportun d'utiliser un outil dans lequel le délinquant se sentirait plus en confiance afin que le praticien puisse obtenir des informations optimales. Il a été proposé aux États-Unis un modèle nommé le *Good Life Model* qui s'appuie sur l'idée qu'il est plus facile d'obtenir un changement du délinquant et de le faire collaborer à l'évaluation dès lors qu'il prend conscience qu'il y va de son intérêt. En effet, la particularité de cette évaluation consiste à ne pas se focaliser uniquement sur des éléments statiques ou dynamiques de dangerosité mais d'intégrer des éléments positifs pour aider le délinquant à se réinsérer dans la société. Il s'agit de mettre en exergue des éléments valorisant tel que le bonheur, l'appartenance sociale, et lui montrer qu'il appartient malgré tout à la communauté. Cette pratique particulièrement prometteuse¹¹⁰² a séduit de nombreux pays¹¹⁰³. Il serait alors pertinent que la recherche

¹¹⁰⁰ P. DELACRAUSAZ, J. GASSER, « La place des instruments d'évaluation du risque de récidive dans la pratique de l'expertise psychiatrique pénale : l'exemple lausannois », *L'information psychiatrique*, 2012, 88, p. 442.

¹¹⁰¹ J. DOZOIS, M. LALONDE, J. POUPART, « La dangerosité, un dilemme sans issue ? » *Déviance et société*, 5, 1981, p. 398.

¹¹⁰² G. D. BARNETT et R. E. Mann, *Good Lives and Risk Assessment : Collaborative Approaches to Risk Assessment with Sexual Offenders*, in H. Kemshall et B. Wilkinson, *Good Practice in Assessing Risk, Current Knowledge, Issues and Approaches*, Jessica Kingsley Publishers, 2011, p. 139-153.

¹¹⁰³ Cette méthode est utilisée en Hollande, au Canada et en Australie.

française se concentre sur cette méthode pour proposer une alternative fiable à l'examen clinique non structuré. Ensuite, il est essentiel que l'évaluation actuarielle ne constitue qu'un élément d'appréciation parmi d'autres pour que la juridiction puisse se forger son intime conviction sans aucun préjugé. Il est donc important de développer des équipes de recherche pluridisciplinaire composées de juristes, de psychologues et de médecins psychiatres pour évaluer la dangerosité d'une personne car bon nombre de mesures de sûreté ne sont soumises qu'aux seules expertises psychiatriques comme le suivi-socio judiciaire ou l'injonction de soins.

Conclusion du chapitre 1.

- 536.** L'influence du recours à l'examen scientifique du délinquant n'est aujourd'hui plus à démontrer, à cause de l'évolution de la société qui attend des réponses précises face au passage à l'acte du délinquant. Néanmoins, la France accuse un retard important dans ce domaine. Il est donc nécessaire de développer de nouvelles méthodes d'approche de la psychologie criminelle en s'appuyant sur les méthodes actuarielles. Le succès évident du recours à l'examen pluridisciplinaire de la personnalité du délinquant nous conduit à nous interroger sur la nécessaire modification de la procédure pénale traditionnelle afin de permettre aux juges de prendre en compte ces éléments de personnalité.

Chapitre 2. Repenser l'architecture du procès pénal

537. De l'ensemble des propositions relatives à l'examen scientifique des délinquants, Marc Ancel tire la conclusion d'une nécessaire modification de l'ensemble de la procédure pénale traditionnelle. L'attitude nouvelle envers le délinquant doit ainsi conduire à repenser toute l'économie du procès pénal autour des notions centrales d'individualisation et de resocialisation. En fin comparatiste, M. Ancel va alors prendre exemple sur les systèmes de *commun law* pour proposer la césure du procès pénal. Véritable pierre angulaire du procès pénal rénové, la césure devrait permettre de faire se rejoindre le souci de compréhension du délinquant, la prise en considération de sa personnalité, et la nouvelle forme de réponse au phénomène criminel que constitue le traitement de resocialisation. La proposition de césure apparaît dès 1954 dans les propositions de la Défense sociale nouvelle. Elle connaît une certaine consécration en droit français avec l'adoption de la loi du 11 juillet 1975 relative à l'ajournement de peine. Comme pour l'examen scientifique, on peut remarquer une évolution se manifestant par le passage de la notion théorique à une application pratique par la création de l'ajournement de la peine (section 1). La création de l'ajournement aux fins d'investigation par la loi du 15 août 2014 conduit à reposer la question de la césure du procès pénal. Cette avancée majeure montre l'influence et l'actualité des théories de la Défense sociale nouvelle. L'analyse de cette mesure nous conduit à nous demander si des évolutions ne sont pas possibles pour que cette nouvelle mesure converge davantage vers la césure du procès pénal souhaitée par Marc Ancel et les objectifs qui lui sont assignés (section 2)¹¹⁰⁴.

Section 1. L'apparition progressive de la césure du procès pénal

538. La première édition de la Défense sociale nouvelle faisait déjà une place à la proposition de césure du procès pénal pour prendre en compte l'attitude nouvelle envers le délinquant¹¹⁰⁵. M. Ancel faisait de cette modification procédurale une conséquence nécessaire de l'intégration de

¹¹⁰⁴ Nous excluons de ce chapitre, l'idée soulevée par M. Giacomelli consistant à voir, dans la contrainte pénale, « une expression pluridisciplinaire » de la césure du procès pénal. Nous préférons une appréciation littérale de la notion se concentrant sur le prononcé de la peine. De plus, la contrainte pénale n'a pas pour but de permettre une meilleure connaissance du délinquant. Lorsque la juridiction de jugement se contente de la prononcer et de laisser le juge de l'application des peines choisir les obligations que le condamné devra respecter, l'objectif est d'abord celui de l'efficacité et de la simplicité. M. GIACOPELLI, « La traduction du principe d'individualisation dans la loi du 15 août 2014 », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale*, PUAM, n° XXVI, 2015, p. 49.

¹¹⁰⁵ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 1^{ère} éd., Paris, Edition Cujas, 1954, p. 138.

l'examen scientifique dans le procès pénal. Inspirée du système anglo-saxon, « *qui distingue la phase de la conviction de la phase de la sentence* »¹¹⁰⁶, la césure proposée du procès pénal consiste ainsi en une séparation entre une phase de jugement sur la culpabilité et une autre où sera prononcée la peine (§1). Il faudra attendre près de vingt ans pour que la césure trouve un écho dans la législation pénale française, par l'adoption de l'ajournement de peine par la loi du 11 juillet 1970 qui intègre en partie les propositions de la Défense sociale nouvelle (§2).

§1. La césure proposée du procès pénal

539. Si la césure du procès pénal apparaît comme un élément indispensable à la réalisation de l'individualisation judiciaire, il faut se poser la question de son contenu. Classiquement, la responsabilité pénale se compose de deux éléments fondamentaux : la culpabilité et l'imputabilité. L'imputabilité est définie comme étant le fait d'attribuer une infraction à un individu et suppose que son auteur ait voulu et compris la portée de son acte¹¹⁰⁷. La culpabilité correspond à la manifestation extérieure de la commission d'une faute¹¹⁰⁸. Ce faisant, deux conceptions de la responsabilité pénale peuvent être distinguées. Soit l'on considère que l'imputabilité et la culpabilité forment un tout, soit, comme l'a très justement démontré Claire Saas, on considère que l'imputabilité n'est pas une condition de réalisation de l'infraction et qu'elle constitue un fondement autonome de la responsabilité pénale¹¹⁰⁹. Cette distinction entre la culpabilité et l'imputabilité permet ainsi de faire une dissociation entre la responsabilité pénale et le prononcé de la peine (A) mais aussi entre la matérialité de l'infraction et l'imputabilité (B).

A. Une dissociation possible entre la responsabilité pénale et la détermination de la peine

540. L'hypothèse d'une césure du procès pénal fut soutenue par Marc Ancel dès les années 60, afin de pouvoir mieux connaître l'auteur de l'infraction dans le but de mieux individualiser la sanction pénale. En effet, « *la césure s'entend d'une distinction entre la décision sur la*

¹¹⁰⁶ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 220.

¹¹⁰⁷ A. BEZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de droit pénal général et de procédure pénale*, 5^e éd., Ellipses, 2011.

¹¹⁰⁸ V. SAINT-GERAND, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Thèse Lyon 3, 2000.

¹¹⁰⁹ C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine, Césure et recomposition du procès pénal*, Thèse Paris I, 2004, p. 170.

culpabilité et la décision sur le choix de la peine. Il est à peine besoin d'observer, que cette distinction existe de manière à la fois logique, rationnelle et nécessaire et que l'absence de césure aboutit en fait à soustraire la décision à l'appréciation du juge pour la faire dépendre de l'administration »¹¹¹⁰. Cela signifie donc que le juge devra, dans un premier temps, statuer sur la matérialité des faits, leur qualification juridique et sur l'imputabilité de leur auteur. Dans un deuxième temps, le juge devra alors déterminer la sanction pénale appropriée en tenant compte de la situation du délinquant et de ses caractéristiques individuelles¹¹¹¹. La première phase aurait donc pour but de résoudre une « *question objective dominée par des considérations juridiques* » alors que la seconde concernerait un problème humain commandé par des éléments criminologiques¹¹¹².

541. Dans la pensée de M. Ancel, la césure s'inscrit naturellement dans la continuité du passage d'un système classique de répression au système de l'individualisation des peines. En effet, si la justice pénale classique commandait une peine prompte, et automatique, pour se prémunir de l'arbitraire du juge, l'évolution du droit pénal classique avec l'instauration des minima et maxima dans la fixation des peines, des circonstances atténuantes, des peines parallèles et des condamnations conditionnelles, a rendu l'automatisme de plus en plus difficile. Le développement du sursis puis de l'examen de personnalité, des mesures de sûreté et de la probation ont anéanti tout espoir de la rendre compatible avec le droit pénal contemporain, car le juge a dû peu à peu se prononcer sur les qualités du délinquant. « *La césure est donc logiquement postulée dans un système reposant sur l'examen scientifique du délinquant et ayant pour objet de permettre une large individualisation des mesures de resocialisation* ». « *La nouvelle conception envisage non seulement un châtement rétributif, mais un diagnostic qui puisse servir de base à un traitement* ». Dans les pays de *common law*, la césure est largement développée. Après avoir rendu une décision de culpabilité, les délinquants sont envoyés dans des centres d'observation (*diagnostic centers*) chargés d'évaluer l'état mental de ce dernier et de fournir des informations sur le choix de la sanction adaptée pour l'audience de *sentencing*¹¹¹³.

¹¹¹⁰ M. ANCEL, « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey 1964, p. 205.

¹¹¹¹ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Editions CUJAS, 1981, p. 220.

¹¹¹² R. BENMAMI, *L'individualisation judiciaire de la peine*, Thèse Paris II, 1975, p. 239.

¹¹¹³ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Précis Dalloz, 2008, p. 422-423.

542. La césure présente pour M. Ancel de nombreux avantages. Elle permet, tout d'abord, de mieux mettre en exergue les deux opérations essentielles du procès pénal : le jugement sur la culpabilité puis le prononcé de la peine, imprégné par l'objectif de réadaptation sociale. La césure permet ainsi une « *prise en considération des aspects pédagogiques ou thérapeutiques de la sanction* »¹¹¹⁴ et permet de « *profiter du prononcé de culpabilité pour effectuer une observation efficace du délinquant* »¹¹¹⁵. La césure permet également une meilleure préparation de la sanction par les magistrats, ce qui favorise l'acceptation de l'individualisation complète par la société. L'intégration de l'examen de personnalité dans le procès pénal constitue, d'autre part, une autre justification de la césure. En effet, sans elle, ce serait à l'administration pénitentiaire de prendre les décisions relatives à la mise en œuvre de cet examen, ce qu'elle n'a pas toujours les moyens de faire rapidement. Enfin, la césure évite que les éléments de personnalité n'influencent le jugement sur la culpabilité. Seule la césure donne la possibilité d'organiser un « *véritable procès de criminalité qui implique la prise en compte de rapports médico-psychologiques et parfois de la psychanalyse* ».

Si la césure proposée par Marc Ancel est subtile et judicieuse, et partagée par certains auteurs¹¹¹⁶, il en est une autre vers laquelle vont nos préférences puisqu'elle propose une séparation entre la matérialité des faits et leur imputabilité.

B. Une dissociation plus pertinente entre la matérialité de l'infraction et l'imputabilité

543. S'inspirant de la proposition de Marc Ancel d'instaurer une césure du procès pour permettre un examen scientifique du délinquant et ainsi mieux adapter la sanction au délinquant, Robert Vouin a développé une autre acception de la division du procès pénal en deux phases fondées sur une conception particulière de la responsabilité pénale. Pour lui, la responsabilité pénale est « *l'aptitude de l'individu à répondre devant la justice répressive de ses infractions pénales* »¹¹¹⁷. Ainsi, « *cette responsabilité qui est reconnue comme partie d'un élément constitutif de l'infraction, ne peut apparaître que dans l'examen de la personne même de*

¹¹¹⁴ M. ANCEL, « La césure du procès pénal, in Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'étude en hommage à M. Louis Huguency, l'institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, Paris, Sirey, 1964, p. 213.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 214.

¹¹¹⁶ V. en ce sens, P. PONCELLA, *Droit de la peine*, 2^e éd., PUF, Coll. Thémis droit privé, 2001, p. 222.

¹¹¹⁷ R. VOUIN, « La division du procès pénal en deux phases, in *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant* (ss. La dir. de M. Ancel), Université de Paris, Institut de droit compéré. Centre d'études de défense sociale, Paris, Cujas, 1954, p. 174.

l'accusé »¹¹¹⁸. Ce faisant, R. Vouin préconise une division du procès de la manière suivante : la première phase permettrait de constater si l'élément matériel de l'infraction doit être retenu à la charge de l'auteur d'une infraction et, dans un second temps il s'agirait de décider si cet acte est moralement imputable à cette personne et quelle sanction doit être prononcée.

- 544.** Cette conception de la césure du procès pénal présente plusieurs avantages qui emportent notre préférence à la conception ancélienne. Tout d'abord, cette distinction permet un gain de temps puisque, pour de nombreuses affaires, la première phase pourrait être très rapide pour des infractions simples, ou si l'acte n'est pas contesté. Par ailleurs, elle permettrait à l'opinion publique de mieux comprendre pourquoi, à partir de faits identiques, deux personnes peuvent être traitées différemment. Enfin, cela permettra d'avoir la certitude que le dossier de personnalité, constitué en dehors de la police judiciaire, ne servira pas à étayer la matérialité de l'infraction.

Cette distinction présente surtout l'avantage de ne pas diviser la décision sur l'élément moral de l'infraction, en rassemblant dans une même phase d'instance la caractérisation de cet élément constitutif de l'infraction et la détermination de la mesure applicable. Cela permettrait ainsi de mieux faire ressortir « *une question objective dominée par des considérations juridiques, et une seconde concernant un problème humain, largement commandé par des éléments d'ordre criminologique* »¹¹¹⁹.

- 545.** La mise en place de la césure du procès pénal ne peut se réaliser que par une réforme législative. Mais si la division du procès pénal semble indispensable, la question qui se pose alors est de savoir s'il faut l'imposer indistinctement au juge dans tous les cas, ou lui laisser le choix. Les auteurs s'accordent unanimement pour une simple faculté reconnue à la juridiction de jugement¹¹²⁰. La loi doit se borner à autoriser la division du procès. En effet, il y a des personnalités qui ne nécessitent pas d'observation particulière. De même, toutes les affaires n'ont pas la même gravité et n'exigent pas la même attention et le même soin. Nous soutenons donc l'idée que le juge doit être autorisé par la loi à procéder à la césure dans les cas où il

¹¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 171.

¹¹²⁰ M. ANCEL, « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 207. ; R. VOUIN, La division du procès pénal en deux phases, in *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant*, *op. cit.*, p. 176.

l'estimerait opportun, notamment quand la nécessité de l'individualisation est fondée sur une observation particulièrement attentive.

En adoptant l'ajournement du procès pénal, le législateur semble avoir retenu la césure préconisée par Marc Ancel et non celle de Robert Vouin, qui nous semblait favoriser une meilleure individualisation de la sanction pénale lors de son prononcé. Néanmoins l'ajournement ne donnera à celle-ci qu'une consécration relative.

§2. L'ajournement adopté du procès pénal

- 546.** L'adoption de l'ajournement de peine par la loi du 11 juillet 1970 va partiellement intégrer les propositions de la Défense sociale nouvelle, créant ainsi l'espoir d'une véritable césure du procès pénal (A) Néanmoins, le désenchantement va rapidement prendre le pas sur l'espoir d'une véritable césure du procès pénal, car malgré le développement de nouvelles formes d'ajournements, ceux-ci n'auront pas pour but d'instaurer un débat sur la personnalité et la peine, mais de forcer l'auteur d'une infraction à régulariser la situation (B).

A. *L'espoir d'une césure par l'ajournement de peine*

- 547.** La césure du procès pénal a longtemps connu une interdiction jurisprudentielle puisque la Cour de cassation interdisait au juge de surseoir à statuer sur la peine lorsqu'il avait déjà déclaré le prévenu coupable¹¹²¹. Malgré cette interdiction, *a priori* absolue, la chambre criminelle a néanmoins adouci sa position initiale en affirmant le caractère non substantiel de la simultanéité de la déclaration de culpabilité et de la fixation de la peine. Tout d'abord, dans un arrêt du 7 juillet 1923, la Haute juridiction avait affirmé que les dispositions de l'article 190 du Code de l'instruction criminelle ne sont ni substantielles, ni prescrites à peine de nullité¹¹²². Par ailleurs, la Chambre criminelle avait admis la possibilité de demander une expertise pour évaluer le montant d'une fraude après avoir retenu la culpabilité de l'auteur de l'infraction¹¹²³. Cet assouplissement jurisprudentiel ne semblait alors plus s'opposer à l'instauration de la césure du procès pénal.

¹¹²¹ Cass. crim., 30 mai 1829, Bull. crim. 1829, n° 131, HENRION de MAGNONCOURT ; Cass. crim., 10 janv. 1947, Bull. crim., 1947 n° 13.

¹¹²² Cass., crim., 7 juill. 1923, Bull. crim., 1923, n° 308.

¹¹²³ Cass. crim., 12 juill. 1939, Bull. crim., 1939 n° 189.

548. C'est ainsi que le législateur a introduit l'ajournement du prononcé de la peine dans le Code de procédure pénale par la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975. Celui-ci permettait de faire « *une pause* » dans le procès pénal, en vue de valoriser les efforts de réinsertion du prévenu, en lui permettant de réparer le dommage causé par l'infraction. Néanmoins, le législateur n'a pas véritablement repris le concept de la césure proposé par R. Vouin ou M. Ancel dans la mesure où l'ajournement se distingue de la césure en ce qu'il fait de la resocialisation une condition et non pas un objectif. Il ne s'agit plus d'une transformation générale du procès pénal permettant l'intégration effective et efficace de l'examen scientifique mais d'un simple aménagement de peine. En effet, la loi du 11 juillet 1975 ne prévoit aucun approfondissement de l'examen de personnalité, ni même une prise en considération accrue de ce dernier. L'ajournement ne suppose aucune disposition nouvelle à l'égard du délinquant pour individualiser la sanction prise à son encontre et favoriser son retour vers la société. Il s'agit plus d'un temps où l'individu reconnu coupable devra, par lui-même, apporter la preuve de sa compréhension et du rachat de la faute qu'il a commise, ainsi que de l'inutilité du prononcé d'une sanction à son encontre. La Défense sociale nouvelle voulait la césure pour attribuer une place centrale à l'examen de personnalité alors que la « *césure / ajournement est une chance offerte au justiciable de montrer qu'il n'a pas besoin de sanction* »¹¹²⁴. Ainsi, pour le législateur, l'ajournement semble davantage avoir été conçu comme un « *prélude de dispense de peine* »¹¹²⁵ plutôt que comme une recomposition du procès pénal.

549. Sans être la véritable révolution envisagée par M. Ancel ou R. Vouin, l'ajournement de peine constitue cependant « *une évolution certaine, un changement dans l'économie du procès pénal* »¹¹²⁶ dont la portée doit tout de même être relativisée. Pourtant, il a pu être écrit que « *la structure monolithique du procès pénal ne permet pas d'individualiser véritablement le prononcé de la peine* »¹¹²⁷. La césure devient alors une nécessité. Soucieux de favoriser l'individualisation en matière pénale, le législateur a souhaité étendre le dispositif initial de l'ajournement de peine en créant, par la loi du 15 août 2014, l'ajournement aux fins d'investigations. Cette récente évolution semble prometteuse, et l'on pourrait penser, de prime abord, qu'elle entérine la césure de la peine mais en vérité, cette extension semble malgré tout encore bien trop limitée.

¹¹²⁴ P. COUV RAT, « L'ajournement du prononcé de la peine, De quelques difficultés », Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines, RSC 1985, p. 622.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 621.

¹¹²⁶ C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine, Césure et recomposition du procès pénal*, Paris, Dalloz, 2004, p. 2.

¹¹²⁷ C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine, op. cit.*, p. 16.

B. Les attentes déçues

550. Avec l'adoption du nouveau Code pénal en 1994, le législateur a considérablement modifié le régime de l'ajournement de peine. Il a fait de cette mesure un véritable mode d'individualisation des peines en développant les différentes modalités et en créant un ajournement avec mise à l'épreuve, un ajournement avec injonction et un ajournement avec rétention judiciaire. Cela a permis d'accroître la liberté des magistrats pour mieux adapter la mesure aux différents cas pouvant se présenter. Le régime de la mise à l'épreuve, prévu aux articles 132-43 à 132-46 du Code pénal, consiste en un certain nombre d'obligations que les magistrats peuvent imposer aux condamnés afin de contrôler leurs faits et gestes, et les moyens mis en œuvre pour se réinsérer. L'ajournement avec injonction est d'une rédaction singulière. En effet, il aurait pu s'agir des prémisses d'une ouverture de la mesure à certaines recommandations de la Défense sociale nouvelle, s'il avait été question d'une adjonction de soins supposée assurer la réinsertion du délinquant. En réalité, il s'agit d'ordonner à la personne physique ou morale, déclarée coupable, de se conformer à une ou plusieurs des prescriptions prévues par les lois ou règlements « *qui répriment des manquements à des obligations déterminées* »¹¹²⁸. Quant à l'ajournement avec rétention judiciaire, abrogé par une loi du 11 mai 1998, il envisageait de maintenir le condamné enfermé.

551. Ces nouvelles formes d'ajournement ont contribué à accroître son champ d'application, mais nous pouvons remarquer une certaine altération de celle-ci dans la mesure où, la sanction sans contrainte, réputée favoriser la réinsertion de l'individu, s'est transformée en mesures contraignantes. Initialement tourné vers l'objectif de resocialisation du délinquant, voici que « *l'ajournement utilise des peines, des mesures de sûreté et des modes d'exécution des peines tout en prétendant ne pas en prononcer puisqu'on se trouve dans le cadre d'un ajournement du prononcé de peine* »¹¹²⁹. Cette évolution semble aller en sens contraire des idées de la Défense sociale nouvelle.

Claire Saas s'est d'ailleurs interrogée, s'agissant de ces évolutions, sur le dévoilement de l'ajournement. Reprenant la critique de la prison développée par Michel Foucault¹¹³⁰, elle

¹¹²⁸ V. *supra* n° 453

¹¹²⁹ C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine*, *op. cit.*, p. 25.

¹¹³⁰ Michel Foucault constate que « l'histoire de l'emprisonnement n'obéit pas à une chronologie au long de laquelle on verrait se succéder sagement : la mise en place d'une pénalité de détention, puis l'enregistrement de son échec ». Il semble plutôt qu'il y a eu « un télescopage ou en tout cas une autre distribution de ces éléments ». M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Tel Gallimard, 1975, p. 308.

soutient l'idée que cette dérive participerait au fonctionnement normal du système¹¹³¹. Ainsi, comme pour la critique de la prison, l'ajournement de peine a d'abord été utilisé comme un moyen de favoriser la resocialisation du condamné en lui permettant d'échapper à la sanction en apportant la preuve de sa bonne volonté. La nature libérale de l'ajournement de peine s'est ensuite effacée peu à peu, neutralisée par des conditions limitatives auxquelles son prononcé a été soumis.

L'ajournement dresse on ne peut mieux le constat qui peut être fait quant à l'influence de la Défense sociale nouvelle. Néanmoins, les formes traditionnelles d'ajournement de peine n'ont pas permis d'aboutir à la mise en œuvre de la césure du procès pénal préconisé par la Défense sociale nouvelle. Ainsi, il nous faut nous demander comment dépasser ces limites pour parvenir à une véritable modification procédurale, permettant la prise en compte de l'examen scientifique du délinquant, ainsi qu'une meilleure individualisation de la sanction pénale.

Section 2. La généralisation limitée de la césure du procès pénal

552. Depuis son adoption, l'ajournement a connu de nombreuses évolutions. Traitée au sein de la section relative aux modes de personnalisation des peines du Code pénal, cette mesure a cessé de n'être qu'une modalité procédurale pour devenir un outil d'individualisation de la sanction, au même titre que le sursis, la semi-liberté, la mise à l'épreuve ou bien encore le placement sous surveillance électronique. Ce renforcement du régime de l'ajournement a conduit à relancer la question de la pertinence de la césure du procès pénal. Une évolution de la notion d'ajournement a d'ailleurs été proposée et entérinée par la loi du 15 août 2014 qui créa l'ajournement aux fins d'investigation. Cette création a permis un rapprochement plus prégnant de l'ajournement et la césure du procès (§1). Malgré cette avancée majeure pour l'individualisation de la peine, les préconisations de l'École de la Défense sociale nouvelle ne seront pleinement effectives qu'à la suite de certaines évolutions procédurales fondamentales (§2).

¹¹³¹ C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine*, op. cit., p. 25.

§1. Le rapprochement de l'ajournement avec la césure

553. Inspirée par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 qui avait affirmé le principe de la césure dans le jugement des mineurs délinquants¹¹³², la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, tout en maintenant les formes classiques de l'ajournement, lui assigne une nouvelle finalité qui en fait la mesure emblématique d'une réforme qui a permis de redéfinir le sens et les fonctions de la peine et de renforcer le pouvoir d'appréciation du juge lors de son prononcé. Le législateur a alors décidé d'instaurer la césure du procès pénal, séparant deux temps dans la décision : la phase de culpabilité et la phase de sentence, correspondant au choix de la sanction, comme le préconisait Marc Ancel (A). Cependant, cette création connaît un certains nombres de limites, ne lui permettant pas un recours aussi important comme cela devrait être le cas pour parvenir à la césure du procès voulue par la Défense sociale nouvelle (B).

A. La création de l'ajournement aux fins d'investigation

554. L'ajournement aux fins d'investigation permet désormais de séparer la phase de culpabilité et la phase du prononcé de la peine. Aussi convient-il de préciser, d'une part, l'objectif de cette nouvelle mesure (1), et d'autre part, son régime d'application (2).

1. L'objectif de l'ajournement aux fins d'investigations

555. Le législateur a souhaité remédier à l'absence, au moment de l'audience correctionnelle et plus particulièrement en comparution immédiate, d'informations disponibles sur la personnalité ou la situation des prévenus, ce qui conduisait, très souvent, au prononcé de peines d'emprisonnement, alors que d'autres solutions auraient pu être envisageables. Cette disposition traduit ainsi la volonté du législateur de rendre les sanctions pénales plus efficaces¹¹³³. L'ajournement aux fins d'investigations sur la personnalité ou sur la situation matérielle, familiale et sociale des prévenus figurant à l'article 132-70-1 permet ainsi de réduire le recours à l'emprisonnement et de prévenir la récidive par une meilleure évaluation

¹¹³² Pour plus d'informations sur la césure du procès pénal dans la justice des mineurs, voir C. DAOUD et B. de VAREILLES-SOMMIERES, « Droit pénal des mineurs : saisine directe, nouvelle « PIM » et césure du procès », *AJ Pénal*, 2012, p. 320 ; Y. BROUSSOLE, « Les principales dispositions de la circulaire présentant la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs », *Petites affiches*, 3 nov. 2011, n° 219, p. 7.

¹¹³³ A. GARRAUD, « Quelle réforme pénale pour la France en 2014 ? Analyse de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RPDP*, n° 3, juill.-sept. 2014, p. 574.

des chances de réinsertion du prévenu¹¹³⁴. Des investigations complémentaires pourront ainsi être ordonnées et pourront revêtir des aspects multiples comme des expertises, ou encore des enquêtes sociales. Il ne s'agit que d'exemples car une grande latitude est laissée à la juridiction pour ordonner les mesures complémentaires qui s'imposent. Cette nouvelle mesure devrait permettre aux juges de pouvoir ordonner une expertise psychiatrique pour répondre à la formulation de l'article 122-1 du Code pénal faisant de l'altération du discernement une cause légale d'atténuation de la peine, afin d'aboutir à une individualisation plus juste¹¹³⁵, dans la mesure où cela devrait permettre d'éviter que des personnes dont le discernement est altéré soient plus sévèrement sanctionnées que celles considérées comme pleinement conscientes¹¹³⁶.

2. Le régime de l'ajournement aux fins d'investigation

556. L'ajournement aux fins d'investigation, applicable uniquement, en matière correctionnelle, permet au tribunal, selon l'article 397-3-1 du Code de procédure pénale, de maintenir ou placer le prévenu, qui a fait l'objet d'une procédure de comparution immédiate : sous contrôle judiciaire, en application du premier alinéa de l'article 397-3 dudit code ; sous assignation à résidence avec surveillance électronique, en application du premier alinéa de l'article 142-12 ; en détention provisoire en application du deuxième alinéa de l'article 397-3 et à condition que cette mesure réponde à l'un des motifs de l'article 144 du Code de procédure pénale¹¹³⁷.

557. Fixation d'un délai. Lorsque la juridiction décide de prononcer ce type d'ajournement, elle doit fixer la date à laquelle elle statuera sur la peine. Lorsque le prévenu est libre, cette décision intervient au plus tard dans un délai de quatre mois après la décision d'ajournement¹¹³⁸. Ce délai peut être prolongé pour une nouvelle durée maximale de quatre mois. Néanmoins, lorsque le prévenu est en détention provisoire, le jugement doit intervenir impérativement dans le délai de deux mois, ou si le prévenu qui encourt une peine supérieure

¹¹³⁴ A. MIMHAN, « Les nouvelles formes d'ajournement du prononcé de la peine issues de la loi du 15 août 2014 », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2014, p. 13

¹¹³⁵ V. en ce sens : J. LASSERRE-CAPDEVIEILLE, « Les modifications concernant la personnalisation de la peine », dossier *Gazette du Palais, La réforme pénale, journée d'études sur la loi du 15 août 2014*, *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, n° 142 à 143, p. 13 ; J. -H. ROBERT, « Punir dehors. Commentaire de la loi n° 2014-896 », *Dr. pénal*, 2014, étude 16.

¹¹³⁶ M. GIACOPELLI, « La traduction du principe d'individualisation de la sanction pénale dans la loi du 15 août 2014 », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes de sciences criminelles*, PUAM, n° XXVI, 2015, p. 43.

¹¹³⁷ Il convient de préciser que le motif tiré de la nécessité de conserver des indices ne peut être retenu puisque la décision de culpabilité est déjà prononcée.

¹¹³⁸ Art. 132-70-1, al. 2 CP.

à sept ans d'emprisonnement a demandé un renvoi, dans un délai de quatre mois¹¹³⁹. Passés ces délais, l'intéressé est remis en liberté.

558. Champ des investigations. Les investigations sont confiées soit au service pénitentiaire d'insertion et de probation, soit à une personne morale habilitée¹¹⁴⁰. Cependant, la circulaire d'application du 26 septembre 2014¹¹⁴¹ recommande de ne désigner ce service qu'à titre subsidiaire, soit en l'absence d'association sur le ressort, soit en raison d'un surcroît d'activité temporaire de l'association, soit en l'absence de permanence du secteur privé. Cela étant, la désignation d'un service pénitentiaire d'insertion et de probation peut être justifiée lorsque le tribunal envisage de prononcer la peine de contrainte pénale, laquelle suppose une évaluation par ce service, ou lorsqu'il a déjà suivi le prévenu à l'occasion d'une précédente condamnation.

559. Octroi immédiat de dommages et intérêts. Malgré tout, le législateur n'a pas souhaité léser la partie civile. Ainsi, la juridiction peut octroyer immédiatement à la victime des dommages et intérêts, soit à titre provisionnel soit à titre définitif. Le tribunal n'aura donc plus à renvoyer l'affaire au fond, y compris sur l'action civile. Il pourra se prononcer successivement sur la culpabilité et les intérêts civils avant de décider l'ajournement aux fins d'investigations.

En instaurant l'ajournement aux fins d'investigations, le législateur a entériné la proposition de césure du procès développée par Marc Ancel afin de favoriser, souhaitons-le, le prononcé des aménagements de peine encore trop peu répandu¹¹⁴². Si la création de l'ajournement marque une avancée certaine pour favoriser l'individualisation de la sanction pénale¹¹⁴³, un nombre important d'auteurs s'accorde à reconnaître à cette création des effets assez limités¹¹⁴⁴, qu'il convient de dépasser pour que la césure du procès pénal soit pleinement efficace.

¹¹³⁹ Art. 397-1 al. 2 CPP.

¹¹⁴⁰ Art. 132-70, alinéa 1 CP

¹¹⁴¹ BOMJ, n° 2014-10, 31 oct. 2014

¹¹⁴² N. BORVO COHEN-SEAT et J. -R. LECERF, *Rapport d'information n° 629 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 nov. 2009*, Sénat 4 juill. 2012, p. 56.

¹¹⁴³ J.-H. ROBERT, « Réforme pénale. Punir dehors » : *Dr. pén.* 2014, étude 16, n° 8.

¹¹⁴⁴ M. GIACOPELLI, « La traduction du principe d'individualisation de la sanction pénale dans la loi du 15 août 2014 », Dossier « L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes de sciences criminelles, LDPS, ISPEC, n° XXVI, 2015, p. 48 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Les modifications concernant la personnalisation de la peine », *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, n° 143, p. 13 ; J. PRADEL, « Un législateur bien imprudent. A propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G.*, n° 38, 2014, p. 1642.

B. Une création aux effets limités

560. La mise en œuvre de la césure du procès est bien moins « naturelle »¹¹⁴⁵ pour la justice des majeurs que pour la justice des mineurs¹¹⁴⁶ et suscite des difficultés d'application¹¹⁴⁷.

Tout d'abord, il y a une crainte de voir une prolongation du procès pénal, un encombrement du rôle et de surcroît une augmentation des frais ainsi qu'un ralentissement de la justice. À l'heure de la simplification et de l'assouplissement de la Justice, sur un fond de restriction budgétaire, nous pouvons légitimement penser que cette mesure sera peu utilisée à la défaveur de l'individualisation de la sanction pénale¹¹⁴⁸.

Par ailleurs, le fait d'ajourner le prononcé de la peine pourrait nuire à l'aspect répressif de la sanction pénale. En effet, selon F. Gorphe, « *l'intimidation de la peine décroît progressivement* »¹¹⁴⁹. S'il est vrai que la rapidité favorise l'efficacité de la réponse pénale, nous pouvons, néanmoins, discuter cette vindicte portée contre la césure du procès. Il nous semble que cette critique s'adresse davantage à la mise à exécution de la sanction qu'à son prononcé. En effet, « *ne pas exécuter la peine, c'est entretenir un sentiment d'impunité source d'une récidive certaine* »¹¹⁵⁰. La césure du procès ne devrait donc pas nuire à la répression, d'autant plus qu'une peine acceptée est une peine « *à moitié exécutée* »¹¹⁵¹ ce qui est l'objectif du découpage du procès.

561. Malgré les difficultés que peut entraîner cette nouvelle mesure, nous sommes convaincu de sa nécessité en matière correctionnelle car le juge est trop souvent dépourvu de renseignements sur la personnalité du prévenu. Nous n'en sommes qu'aux prémices d'une réforme majeure de la procédure pénale qui devrait aboutir à la démocratisation de la césure du procès pénal. Celle-ci devrait entraîner de profondes modifications procédurales.

¹¹⁴⁵ G. BEAUSSONIE, chron. leg., *RSC*, 2014, p. 809.

¹¹⁴⁶ La césure du procès pénal est appliquée, pour la justice des mineurs depuis la loi 10 août 2011. Le législateur l'a ainsi codifié aux articles 24-5 à 24-8 de l'ordonnance du 2 février 1945. On peut d'ailleurs trouver curieux que le législateur n'ait pas choisi de créer une partie spécifique, dans le Code pénal, intitulée « De la césure du procès pénal » comme cela est le cas pour la justice des mineurs. Cela semble traduire une certaine timidité du législateur qui ne semble pas pleinement assumer son choix en le masquant par un ajournement particulier.

¹¹⁴⁷ F. GORPHE, « Comment peut se faire l'individualisation judiciaire », in *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant* (ss. La dir. de M. ANCEL), 1954, Ed. Cujas, Paris, p. 388.

¹¹⁴⁸ M. GIACOPELLI, « La traduction du principe d'individualisation de la sanction pénale dans la loi du 15 août 2014, *op. cit.*, p. 48 ; J. PRADEL, Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, p. 1642.

¹¹⁴⁹ F. GORPHE, « Comment peut se faire l'individualisation judiciaire », *op. cit.*, p. 390.

¹¹⁵⁰ M. JANAS, « Les récentes mutations de la sanction », in *La justice, réformes et enjeux, La documentation française, Cahiers français*, n° 334, sept. – oct. 2006, p. 88.

¹¹⁵¹ C. SAAS, S. LORVELLEC, V. GAUTRON, « Les sanctions pénales, une nouvelle distribution », in *La réponse pénale, dix ans de traitement des délits* (ss. la dir. de J. DANET), *PUR*, 2013, p. 199.

§2. Parachever le rapprochement entrepris

562. Si l'ajournement aux fins d'investigation constitue une avancée salutaire pour l'individualisation de la peine, en consacrant l'une des idées maîtresses de l'École de la Défense sociale nouvelle, de profondes modifications restent encore à effectuer. Tant sur le plan procédural (A) que sur l'organisation judiciaire (B), il faut arriver à la parfaite connaissance de la personnalité du délinquant ; connaissance qui sera nécessaire pour déterminer la nature exacte de la peine prononcée et favoriser pleinement la réinsertion du prévenu.

A. Une évolution sur le plan procédural

563. La césure implique une réforme de l'ensemble de la procédure pénale.

Tout d'abord, le rôle de l'avocat changerait. Pour la Défense sociale nouvelle, il faut imaginer un avocat qui « *sans concourir, comme on l'a dit parfois abusivement, avec l'accusation elle-même, à la recherche de la sanction, se placera dans la perspective nouvelle du reclassement et exercera son ministère en fonction de la finalité sociale et curative de la peine* »¹¹⁵². La césure du procès devrait ainsi permettre d'initier un véritable débat sur l'individualisation de la peine¹¹⁵³, aujourd'hui pratiquement inexistant¹¹⁵⁴. Ainsi, cela permettrait à la défense de construire une contre-proposition qui prenne en compte non seulement l'avenir de l'auteur de l'infraction, la gravité de l'infraction mais également les réactions des victimes. Cela donnerait l'occasion à l'avocat de la défense de proposer des peines alternatives à la privation de liberté. Ce débat est d'autant plus pertinent que le législateur exige une motivation spéciale des peines privatives de liberté et des arrêts de Cours d'assises. Cette question n'est pas aisément abordable pour l'avocat mais c'est également le cas pour l'accusation car, comme le souligne Jean Danet, cela implique de discuter des fondements du droit de punir et des finalités de la peine. Or ces idées sont « *complexes et bien peu théorisées* »¹¹⁵⁵. Reste alors à

¹¹⁵² M. ANCEL, *La césure du procès pénal*, art. préc., p. 221.

¹¹⁵³ Le débat sur la peine est encore trop peu répandu comme le constatent Jean DANET et Bruno LAVIEILLE, « La juste peine », *Gaz. Pal.* 25 mai 2000, n° 146, doct., p. 5

¹¹⁵⁴ J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Folio actuel, 2006, p. 81-82.

¹¹⁵⁵ J. DANET, « La défense et le choix de la peine, in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui* (ss. La direction de R. OTTENHOF), Erès, Coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 248.

savoir si ce débat doit être public ou non, et se dérouler en présence de l'auteur de l'infraction. Marc Ancel estime que le principe du contradictoire ne doit pas s'appliquer lors de la seconde phase du procès pénal, car la lecture de certains rapports pourrait entraîner une nuisance plus importante pour le prévenu ou l'accusé¹¹⁵⁶. Sans nier le caractère indispensable du contradictoire dans la phase du jugement sur la culpabilité, Marc Ancel préconise que la seule présence de l'avocat dans la phase de la sentence devrait suffire à garantir le respect des droits de la défense. Le but de cette mise à l'écart est d'éviter une stigmatisation du délinquant. Cette solution est assez discutable car l'exclusion du prévenu ou de l'accusé lors de la seconde phase du procès renforcerait le sentiment d'une sanction imposée, ce qui nuirait à l'efficacité de celle-ci¹¹⁵⁷.

564. Par ailleurs, il reste à se demander si des voies de recours distinctes peuvent être envisagées sans risque de complication ou de contradiction entre les deux phases du procès pénal. Plusieurs solutions semblent alors possibles. On peut imaginer de différer l'examen du recours sur la première décision, jusqu'à ce que la seconde soit rendue, ou alors que le premier recours puisse n'être que conservatoire et les deux recours seront examinés ensemble après la décision finale. De notre point de vue, il serait opportun d'attendre que les deux décisions soient rendues pour éviter toute contradiction entre les deux phases du procès. Cela ne devrait pas changer fondamentalement la procédure existante dans la mesure où l'appel peut porter soit sur le fond, soit sur le quantum de la sanction rendue en première instance. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les règles gouvernant l'étendue de la saisine des juges du second degré, notamment l'effet dévolutif de l'appel, leur imposent, lorsqu'ils sont saisis d'un appel contre un jugement qui déclare un prévenu coupable, de statuer sur la peine, sans tenir compte du fait que les juges du premier degré aient renvoyé son prononcé à une date ultérieure¹¹⁵⁸.

La césure du procès pénal devrait également conduire à une évolution de l'organisation judiciaire.

¹¹⁵⁶ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 221.

¹¹⁵⁷ Cette position est également partagée par B. GENINET, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, Thèse, Paris I, 2000, p. 310, n° 534.

¹¹⁵⁸ Cass. crim., 27 mars 1984, Bull. crim., 1984, n° 129, RSC 1985, p. 122, obs. J. ROBERT ; Cass. crim., 18 mars 1987, Bull. crim., 1987, n° 129 ; Cass. crim., 12 avr. 1988, Bull. crim. 1988, n° 147, D. 1988, somm. P. 357, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 28 févr. 1991, Bull. crim., 1991, n° 101, RSC p. 603, obs. BRAUNSCHWEIG.

B. Une évolution de l'organisation judiciaire

- 565.** Si une nouvelle forme de procès pénal devait être appliquée, nous pouvons légitimement nous poser la question de savoir si la composition traditionnelle des juridictions en serait impactée. En effet, les magistrats, s'ils sont bien évidemment compétents pour résoudre les problèmes juridiques, le sont moins pour apprécier des problèmes de personnalité. Dès lors, il est possible d'envisager deux possibilités : soit la seconde phase du procès pénal est confiée seulement à des experts, soit le magistrat est assisté par des personnes qualifiées. Il nous semble qu'il faille exclure la première solution puisque toute appréciation requiert les qualités d'un magistrat professionnel¹¹⁵⁹. Il serait dès lors possible d'envisager une composition similaire à la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté mise en place en 2008, composée d'un magistrat, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un représentant de l'administration pénitentiaire, d'un représentant d'une association d'aide aux victimes, d'un travailleur social et d'un avocat. Cette composition, somme toute assez lourde, se justifie par la gravité des mesures prononcées. Il serait alors plus raisonnable de préconiser une formation restreinte de trois personnes : un magistrat, un psychiatre pour éclairer le juge sur tous les aspects médicaux de la personnalité de l'auteur de l'infraction, et un travailleur social. Il serait sans doute plus raisonnable de créer un juge « spécialement formé à connaître et à comprendre l'avis des techniciens »¹¹⁶⁰ afin de prononcer la peine la plus adaptée à la personnalité de l'auteur d'une infraction.
- 566.** Si la présence d'un magistrat est primordiale, le même doit-il arbitrer les deux phases du procès ? Pour certains, la réponse est positive, afin d'éviter « le risque d'une opposition entre les organes des deux phases »¹¹⁶¹. Cela est vrai selon la conception ancélienne de la césure du procès pénal, scindée entre la culpabilité et la détermination de la peine. Selon cette hypothèse, il est alors impossible de prononcer une peine sans avoir eu connaissance des éléments de culpabilité. En revanche, si l'on se réfère à la césure du procès proposée par R. Vouin, nous ne voyons pas d'obstacle majeur à ce qu'un magistrat différent examine l'imputabilité de l'infraction puisqu'aucun élément subjectif n'aura été dévoilé durant la

¹¹⁵⁹ Marc Ancel se prononce pour le maintien du pouvoir du juge lors de la deuxième phase du procès pénal ; Voir en ce sens, M. ANCEL, « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'étude en l'hommage à M. Louis Huguency*, Institut de droit comparé de la Faculté de Droit de Paris, 1964, p. 223.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 224.

¹¹⁶¹ B. GENINET, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, Thèse, Paris 1, 2000, p. 311.

première phase et que le juge se concentrera sur la seule matérialité des faits. Ainsi, on pourrait envisager un système dans lequel la juridiction de jugement se prononce sur la culpabilité et laisse le juge de l'application des peines prononcer la peine puisqu'il dispose de plus de temps pour collecter des informations sur la personnalité du délinquant. Cela éviterait également le manque de cohérence entre la peine prononcée et la peine exécutée. Le juge de l'application des peines deviendrait alors le juge de l'individualisation de la peine, ce qui a finalement toujours été son objectif.

567. Un rapprochement bénéfique entre juge de l'application des peines et juridiction de jugement. Par ailleurs, si la césure du procès pénal permet d'améliorer la connaissance du délinquant par le juge -ce qui aurait pour effet de favoriser l'aménagement des peines *ab initio*¹¹⁶²- ne serait-il pas opportun d'envisager un rapprochement entre la juridiction de jugement et le juge de l'application des peines ? En effet, l'observation que doit rendre possible la césure du procès « *doit exister dans toutes les phases du procès pénal* »¹¹⁶³. La juridiction qui doit se prononcer sur la sanction est rarement informée des résultats effectifs de celle-ci. Or, l'efficacité de la sanction doit être prise en compte par la juridiction de jugement afin d'effectuer le choix le plus juste. C'est parce qu'il a la possibilité d'étudier les résultats des sanctions prononcées¹¹⁶⁴ que le juge de l'application des peines se trouve plus à même de conseiller ses collègues sur le choix des obligations et des mesures particulières à imposer au condamné. Ce faisant, comme le souligne M. Ancel, il devient « *insuffisant de distinguer la phase pré-judiciaire et la phase post-judiciaire* »¹¹⁶⁵ dans la mesure où le procès pénal doit s'entendre « *non plus seulement du jugement de l'acte qualifié en droit d'infraction, mais de ce processus qui commence avec les premières poursuites, au lendemain de l'acte délictueux, pour ne se terminer qu'avec l'expiration de la dernière mesure prise à l'égard du délinquant* »¹¹⁶⁶. La césure du procès pénal serait alors un vecteur de « *recomposition du procès pénal* »¹¹⁶⁷. Cette collaboration entre le juge de l'application des peines et la juridiction de jugement permettrait « *de réduire le sentiment de dépossession du*

¹¹⁶² M. GIACOPELLI, « La traduction du principe d'individualisation de la sanction pénale dans la loi du 15 août 2014 », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, LDPSC et ISPEC, Aix-Marseille Université, vol. XXVI, 2016, p. 48.

¹¹⁶³ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Editions Cujas, Paris, 1981, p. 223.

¹¹⁶⁴ H. ROSSI, « De l'association du juge de l'application des peines à la juridiction de jugement », *JCP* 1964, I, p. 1833.

¹¹⁶⁵ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 223.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine, Césure et recomposition du procès pénal*, thèse, Paris I, 2002, p. 189 et s.

juge de jugement [...] et atténuerait les disparités relevées »¹¹⁶⁸. Par ailleurs, aucune disposition du Code de procédure pénale n'interdit au juge de l'application des peines de siéger dans la formation de jugement.

568. Une collaboration avec le juge d'instruction envisageable ? Comme nous l'avons expliqué précédemment¹¹⁶⁹, le juge d'instruction est tenu d'établir un dossier de personnalité comprenant aussi bien des éléments sociaux que médicaux sur le délinquant. Il pourrait alors être pertinent de se demander s'il faut encore conserver « *la vieille règle qui sépare de façon absolue l'instruction et interdit au magistrat qui a procédé à l'instruction de prendre part au jugement* »¹¹⁷⁰. Cette règle posée à l'article 49 du Code de procédure pénale interdit, sous peine de nullité, au juge d'instruction de concourir à la décision du tribunal statuant sur des poursuites ayant donné lieu à une information. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler à de nombreuses reprises, en se fondant sur les articles 49 et 253 du Code de procédure pénale, et sur l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction ne pouvaient pas faire partie de la formation de jugement¹¹⁷¹. La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'un même magistrat ne peut exercer pour une même cause des fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement¹¹⁷².

Cependant, cette interdiction ne semble pas absolue et nous laisse penser qu'une évolution est possible. Tout d'abord, en dehors des affaires qu'il a à juger, le juge d'instruction peut siéger au tribunal correctionnel ou à la Cour d'assises. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme a admis la possibilité pour un juge des enfants de cumuler les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement dans un arrêt du 24 août 1993¹¹⁷³ en effectuant un contrôle *in concreto* de la nature du cumul des fonctions pour savoir si le juge des enfants avait acquis un parti-pris durant l'instruction¹¹⁷⁴. Cependant, le juge suprême français a récemment adopté une interprétation plus stricte de l'impartialité dans deux décisions dont le raisonnement est

¹¹⁶⁸ B. GENINET, *Etude critique de la personnalisation de la peine*, op. cit., p. 312.

¹¹⁶⁹ *Supra* n°495

¹¹⁷⁰ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 221.

¹¹⁷¹ Cass. crim., 15 sept. 2004, n° 03-86.110, Bull. crim., n° 210, D. 2005, p. 1138, note Lavric et Royer – V. également Cass. crim., 15 déc. 2004, n° 02-80.522, D. 2005, p. 685, obs. Pradel.

¹¹⁷² La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé qu'un magistrat ayant pu se former une opinion à l'avance et risquant de peser lourd dans la balance au moment de la décision « manquait d'impartialité. » V. CEDH, 26 oct. 1984, De Cubber c/ Belgique.

¹¹⁷³ CEDH, 24 août 1993, Nortier c/ Pays Bas, req. N° 13924/88, RSC 1994, p. 362, obs. KOERING-JOULIN, D. 1995, somm., p. 105, obs. RENUCCI.

¹¹⁷⁴ E. VERGES, « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position », RSC 2012-1, p. 201.

un peu confus. Dans une première décision de Question Prioritaire de Constitutionnalité du 8 juillet 2011¹¹⁷⁵, le Conseil constitutionnel réaffirme que le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce que le juge des enfants instruisse la procédure, et prononce par la suite des mesures d'assistance, de surveillance et d'éducation. Mais ce dernier ne peut siéger au sein du tribunal pour enfants, qui est habilité à prononcer une peine. Cette position a été confirmée dans la décision du 04 août 2011¹¹⁷⁶ à propos du tribunal correctionnel pour mineurs. Pour éviter une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme ou par le Conseil constitutionnel, il serait alors opportun de créer une fonction de juge d'instruction spécialisé dans l'individualisation. Il aurait pour mission de créer le dossier de personnalité sans se préoccuper du dossier de fond, ce qui lui permettrait de pouvoir siéger au tribunal correctionnel ou à la Cour d'assises. Ayant eu des éléments de personnalité, il connaîtrait davantage le prévenu ou l'accusé et pourrait ainsi éclairer le président sur la sanction la plus adaptée à la situation.

- 569.** La césure du procès pénal devrait donc conduire à une véritable « reconstitution du procès pénal »¹¹⁷⁷. Cette reconstitution devant être entendue comme un décroisement entre les différentes étapes du procès, pour ne former qu'un tout aboutissant à une meilleure individualisation de la sanction pénale. Cette reconstitution autour de l'imputabilité permettrait de consacrer le temps de l'ajournement à la compréhension de la personnalité du délinquant. Cela susciterait un dialogue entre « *les juridictions de fond, d'instruction et les experts psychiatres* »¹¹⁷⁸ afin « *de mettre en œuvre le processus de socialisation ou de resocialisation* »¹¹⁷⁹.

L'extension de la césure à l'ensemble de la matière pénale permettrait enfin de dissocier complètement l'idée d'une dispense de peine cachée derrière le prononcé de l'ajournement. Comme l'a écrit B. Dreyfus, « *la césure postulerait une certaine foi en l'homme, une certaine foi en la capacité de la justice pénale à repenser son action : la réinsertion par le biais d'une peine réellement individualisée* »¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁵ Cons. Constit n° 2011-147 QPC du 08 juill. 2011.

¹¹⁷⁶ Cons. Constit., n°2011-635 DC, 04 août 2011, Rec. P. 407, JO du 11 août 2011, p. 13763.

¹¹⁷⁷ C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine, Césure et reconstitution du procès pénal*, thèse, Paris I, 2002, p. 189 et s.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 333.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 151.

¹¹⁸⁰ B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'Harmattan, 2010, p. 119.

Conclusion du Chapitre 2.

570. L'ensemble de ces propositions répond à celles de la Défense sociale nouvelle. Le rapprochement proposé ne pourra donner de résultats que dans la perspective de la mise en place « *d'une justice pénale de défense sociale* »¹¹⁸¹ rendant moins « *monolithique* »¹¹⁸² la structure traditionnelle du procès, qui, actuellement, ne permet pas d'individualiser complètement le prononcé de la peine. Par ailleurs, la création de l'ajournement de peine aux fins d'investigation pourrait permettre de développer le recours aux mesures de justice restaurative visées à l'article 10-1 du Code de procédure pénale¹¹⁸³. En effet, le succès de la justice restaurative pourrait amener les juges à tempérer le quantum de la peine prononcée¹¹⁸⁴ et la sanction devrait être mieux exécutée car l'auteur de l'infraction y aura consenti. Nous espérons que cela puisse accroître l'efficacité de la sanction pénale.

Conclusion du Titre 2.

571. L'individualisation de la peine ne peut être efficace que si le juge dispose d'informations suffisantes pour connaître la personne qu'il doit juger. Cette exigence trouve ses origines dans l'École positiviste, à la fin du XIX^e siècle, mais c'est surtout à l'École de la Défense sociale nouvelle que l'on doit le développement de l'examen scientifique du délinquant. Toutefois, cette généralisation du recours à l'expertise scientifique est davantage liée à l'évolution de la société qui cherche à mieux connaître pour se protéger des « *déviantes* »¹¹⁸⁵, qu'à l'influence d'un courant doctrinal. C'est ainsi qu'une approche pluridisciplinaire du phénomène criminel s'est développée malgré un retard considérable par rapport aux pays anglo-saxons.

L'essor de l'examen scientifique du délinquant implique nécessairement de repenser l'architecture du procès pénal afin que le juge puisse prendre connaissance de ces informations. En effet, il faut se recentrer autour de deux notions principales : l'individualisation et la resocialisation. Pour ce faire, il est possible de s'appuyer sur les

¹¹⁸¹ M. ANCEL, *La césure du procès pénal*, art. préc., p. 224.

¹¹⁸² C. SAAS, *L'ajournement du prononcé de la peine*, op. cit., p. 16.

¹¹⁸³ R. CARIO et B. SAYOUS, « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ Pénal*, 2014, p. 461.

¹¹⁸⁴ J. -H., ROBERT, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *JCP G.* 2 mars 2015, n° 9, doct. 273.

¹¹⁸⁵ J.-C. COFFIN, « De la dangerosité de Michel Foucault à la dangerosité des malades mentaux », in *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours* (ss. la dir. de F. CHAUVAUD), *PUR*, 2012, p. 175. V. dans le même sens : D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littératures, Coll. Pluriel, 2005, p. 195.

systemes de *commun law* qui distinguent le procès sur la culpabilité et l'autre sur la peine. La mise en œuvre de la césure du procès pénal devrait permettre de réunir à la fois la prise en considération de la personnalité du délinquant, et de nouvelles formes de réponses pénales orientées vers sa resocialisation avec, par exemple, des mesures de justice restaurative. Cette proposition apparue sous la plume de Marc Ancel, a été partiellement consacrée dans notre droit pénal national avec l'adoption par la loi du 11 juillet 1975, sur l'ajournement de peine. L'espoir de voir les préconisations de Marc Ancel entérinées en droit positif s'est concrétisé lorsque le législateur a consacré la césure du procès pénal pour la justice des mineurs par la loi du 10 août 2011. La loi du 15 août 2014 s'est montrée bien décevante sur ce point puisqu'elle n'a consacré qu'un ajournement de peine particulier : l'ajournement de peine aux fins d'investigation. Il reste encore du chemin à parcourir pour parvenir jusqu'à l'individualisation souhaitée par Marc Ancel ; et le courage du législateur en 2014 risque d'être mis à mal par la pression sécuritaire de la société en raison du terrorisme.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

- 572.** En offrant au juge un choix de sanctions aussi large que possible, le législateur a accordé une marge d'appréciation conséquente au juge. Sa première liberté consiste à décider de sanctionner ou non le délinquant. Il s'agit de la possibilité de prononcer une dispense de peine. Cela est différent de la relaxe ou de l'acquittement dans la mesure où elle fait suite à une déclaration de culpabilité. Le choix de prononcer ou non une sanction peut être fait soit immédiatement soit après un ajournement. La seconde liberté du juge est de pouvoir choisir les modalités d'exécution de la peine. Il peut, en effet, faire varier l'exécution temporelle de la sanction par le biais des règles de la confusion de peines ou de la période de sûreté. Il peut également faire varier l'exécution matérielle de la peine par l'utilisation de mécanismes qui vont affecter l'exécution initialement retenue de la peine. Cette grande liberté accordée aux juges fait nettement reculer le principe de légalité, ce qui peut renforcer une sensation d'arbitraire. Pour atténuer cet effet, le législateur peut contraindre le choix du juge et lui faire obligation de motiver sa décision lorsqu'il retient une peine privative de liberté. Néanmoins, cette obligation devrait être généralisée pour permettre une plus grande transparence de la justice, indispensable dans une société démocratique.
- 573.** Cette liberté d'adaptation du juge ne peut être pleinement efficace que si ce dernier dispose des informations suffisantes pour connaître le délinquant. Pour cela, le juge dispose de plusieurs outils d'information. Le casier judiciaire et l'enquête de personnalité constituent les moyens de renseignement classiques pour connaître le passé pénal et la situation sociale du délinquant. Si ces outils sont la base du renseignement, et parfois même la seule source d'information du juge, ceux-ci se sont montrés rapidement insuffisants face aux nouvelles figures du criminel. Suivant les recommandations de Marc Ancel, l'approche pluridisciplinaire composée d'examens médicaux, psychiatriques, psychologiques ou sociaux s'est développée. Malgré cela, la France présente un retard considérable dans ce domaine par rapport aux pays anglo-saxons, où des études pluridisciplinaires sont régulièrement effectuées pour mieux comprendre le phénomène criminel, dans le but d'aider les juges à prendre leurs décisions. Des partenariats entre juristes, médecins, psychiatres, acteurs sociaux devraient être lancés pour pouvoir rattraper le retard pris.

574. Il ne suffit pas d'avoir une bonne connaissance du délinquant, il faut également que le juge puisse prendre connaissance de ces informations. Ainsi dispose-t-il des informations avant de prendre sa décision. Comme le temps nécessaire pour obtenir les conclusions des examens est souvent long, la juridiction de jugement ne dispose pas toujours des informations nécessaires pour assurer une bonne individualisation. C'est pourquoi il faut repenser l'architecture du procès pénal pour permettre au juge d'obtenir ces renseignements à temps. Marc Ancel, en s'inspirant des modèles anglo-saxons, avait proposé la césure du procès pénal en distinguant une phase de culpabilité et une phase de détermination de la peine. En revanche, il nous semble plus pertinent d'envisager une césure du procès pénal en séparant une phase objective sur la matérialité et une phase subjective incluant l'imputabilité et le choix de la peine. Malgré la mise en place de l'ajournement de peine en 1975 et de l'ajournement de peine aux fins d'investigation, la césure du procès pénal n'a jamais été pleinement consacrée en droit positif. Cela est sans doute dû à une résistance culturelle. Toutefois, il faut généraliser cette pratique, comme c'est le cas pour la justice des mineurs, afin de permettre aux juges de développer une pédagogie de la responsabilité par des mesures innovantes, issues de la justice restaurative, et permettant de faire du délinquant un acteur de sa peine, ce qui, souhaitons-le, permettrait de réduire la récidive par une responsabilisation personnelle.

CONCLUSION GÉNÉRALE

575. Le déclin de la conception formelle de la légalité criminelle a permis l'émergence de l'individualisation de la peine. Ainsi, il appartient au juge de déterminer la peine juste et utile qui sera adaptée à un certain nombre de critères dégagés par le législateur. Ainsi, par la loi du 15 août 2014, le législateur a enrichi le principe d'individualisation en imposant la prise en compte de l'état de santé de la personne dans la mesure de la peine et a complété les critères classiques¹¹⁸⁶ de l'individualisation en précisant que la peine devait être prononcée en tenant compte de « *la situation matérielle, familiale et sociale* » de la personne. Toutefois, le législateur n'indique pas comment utiliser ces critères pour choisir la peine.

576. En pratique, le prononcé de la sanction ne dépend pas uniquement de ces critères. Il existe une multitude de facteurs influant sur la décision finale.

Ainsi peut-on trouver parmi eux la personnalité des juges. On ne peut nier que tel fait soit plus grave pour certains et ignoré pour d'autres. Par ailleurs, la pression de l'opinion publique, influencée par les médias, peut conduire à plus de sévérité ou de clémence de la part du juge. Il en va de même pour l'environnement géographique ou social. En effet, nous avons pu démontrer qu'il existe une corrélation entre le quantum et le type de sanctions prononcées et la situation socio-économique d'une région. Enfin, le fonctionnement du système pénal donne le sentiment qu'il existe une sanction décidée lors du jugement et une décidée en l'absence de jugement. En effet, la phase pré-sententielle utilise des sanctions privatives de liberté, comme la détention provisoire, ce qui est ressenti pour beaucoup comme une sanction, et la phase post-sententielle ajuste la peine prononcée par la juridiction de jugement. On voit alors apparaître un décalage entre la peine prononcée et la peine réellement exécutée.

L'ensemble de ces facteurs conduit à des disparités dans l'individualisation de la peine.

L'égalité formelle devient alors inapplicable. L'égalité cède alors le pas à l'individualisation de la peine, d'autant plus que le législateur a laissé de plus en plus de liberté aux juges. Cela se traduit par une remise en cause de l'autorité judiciaire se manifestant par le doute que le justiciable peut avoir à l'égard de la décision rendue. Cela renforce ainsi l'arbitraire des juges, pourtant combattu farouchement lors de la Révolution française. La peine perd alors son sens

¹¹⁸⁶ Il s'agit de la prise en compte de la gravité du comportement et de la personnalité de l'auteur de l'infraction.

pour le condamné et le risque de mauvaise exécution de la peine est grand. Mais faut-il sacrifier l'individualisation au profit de l'égalité ? La rigidité des peines fixes est-elle préférable à une peine adaptée par le juge qui seul peut sonder les cœurs ? Une individualisation efficace ne peut être fondée exclusivement sur la loi car elle ne peut prendre en compte tous les cas particuliers. Seul le juge le peut.

577. Ainsi, pour limiter la mauvaise exécution des peines, il nous paraît opportun d'apporter des modifications lors de leur détermination.

Tout d'abord, il est nécessaire de repenser la philosophie de la peine. Depuis toujours, la responsabilité a été le point de départ de la réponse pénale contre le crime. Mais des voix ont contesté cette sacralisation de la responsabilité pénale¹¹⁸⁷. L'École de la Défense sociale, s'inscrivant au sein du courant positiviste, envisage la responsabilité comme un « *fait humain et social* »¹¹⁸⁸. L'idée d'un « sentiment de responsabilité » inhérent à tous les êtres humains apparaît. La responsabilité pénale n'est plus le fondement de la réponse pénale contre une infraction, mais devient son objectif ultime. Ainsi, la peine doit permettre de développer une « *pédagogie de la responsabilité* »¹¹⁸⁹ afin de redonner à l'auteur d'une infraction le sentiment d'appartenance à la société et le sens des devoirs envers elle. Pour permettre la mise en œuvre de cette pédagogie de la responsabilité, Marc Ancel, auquel nous nous associons, propose de se débarrasser de certaines fictions juridiques qui compliquent la compréhension du droit. Il s'agit de la dé-judicisation de la justice pénale. Cela n'est pas suffisant, il faut également concevoir de nouvelles peines qui permettent la responsabilisation du délinquant. Il serait alors opportun de se tourner vers les mesures de justice restaurative, utilisées dans les pays anglo-saxons, qui impliquent plus fermement tous les acteurs de la vie sociale, dont le condamné.

Toutefois la mise en place de la responsabilisation du condamné est limitée. L'importance des fictions juridiques et la pression sécuritaire mettent à mal la dé-judicisation préconisée par la Défense sociale nouvelle. Il en va de même pour les mesures de justice restaurative. Le législateur, par la loi du 15 août 2014, a inscrit, dans le Code de procédure pénale, la possibilité de recourir à ce type de mesures. Mais cela s'est fait de manière tellement large qu'elles sont inapplicables car les textes d'application ne sont pas encore publiés. Ainsi, la

¹¹⁸⁷ P. CORNIL, « L'impasse de la responsabilité », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, Union belge et luxembourgeoise de Droit pénal, 1961-1962, p. 637 à 654.

¹¹⁸⁸ M. ANCEL, « Responsabilité et Défense sociale », *RSC* 1959, p. 181.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 182.

seule manière de renforcer l'efficacité de la peine consiste à accroître la liberté du juge lors du prononcé de la peine. Le législateur s'est donc employé à développer des mécanismes permettant d'adapter la sanction tels que le fractionnement de la peine, l'ajournement, la semi-liberté, le placement à l'extérieur ou encore le placement sous surveillance électronique. Cependant, cette grande liberté doit nécessairement s'accompagner de limites afin de réduire le sentiment d'arbitraire. Pour ce faire, le législateur peut déterminer des critères légaux, fixer des barèmes ou contraindre le juge en l'obligeant à motiver sa décision. Cette motivation est obligatoire dans plusieurs cas : lorsque la juridiction prononce une peine privative de liberté sans sursis, lorsqu'elle envisage de porter le suivi socio-judiciaire au-delà d'une certaine durée et lorsqu'elle prononce une peine d'interdiction du territoire contre certains étrangers. Cette motivation ne nous semble pas permettre d'assurer pleinement l'efficacité de la peine. Une motivation systématique des décisions de justice permettrait de mieux connaître les raisons ayant conduit au choix de telle ou de telle mesure, ce qui offrirait une meilleure compréhension des décisions rendues et renforcerait l'efficacité de la peine.

- 578.** Enfin, pour mettre en œuvre la pédagogie de la responsabilité, il convient de développer une attitude nouvelle envers le délinquant. L'individualisation n'aura de sens que si la réponse pénale est entièrement orientée vers la profonde connaissance du délinquant. Celle-ci passe par l'utilisation d'outils pluridisciplinaires d'analyse de la personnalité. L'examen scientifique de l'individu permettra de mieux comprendre son milieu social et ses pathologies mentales afin d'expliquer le passage à l'acte. Pour cela, il est nécessaire de développer de nouveaux outils en s'inspirant des modèles actuariels, afin de fournir aux experts et aux juges des résultats plus objectifs. Cette prise en compte de la personnalité du délinquant a nécessairement des répercussions sur l'organisation de la réponse pénale. En effet, l'ensemble des institutions doit intégrer ce paramètre. La modification de la procédure pénale traditionnelle doit donc conduire à la mise en place d'une architecture nouvelle du procès pénal, par la mise en place d'une césure permettant de séparer la phase matérielle de l'infraction de la phase subjective, incluant le choix de la peine. Si la généralisation d'une césure du procès semble difficile à mettre en place lors du prononcé de la peine, il faut confier à la juridiction de jugement le soin de se prononcer sur la culpabilité et laisser au juge de l'application des peines la liberté de définir la peine la plus appropriée. La sanction pénale gagnerait ainsi de la lisibilité et, finalement, cela ne modifierait que peu la pratique judiciaire.

Néanmoins, le but de responsabilisation ne pourra être atteint que si les juges coopèrent et acceptent ce nouvel objectif. Cela implique un dialogue entre les juges, et les différents acteurs (experts, ministère public, avocats) intervenant dans le processus de l'individualisation de la peine. Une collaboration entre le législateur et les juges est également indispensable pour concilier les libertés d'action de chacun. Les autorités judiciaire et législative doivent œuvrer ensemble pour aboutir à rendre la peine plus efficace par une individualisation favorisant la responsabilisation de l'auteur d'une infraction.

579. Ainsi, les différentes pistes de réflexion dégagées dans cette étude permettent d'engager une démarche future de travail concernant la justice restaurative et les nouveaux outils de connaissance du délinquant, issus des modèles actuariels. On peut alors penser que le développement de ces outils permettra de renforcer l'efficacité de la sanction pénale.

Toutefois, il ne faut pas tomber dans un angélisme naïf. Même en renforçant l'individualisation de la peine par de nouvelles techniques, cela ne permettra ni de réduire les disparités, ni d'endiguer pleinement la récidive. En effet, ce phénomène est complexe et résulte de la volonté de la personne de respecter ou non les règles de vie en collectivité. Il faut alors comprendre que la relativité est inhérente à l'individualisation de la peine. Dès lors, cette entreprise pourrait sembler vouée à l'échec, mais il ne faut pas perdre de vue l'objectif de responsabilisation assigné à la peine par le biais de l'individualisation. Elle seule peut garantir l'efficacité de la peine, puisque seul le juge peut saisir les cœurs. Malgré les nombreuses pressions sécuritaires, liées au terrorisme, il serait regrettable que le législateur remette en cause les avancées visant à renforcer l'individualisation de la peine, en redéployant des peines fixes.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

- ARABEYRE (P.), HALPERIN (J.-L.), KRYNEN (J.),** *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XV^e siècle*, PUF, « Quadrige », 2015, 2^e éd., voir la notice sur Raymond Saleilles.
- BECCARIA (C.),** *Des délits et des peines*, GF- Flammarion, 1965.
- BEZIZ-AYACHE (A.),** *Dictionnaire de droit pénal général et de procédure pénale*, 5^e éd., Ellipses, 2011.
- BOULOC (B.),** *Droit de l'exécution des peines*, 4^e éd., Précis Dalloz, 2011.
- BOULOC (B.),** *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 24^e éd. 2015.
- BUNKER (E.),** *La bête contre les murs*, Rivages noir, Payot, Paris, 1994.
- CARBASSE (J.-M.),** *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2000.
- CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.),** *Droit pénal général*, A. Colin, 7^e éd., 2004.
- CORNU (G.),** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant
- DANET (J.),** *Justice pénale, le tournant*, Folio actuel, 2006.
- DEBARD (T.), GUINCHARD (S.), VARINARD (A.),** *Institutions judiciaires*, Dalloz, coll. Précis, 2015.
- DEFFAINS (B.),** « Économie de la justice », in *Dictionnaire de la justice* (ss. la dir. de L. CADIET), PUF, 2004.
- DELMAS-MARTY (M.),** *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, Thémis, 1992.
- DESPORTES (F.), LAZERGES-COUSQUIER (L.),** *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, 4^e éd., 2015.
- DESPORTES (F.) et LE GUNEHÉC (F.),** *Droit pénal général*, Ed. Economica 2009.
- DREYER (E.),** *Droit pénal général*, Lexisnexis, 3^e éd., 2014.
- DURKHEIM (E.),** *De la division du travail social*, 1893, Paris, PUF.
- FOUCAULT (M.),** *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère...*, Folio histoire, 1973.
- FOURMENT (F.),** *Procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, coll. « Paradigme », 14^e éd., 2013.
- GARAPON (A.),** *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001.
- GARNOT (B.),** *Histoire de la justice – France, XVI^e-XXI^e siècle*, Folio histoire, 2009.
- GASSIN (R.), CIMAMONTI (S.), BONFILS (P.),** *Criminologie*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2011.
- GUINCHARD (S.), BUISSON (J.),** *Procédure pénale*, LexisNexis, 10^e éd., 2014.
- HAHLPHEN (E.),** *Le bal des outrés*, éd. Privé, 2006.
- KANT (E.),** *L'apologie de l'île abandonnée, Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, 1896, trad. J. BARNY, Paris, 1853.

- JAMIN (C.)**, « Économie et droit », in *Dictionnaire de culture juridique* (ss. la dir. de D. ALLAND et S. RIALS), PUF, 2003.
- JEAN (J.-P.)**, *Le système pénal*, La découverte, 2008.
- LAINGUI (A.), LEBIGRE (A.)**, *Histoire du droit pénal*, T.1, Cujas, 1979.
- LEAUTE (J.)**, *Cours de droit pénal et sociologie criminelle I : Paris*, Les Cours du droit, 1980-1981.
- LEROY (J.)**, *Droit pénal général*, 4^e éd., LGDJ, 2012.
- MAYAUD (Y.)**, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 5^e éd., 2015.
- MERLE (R.), VITU (A.)**, *Traité de droit criminel, Tome 1 : Problèmes de la sciences criminelle*, Droit pénal général, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997.
- MOLFESSIS (N.)**, « La perception commune du droit », in *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010.
- MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap 6.
- PIN (X.)**, *Droit pénal général*, Dalloz cours, 6^e éd., 2015.
- PLATON**, *Les lois*, VIII, 845 a.
- PLATON**, *Protagoras*, 324 a.
- PRADEL (J.)**, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Précis Dalloz, 2008.
- PRADEL (J.)**, *Droit pénal général*, CUJAS, 20^e éd., 2014.
- PRADEL (J.)**, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989.
- RASSAT (M.-L.)**, *Droit pénal général*, Ellipses, 2006.
- RAWLS (J.)**, *Théorie de la justice*, Editions Points, essais, 2009.
- ROBERT (J. -H.)**, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis », 6^e éd., 2005.
- ROUSSEAU (J.-J.)**, *Du contrat social*, Le livre de poche, coll. Les Classiques de la philosophie, 1996, livre II, Chap. IV, « Des bornes du pouvoir souverain ».
- ROUSSEL (G.)**, *Procédure pénale*, Vuibert droit, 6^e éd., 2015.
- SALAS (D.)**, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette littératures, Pluriel, 2005.

II. MONOGRAPHIES, THESES ET OUVRAGES SPECIAUX

- ANCEL (M.)**, *La défense sociale nouvelle*, 1^{ère} éd., Paris, Edition Cujas, 1954.
- ANCEL (M.)**, *La défense sociale nouvelle*, 3^e éd., Paris, Editions Cujas, 1981.
- AUTERESSE (M.), BORRICAND (J.), GASSIN (R.), LEVY (B.), SYR (J.-H.)**, *La réinsertion des délinquants : mythe ou réalité ? Actes du colloque des 18-21 septembre 1995, Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, Presse universitaire d'Aix-en-Provence, 1996, p. 169.*
- BARD (C.), CHAUVAUD (F.), PERROT (M.)** (dir.), *Femmes et justice pénale : XIX^e-XX^e siècles*, Rennes, PUR, 2002.
- BARNETT (G. D.) et MANN (R. E.)**, *Good Lives and Risk Assessment : Collaborative Approaches to Risk Assessment with Sexual Offenders*, in H. Kemshall et B. Wilkinson,

- Good Practice in Assessing Risk, Current Knowledge, Issues and Approaches, Jessica Kingsley Publishers, 2011.
- BATIFFOL (H.)**, « Signification de l'égalité pour la philosophie du droit », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 452.
- BENESSIANO (W.)**, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, thèse 2008, Aix –Marseille.
- BENMAMI (R.)**, *L'individualisation judiciaire de la peine*, Thèse Paris II, 1975.
- BLANDIEAU (F.)**, *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983.
- BLUMBERG (A.S.)**, *Criminal Justice*, Quadrangle Books, Chicago, 1967.
- BONIS-GARCON (E.) et PELTIER (V.)**, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2015.
- BOUZAT (P.) et PINATEL (J.)**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, T.1, n° 328.
- CADIET (L.)**, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits » in *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris I* (ss. la dir. M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT, H. RUIZ-FABRI), Société de législation comparée, 2002.
- CAPELLO (A.)**, *La constitutionnalisation du droit pénal, pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, 2014.
- CARBASSE (J.- M.)**, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », in *La peine, 2^e partie, Europe avant le XVII^e siècle, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1991, p. 157-158.
- CARDI (C.)**, **PRUVOST (G.)**, *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte, 2012.
- CARIO (R.)**, *Femmes et criminelles*, Toulouse, Éres, 1992.
- CARIO (R.)**, **MBANZOULOU (P.)**, *La justice restaurative. Une utopie qui marche ?* Ed. L'Harmattan, 2010.
- CARIO (R.)**, *La justice restaurative, Principes et promesses*, Ed. L'Harmattan, 2^e éd., 2010.
- CARIO (R.)**, (sous la direction de), *Rencontres détenus-victimes, L'humanité retrouvée*, Ed. L'Harmattan, Paris, coll. Controverses, 2012.
- CARTIER (M. E.)**, « Les principes constitutionnels du droit répressif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 153.
- CASADAMONT (G.) et PONCELA (P.)**, *Il n'y pas de peine juste*, O. Jacob, 2004.
- CASTEL (R.)**, *La discrimination négative. Citoyens ou indigènes ?* Paris, Le Seuil et la République des Idées, 2007.
- CASTEL (R.)**, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?* Paris, le Seuil et la République des Idées, 2003.
- CASTEL (R.)**, *La montée des incertitudes. Travail, protections, statut de l'individu*, Paris, Le Seuil, 2009.
- COFFIN (J.-C.)**, « De la dangerosité, de Michel Foucault à la dangerosité des malades mentaux », in *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours* (ss. la dir. de F. CHAUVAUD), PUR, 2012, p. 175.
- COMBESSIE (P.)**, *Sociologie de la prison*, Paris, La Découverte, Repères, 2001.
- COPPARD-BRITTON (Y.)**, *L'enquête de personnalité*, thèse, Rennes, 1969.
- CUSSON (M.)**, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983.
- DANA (C.)**, *Théorie générale de l'infraction pénale*, Thèse 1982.

- DANET (J.)**, « La défense et le choix de la peine », in *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui* (ss. La direction de R. OTTENHOF), Erès, Coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 248.
- DANET (J.)**, *La réponse pénale, dix ans de traitement des délits*, PUR, 2013.
- De CAHN (O.) et PARROT (K.)**, *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso Editions, 2013.
- DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.), PIRES (A. P.)**, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, T. 2, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008.
- DEBUYST (C.)**, Point de vue de la psychologie expérimentale et de la psychologie clinique, in *Comité européen pour les problèmes criminels, L'efficacité des peines et autres mesures de traitements*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1967.
- DECHENAUD (D.)**, *L'égalité en matière pénal*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, T. 45, 2009, n° 299.
- DELAMOTTE (D.)**, *Qui a peur de la nouvelle peine sans prison ? Ajouter du « lien » et non du « rang » pour réussir la contrainte pénale et en finir avec la récidive*, L'Harmattan, 2014.
- DI MANNO (T.)**, « Réserves d'interprétation et « droit vivant » », In *La constitutionnalisation des branches du droit*, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (sous la direction de), Actes de l'atelier du III^e Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Coll. Droit public positif, PUAM, Economica, Paris, 1998.
- DREYFUS (B.)**, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'Harmattan, 2010.
- ENNIS (B. J.) and LITWACK (T. R.)**, *Psychiatry and the presumption of expertise : Flipping coins in the Courtroom*, California Law Review, 1974, 62.
- FERRARO (K.-J.)**, *Neither angels nor demons : women, crime, and victimization*, Northeastern University Press, University Press of New England, 2006.
- FOUCAULT (M.)**, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, 1975.
- FOURNIER (S.)**, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou les dangers du mélange des genres) », in *Mélanges J.-H., ROBERT*, LexisNexis, 2012.
- GAUTRON (V.)**, *La « barémisation » et la standardisation des réponses pénales saisies au travers d'une étude quantitative et qualitative de l'administration de la justice pénale* », in Sayn I. (dir.), *Le droit mis en barèmes*, Paris, Dalloz, 2014, p. 85-97.
- GASSIN (R.)**, « Influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, T. II, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, *Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Editions A. Pedone, 1975, p. 10.
- GATTO (C.)**, *Le pardon en droit pénal*, thèse Nice, 2012.
- GENINET (B.)**, *Étude critique de la personnalisation de la peine*, Thèse, Paris 1, 2000.
- GODFRYD (M.)**, *Les expertises médicales*, Paris, Presses universitaires de France, *Que sais-je ?* 1991.
- GORPHE (F.)**, « Comment peut se faire l'individualisation judiciaire », in *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant* (ss. La dir. de M. ANCEL), 1954, Ed. Cujas, Paris, p. 388.

- GRAMMATICA (F.)**, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1964.
- HANSON (R. K.), MORTON (K. E.) et HARRIS (A. J. R.)**, Sexual offender recidivism risk : What we know and what we need to know, in R. Prentky, E. Janus et M. Seto (éds), *Understanding and managing sexually coercive behaviour*, Annals of the New York Academy of sciences, 2003, n° 989.
- HARDOUIN-LE GOFF (C.)**, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, coll. « Bibl. sc. crim », 2008, t. 44.
- HEDDERMAN (C.), GELSTHORPE (L.)**, *Understanding the Sentencing of women* (Vol. 170), London, Home Office, 1997.
- HEILBRUN (K.), YASUHARA (K.), SHAH (S.)**, Violence Risk Assessment Tools. Overview and Critical Analysis, in R. K. OTTO et K. S. DOUGLAS, *Handbook of violence Risk Assessment*, Routledge, 2010, 1-17, spéc. P. 13.
- JACOB (R.)**, *Le jugement de Dieu, naissance de la fonction de juger dans l'histoire européenne*, *Hist. de la Justice*, 1991, 4.
- JEAN (J.-P.)**, « 10 ans de réformes pénales : une recomposition du système judiciaire », Regards sur l'actualité n° 300, La Documentation française, avril 2004.
- JEAN (J.-P.)**, « Le système de la justice pénale évalué à l'aune de ses résultats », in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines* (ss. la dir. de M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI), PUF, Droit et justice, 2009, p. 247.
- JIMENEZ (E.) et VACHERET (M.)**, *La pénologie, Réflexions juridiques et criminologiques autour de la peine*, Presses de l'Université de Montréal, 2013.
- KOESTLER (A.)**, *Réflexions sur la potence*, Folio, T. 3609, 2011 [1955].
- LANGUI (A.)**, *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit*, thèse, Rennes, 1965.
- LARGUIER (J.)**, *Criminologie et science pénitentiaire*, Dalloz, coll. Mémentos, 10^e éd., 2005.
- LEBLOIS (A.-M.)**, *L'égalité devant la loi pénale*, thèse, Paris II, 1984.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « Le prononcé de la peine par le juge », in *Vers un nouveau procès pénal ?*, SLC, coll. « colloques », 2008, vol. 9.
- LEGEAIS (R.)**, « Pourquoi ne parvient-on pas à supprimer la prison ? » in *Droit pénal – bilan critique*, PUF, coll. « Pouvoirs », 1990.
- LEMESLE (L.) et PANSIER (F.-J.)**, *Le procureur de la République*, Paris, PUF, Que sais-je, 1998.
- LEMOINE (E.)**, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002.
- LIEBER (M.)**, *Genre, violences et espaces publics*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008.
- LOMBARD (F.)**, *Les jurés : justice représentative et représentations de la justice*, l'Harmattan, 1993.
- MAURUTTO (P.) et HANNAH-MOFFAT (K.)**, *Assembling Risk and the Restructuring of Penal Control*, British Journal of Criminology, 2006, n° 46.
- MASSE (M.), JEAN (J.-P.), GUIDICELLI-DELAGE (A.)**, (dir), *Un an de droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009.
- MBANZOULOU (P.)**, *Les nouvelles figures de la dangerosité*, Paris, L'Harmattan, 2008.

- MEEHI (P. E.)**, *Comparative efficiency of informal (subjective, impressionistic) and formal (mechanical, algorithmic) prediction procedures : The clinical-statistical controversy*, *Psychology, Public Policy and Law*, 1996, n° 2, p. 293-323.
- MENABE (C.)**, *La criminalité féminine*, L'Harmattan, 2014.
- MESSINE (J.)**, « L'égalité et l'individualisation de la peine », in *L'égalité, vol IV*, Bruxelles, 1975, p. 7.
- NAUCKE (W.)**, « Le droit pénal rétributif selon Kant », in *Rétribution et Justice pénale*, PUF, 1983.
- NIVEAU (G.)**, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- OTTENHOF (R.)**, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui*, Érès, 2001.
- PAILLARD (B.)**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 42, 2007.
- PANSIER (F.- J.)**, *La peine et le droit*, Paris, PUF, QSJ, 1994.
- PARENT (H.)** et **DESROSIERS (J.)**, *Traité de droit criminel, La peine*, Les Editions Thémis, 2012, T. 3.
- PARENT (C.)**, *Féminisme et criminologie*, Presses de l'Université de Montréal, Presses de l'université d'Ottawa, De Boeck université, 1998.
- PIN (X.)**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Coll. Bibl. de sciences criminelles, 2002, t. 36, pref. P. MAISTRE Du CHAMBON.
- PINATEL (J.)**, « La prison est-elle un facteur criminogène ? » in *Actes du 2^e congrès international de criminologie*, 1950, Paris, La Sorbonne, T. V, Paris, PUF, 1954, p. 179.
- PONCELLA (P.)**, *Droit de la peine*, 2^e éd., PUF, Coll. Thémis droit privé, 2001.
- PRADEL (J.)**, « Les procédures pénales dans les droits de *common law* et romano-germanique : des frontières qui se brouillent », in *Les nouveaux territoires du droit*, Actes du colloque franco-québécois de décembre 2002 (Universités de Montréal et Poitiers), Publications de l'Université de Poitiers, 2004.
- ROUX-DEMARE (F.-X.)**, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, Thèse, Lyon 3, 2012.
- RUOPOLI-CAYET (S.)**, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894), un précurseur de la science criminelle moderne*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002.
- SAAS (C.)**, *L'ajournement du prononcé de la peine, Césure et recomposition du procès pénal*, thèse, Paris I, 2002.
- SAINT-GERAND (V.)**, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Thèse Lyon 3, 2000.
- SALAS (D.)**, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Pluriel, 2005.
- SALEILLES (R.)**, *L'individualisation de la peine*, Paris, Felix Alcan, 3^e éd., 1927.
- SEIGNALET (G.)**, *Analyse fonctionnelle du principe de personnalisation de la peine*, Thèse, Montpellier 1, 2013.
- SENON (J.-L.)**, **LOPEZ (G.)**, **CARIO (R.)**, *Psycho-criminologie, Psychothérapies pratiques*, Dunod, 2^e éd., 2012.
- SENON (J.-L.)**, **PASCAL (J. C.)**, **ROSSINELLI (G.)**, *Audition publique, Expertise psychiatrique pénale*, John Libbey Editeur, 2008.

- THOMAS (D.)**, « L'article 132-17 et la disparition des peines automatiques », in *Le nouveau Code pénal dix ans après*, ss dir. D. Thomas : Pédone, 2005, p. 70.
- TOURNIER (P. –V.)**, **ROBERT (Ph.)**, *Étrangers et délinquances*. Les chiffres du débat, Paris, L'Harmattan, 1991.
- VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Le droit sans peine. Aspects de la pénalisation en Belgique et aux États-Unis*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Bruylant, 1988.
- VANHAMME (F.)**, *La rationalité de la peine, Enquête au tribunal correctionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- VERNIER (D.)**, *Jury et démocratie : une liaison fructueuse ? L'exemple de la Cour d'assises française*, thèse, École Normale Supérieure de Cachan, 2007.
- VIENNOT (C.)**, *Le procès pénal accéléré – Étude des transformations du jugement pénal*, Nouvelles bibliothèque de thèses, vol. 120, Paris, Dalloz, 2012.
- VOUIN (R.)**, « La division du procès pénal en deux phases », in *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant* (ss. La dir. de M. Ancel), Université de Paris, Institut de droit comparé. Centre d'études de défense sociale, Paris, Cujas, 1954, p. 174.
- WILLIAMS (W.)** et **MILLER (K.)**, *The role of personal characteristics in perceptions of dangerousness*, Criminal Justice and Behaviour, 1977, 4.

III. ARTICLES

- Les étudiants du Master 2 Recherche droit pénal de Bordeaux**, « La nécessité des peines », *Dr. Pén.* sept. 2011, n° 9 ét. 17.
- ALIX (J.)**, « *Quels visages pour le parquet en France ?* » in *Figures du Parquet* (ss. La dir. de C. LAZERGES), Paris, PUF, Coll. « Les voies du droit », 2006, p. 73.
- ALLIX (D.)**, « De la proportionnalité des peines », in *Mél. Soyer*, LGDJ, 2000, p.3.
- ANCEL (M.)**, « Le procès pénal et l'examen scientifique du délinquant », *RSC* 1952, p. 163.
- ANCEL (M.)**, « Responsabilité et Défense sociale », *RSC* 1959, p. 181.
- ANCEL (M.)**, « Défendre la Défense sociale ? », *RSC* 1964, p. 193.
- ANCEL (M.)**, « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de procédure pénale : recueil d'étude en l'hommage à M. Louis Huguency*, Institut de droit comparé de la Faculté de Droit de Paris, 1964, p. 223.
- ANCEL (M.)**, « Politique criminelle et psychologie judiciaire dans la détermination de la sanction pénale », *RSC* 1965, p. 938.
- ANCEL (M.)**, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de Défense sociale », *RSC* 1973, p. 193.
- ANCEL (M.)**, « Examen de conscience de défense sociale : le problème du traitement des délinquants », *RSC* 1978, p. 949.
- AUBERTIN (C.)**, « La confusion des peines n'empêche pas d'écarter la récidive », *Dr. pén.*, 2012, étude 15.
- AUDEGEAN (PH.)**, « Codification et interprétation », in *Les Lumières du pénal*, L'Harmattan, coll., « L'Irascible », n° 1, 2011, p. 27.

- BADINTER (R.), BEAUVAIS (P.),** « À propos de la nouvelle réforme pénale », *D.* 2014, p. 1830.
- BASTARD (B.), MOUHANNA (C.),** « Procureurs et substituts : l'évolution du système de production des décisions pénales », *Droit et société* 2010, n° 74, p. 35-53.
- BEAUSSONIE (G.),** chron. leg., *RSC* 2014, p. 809.
- BIGUENET (V. – J.),** « Les limites de la liberté du juge dans l'individualisation de la peine ou l'inconventionalité (entre autres anomalies) des condamnations « ultra petita » », *Dr. pén.* 2011, étude 3.
- BLANC (G.),** « La médiation pénale. Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale », *JCP* 1994. I. 3760, n° 17.
- BONIS-GARCON (É.),** « Vers un droit pénal raisonné ? – À propos du rapport de la Conférence de consensus du 20 février 2013 », *JCP G* 2013, p. 285.
- BONIS-GARCON (E.),** « Critère de fixation du montant maximum de la peine encourue par une personne morale », *Dr. Pén.* févr. 2014, n° 2, p. 50-51.
- BONIS-GARCON (E.),** « Motivation de la décision prononçant une peine d'emprisonnement ferme », *D. pén.* juill. 2016, n° 7-8, comm. 119.
- BOTTERO (J.),** « Le code d'Hammurabi », *L'Histoire*, 1993, n° 168, p. 8.
- BOULOC (B.),** « Flux, reflux, flux en matière de peine obligatoire », *D.* 2011, p. 929.
- BOULOC (B.),** « Mieux punir ? », in *Le nouveau Code pénal 20 ans après, État des questions*, L. Saenko (dir.), préf. M. Delmas-Marty, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 133.
- BOUVIER (J.-CL.),** « Une nouvelle peine au service de la probation », *AJ pénal* 2013, p. 132.
- BROUSSELE (Y.),** « Les principales dispositions de la circulaire présentant la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs », *Petites affiches*, 3 nov. 2011, n° 219, p. 7.
- CADIET (L.),** « Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice* (ss. la dir de P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, Ph. MILBURN), La Documentation française, Paris, Mission de recherche « Droit et justice », 2003, p. 255-265.
- CAMOUS (E.),** « Un droit de la récidive en quête de cohérence », *Dr. pén.* 2009, étude 3, p. 7, n° 6.
- CARIO (R.),** « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ pénal* 2007, p. 373.
- CARIO (R.), MBANZOULOU (P.),** « Les rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy : un retour d'expérience », *Les chroniques du CIRAP*, ENAP, juill. 2011, n° 11.
- CARIO (R.),** « La justice restaurative : vers un inévitable consensus », *D.* 2013, p. 1077.
- CARIO (R.) et SAYOUS (B.),** « La justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales », *AJ Pénal* 2014, p. 461.
- CARTIER (M.-E.),** « Le terrorisme dans le nouveau Code pénal français », *RSC.* 1995, p. 225.
- CASTAIGNEDE (J.),** « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999. Chron. 23 et s.

- CATELAN (N.)**, « Individualisation des peines et *ne bis in idem* : conciliation et reconstruction », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille Université, n° XXVI, 2015, p. 87.
- CHETARD (G.)**, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 65.
- CLOAREC (C.)**, « Le SPIP : seul maître d'œuvre de l'exécution des peines ? », *AJ. Pénal* 2014, p. 268.
- CONTE (Ph.)**, « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, sureffectivité... Variations pour droit pénal », *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 128.
- CORNIL (P.)**, « L'impasse de la responsabilité », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, Union belge et luxembourgeoise de Droit pénal, 1961-1962, p. 637 à 654.
- COTTINO (A.), FICHER (M.-G.)**, « Pourquoi l'inégalité devant la loi ? », *Déviance et société*, Vol. 20, n° 3, 1996, p. 199.
- COUV RAT (P.)**, « L'ajournement du prononcé de la peine, De quelques difficultés », *Chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines*, *RSC* 1985, p. 622.
- CUSSON (M.)**, « La récidive expliqués par la continuité des interactions », *RPDP* 2005, p. 285-293.
- DANET (J.) et LAVIEILLE (B.)**, « La juste peine », *Gaz. Pal.* 25 mai 2000, n° 146, doct., p. 5.
- DANET (J.)**, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Arch. po. crim.*, n°25, 2003, p. 37 à 71.
- DANET (J.)**, « De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ? », *AJ Pénal* 2004, n° 5, spéc. p. 194 et 195.
- DANET (J.), SAAS (C.)**, « Le fou et sa dangerosité, un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007, p. 779 et s.
- DANET (J.)**, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, 2008, §81 à 87.
- DANTI-JUAN (M.)**, « À propos du principe de l'égalité en droit pénal français », *RDPC* 1985, p. 227.
- DANTI-JUAN (M.)**, *L'égalité en droit pénal*, travaux de l'institut de sciences criminelles, vol. VI, 1987, Cujas, n° 19 et 52.
- DANTI-JUAN (M.)**, « Réflexion sur l'individualisation de l'exécution des peines », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 145.
- DAOUD (C.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (B.)**, « Droit pénal des mineurs : saisine directe, nouvelle « PIM » et césure du procès », *AJ Pénal* 2012, p. 320.
- DARSONVILLE (A.)**, « La réitération ou la consécration légale d'une notion hybride, à propos de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.* 2006, p. 2116.
- DASSA - LE DEIST (D.)**, « La consécration d'une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? » *Gaz. Pal.* 21 oct. 2014, n° 294, p. 5.
- DASSAT-LE DEIST (D.)**, « L'emprisonnement : peine de référence en droit pénal », *Gaz. Pal.* 26 avr. 2016, p. 92.
- DECOCQ (A.)**, « Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal », *RSC* 1976, p. 1.

- DECOCQ (A.)**, « Réforme du jury d'assises », *RSC* 1979, p. 127.
- DELACRAUSAZ (P.), GASSER (J.)**, « La place des instruments d'évaluation du risque de récidive dans la pratique de l'expertise psychiatrique pénale : l'exemple lausannois », *L'information psychiatrique*, 2012, 88, p. 442.
- DELAGE (P. -Y.)**, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 et s.
- DE LAMY (B.)**, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal), Août 2009.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « La durée de la sentence : structures et stratégies du système pénal français », *RIDC* 1983, n° spécial, p. 180.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Évolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes », *Rev. générale de droit processuel* janv.-juin 1996, p. 84.
- DEPREZ (F.)**, « Des peines minimales pour les primo-délinquants », *Gaz. Pal.* 30-31 mars 2011, p. 5.
- DETRAZ (S.)**, « Les fondements supra-législatifs de l'individualisation des peines » in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, n° XXVI, 2015, p. 25 et s.
- DETRAZ (S.)**, « La notion de peine alternative à l'emprisonnement », in *Le prononcé d'une peine d'emprisonnement*, *Gaz. Pal.* 26 avr. 2016, p. 74.
- DEVILLE (A.)**, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique en 1968 », *Droit et société* 1992, n° 22, p. 939-670.
- DHAVERNAS (M.-J.)**, « La délinquance des femmes », *Questions féministes*, 1978, n° 4, p. 55-84.
- DOZOIS (J.), LALONDE (M.), POUPART (J.)**, « La dangerosité, un dilemme sans issue ? » *Déviance et société*, 1981, 5, p. 398.
- DREYER (E.)**, « Le Conseil constitutionnel et la « matière pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *JCP G.* 11 sept. 2011, n° 37, p. 976.
- FAGET (J.)**, « La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des avertissements et des émancipations », *Champ pénal.* 2008, n° 31.
- FAUGERON (C.), RIVERO (N.)**, « Travail, famille et contrition : femmes libérées sous conditions », *Déviance et Société* 1982, vol. 6, n°2, p.111-130.
- FORGUES (E.)**, « Philosophie pénale, anthropologie du droit – Howard Zehr, La justice restaurative : pour sortir des impasses de la logique punitive », *RSC* 2014, p. 254.
- FORTIS (E.)**, « La nécessité des peines », *RSC.* 26 mai 2012, n° 1, p. 135.
- GARCON (E.)**, « QPC et notion de sanction pénale », in *La QPC en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, 2012, n° XXIII, p. 86.
- GARRAUD (A.)**, « Quelle réforme pénale pour la France en 2014 ? Analyse de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales », *RPDP.* juill.-sept. 2014, n° 3, p. 592-593.

- GIACOPELLI (M.)**, « L'extension des peines minimales aux primo délinquants : la victoire à la Pyrrhus du législateur sur le juge », *Dr. pén.* 2011, n° 6, étude 9.
- GIACOPELLI (M.)**, « Le sauvetage des peines complémentaires obligatoires par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 2011, n° 1, p. 154.
- GIACOPELLI (M.)**, *Approche critique de la courte peine d'emprisonnement*, *Dr. pén.* 2014, étude 14, n° 7.
- GIACOPELLI (M.)**, « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué », in Dossier la loi du 15 août 2014, *AJ pénal* 2014, p. 456.
- GIACOPELLI (M.)**, « La traduction du principe d'individualisation de la sanction pénale dans la loi du 15 août 2014 », *Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, LDPS et ISPEC, Aix-Marseille Université, vol. XXVI, 2016, p. 48.
- GROSCLAUDE-HARTMANN (A.)**, « Modalités et régime de la nouvelle peine : la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve », *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, n° 143, p. 22.
- HALARD (G.)** et **AUDUREAU (K.)**, « Contribution à la connaissance des jurys criminels », *RSC* 2012, p. 523.
- HERZOG-EVANS (M.)**, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ Pénal* 2012, 2, p. 75 et s.
- HERZOG-EVANS (M.)**, « Conférence de consensus : trop de droit ; pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique », *D.* 2013, p. 720.
- HERZOG-EVANS (M.)**, « Loi Taubira : derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu » : *AJ pénal* 2014, p. 458.
- JANAS (M.)**, « Les récentes mutations de la sanction », in *La justice, réformes et enjeux*, *La documentation française*, Cahiers français sept. – oct. 2006, n° 334, p. 88.
- JANAS (M.)**, **MARTIN (E.)**, « Une photographie du quotidien de l'application des peines », *AJ pénal* 2007, p. 173.
- JANAS (M.)**, « Les dispositions relatives au prononcé et à l'application des peines de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 dite loi pénitentiaire – entre aménagements de peine et libérations anticipées, de l'individualisation à l'industrialisation des aménagements de peine », *Dr. Pén.* 2010, chron. n°1.
- JEAN (J. –P.)**, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, 2006, p. 139.
- JOBARD (F.)**, **NEVANEN (S.)**, « La couleur du jugement. Discriminations dans les décisions judiciaires en matière d'infractions à agents de la force publique (1965-2005) », *Revue française de sociologie*, vol. 48, n° 2, 2007, p. 243.
- KENSEY (A.)**, **BENAOUDA (A.)**, « Les risques de récidive des sortants de prison. Une nouvelle évaluation », in *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques* mai 2011, n° 36.
- LANGUI (A.)**, « La doctrine européenne du droit pénal à l'époque moderne », *Rev. Fac. Droit*, 13, 1992, p. 75-89.
- LAPEROU (B.)**, « Fractionnement de l'amende et jours-amende », *RSC* 1999, p. 273 et s.

- LASSALE (S.)**, « La réforme pénale peut-elle se passer d'une complémentarité entre le secteur public et le secteur associatif socio-judiciaire ? », *AJ pénal* 2014, p. 272.
- LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)**, *Peines planchers : état des lieux cinq ans après*, *AJDP* n°7, p. 398.
- LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)**, « Les modifications concernant la personnalisation de la peine », *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, dossier Gazette du Palais, la réforme pénale, journée d'études sur la loi du 15 août 2014 n° 143, p. 14.
- LAUFERON (F.)**, « Les associations sont en capacité de prendre en charge les contraintes pénales », *Dalloz actualité*, 4 sept. 2013.
- LAVIELLE (B.)**, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *RSC* 1999, p. 35 et s.
- LAVIELLE (B.)**, « Le Nouveau régime des réductions de peine », *AJ pénal* 2004, p. 320.
- LAZERGES (C.)**, « La Défense sociale a 50 ans – L'actualité de la pensée de M. ANCEL », *RSC* 2005, p. 166.
- LAZERGES (C.)**, « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence », *RSC* 2011, p. 193 et s., spéc., p. 199 et s.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994. 525, p. 354-535.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la Chambre criminelle », *Dr. pén.* 2003, chron. 11.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « Le prononcé de la peine par le juge », in *Vers un nouveau procès pénal ?* SLC coll. « colloques », 2009, vol. 9, p. 201.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, « La création d'une nouvelle peine de contrainte pénale : de la conférence de consensus au droit positif », *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, n° 143, p. 20.
- LEONARD (T.)**, « Ces papiers qui font le jugement », *Champ pénal*, Vol. VII, 2010 mis en ligne le 24 sept. 2010, URL [<http://champpenal.revues.org/7879>].
- LEPAGE (A.)** et **MATSOPOULOU (H.)**, « Des peines complémentaires obligatoires déclarées conformes aux principes constitutionnels », *JCP G* 22 oct. 2010, p. 2168.
- LETURMY (L.)**, « Constitutionnalité des peines accessoires et des peines complémentaires obligatoires. Une conception à repenser du principe d'individualisation », *AJ pénal* 2011, p. 280.
- LEVASSEUR (G.)**, « De la minimisation du dossier de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », *RSC* 1961, p. 83
- MARON (A.)**, **ROBERT (J.-H.)**, **VERON (M.)**, *Droit pénal et procédure pénale*, Chron., *JCP G* 2011, 191, n° 6.
- MATSOPOULOU (H.)**, « Réforme pénale, la nouvelle peine de contrainte pénale est-elle nécessaire ? », *JCP* 28 oct. 2013, n° 44-45, doct. 1153.
- MIMHAN (A.)**, « Les nouvelles formes d'ajournement du prononcé de la peine issues de la loi du 15 août 2014 », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2014, p. 13.
- MOLFESSIS (N.)**, « Sources du droit en droit interne », *RTD civ.* juill.-sept. 1999, n°3, p. 726.

- NORD-WAGNER (M.)**, « Justice restaurative et transaction policière : un regard sur deux procédures originales issues de la loi du 15 août 2014, *Gaz. Pal.* 23 mai 2015, n° 143.
- PAPATHEODOROU (Th.)**, « La personnalisation des peines dans le nouveau Code pénal français », *RSC* 1997, p. 17.
- PARENT (C.)**, « Les conséquences d'une condamnation pénale dans le domaine du travail », *Déviante et société*, vol.6, n°3, 1982, p. 311
- PELTIER (V.)**, « L'individualisation de la peine dans les décisions liées aux questions prioritaires de constitutionnalité », *Dr. Pén.* 2011, étude 4.
- PELTIER (V.)**, « QPC et individualisation de la sanction », *Les nouveaux problèmes actuels de Sciences criminelles*, PUAM, 2012, p. 116.
- PONCELA (P.)**, « Peine et crédit. Aménagement de peine », *RSC* 2004, p. 955.
- PONCELA (P.)**, « Chronique de l'exécution des peines », *RSC* 2007, p. 350.
- PONCELA (P.)**, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », *RSC* 2014, p. 611.
- PONSEILLE (A.)**, « Prise en considération de l'état de santé de la personne suspecté ou condamné par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et à l'efficacité des sanctions pénales », *RSC* 2015, n° 4, p. 729-744.
- PRADEL (J.)**, « Le recul de la Courte peine d'emprisonnement avec la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 », *D.* 1976, chron. p. 63.
- PRADEL (J.)**, « L'individualisation de la sanction : essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal », *RSC* 1977, p. 724 et s.
- PRADEL (J.)**, « Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986 », *D.* 1987, chron. p. 5.
- PRADEL (J.)**, « La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 16 juin 2000 sur la présomption d'innocence », *D.* 2002, p. 169.
- PRADEL (J.)**, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes, commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les "peines planchers" », *D.* 2007, p. 2247.
- PRADEL (J.)**, « Le citoyen comme juge pénal. - À propos de la loi du 10 août 2011 », *JCP G*, 2011, n° 36, p. 923.
- PRADEL (J.)**, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Les réponses d'un incrédule », *D.* 2013, p. 727.
- PRADEL (J.)**, « Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 », *JCP G.* 2014, n° 38, p. 1642.
- PUECH (M.)**, « Scolies sur la faute pénale » *in Fin de la faute ? Droits* 1987/5, p. 86.
- RABUT-BONALDI (G.)**, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97
- RASSAT (M.-L.)**, « Création d'une peine dite incompressible », *RSC.1994*, chron. légis., p. 778-779.
- RENAUT (M.-H.)**, « Le port d'arme, de l'épée à la bombe lacrymogène », *RSC.* 1999, p. 519.
- ROBERT (J.-H.)**, « Le plancher et le thérapeute », *Dr. pén.* 2007, étude 20, p. 12, n° 25.
- ROBERT (J.-H.)**, « Pronostics déçus », *Dr. pén.* 2010, n° 11, com. 122.
- ROBERT (J.-H.)**, « Distinguos », *Dr. pén.* 2012, comm. 36.
- ROBERT (J.-H.)**, « Réforme pénale. Punir dehors », *Dr. pén.* 2014, étude 16, n° 8.

- ROBERT (J.-H.)**, « Casuistique autour de la déloyauté des procédures fiscales », *Dr. Pén.* févr. 2014, n° 2, p. 38-40.
- ROBERT (J. -H.)**, « La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative », *JCP G.* 2 mars 2015, n° 9, doct. 273.
- ROBERT (M.)**, « La place du parquet dans l'individualisation de la sanction en matière pénale », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, Aix-Marseille, 2015, n° XXVI, p. 54.
- ROSSI (H.)**, « De l'association du juge de l'application des peines à la juridiction de jugement », *JCP.* 1964, I, p. 1833.
- ROTMAN (E.)**, « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Recueils d'études en hommage à Marc Ancel, T2, Etudes de science pénale et de politique criminelle, Paris, Pédone, 1975, p. 164.
- ROUSSEAU (F.)**, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, n° 2, 06 août 2015, p. 257.
- SAAS (C.)**, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur de la République », *RSC.* 2004, p. 827.
- SAAS (C.)**, « Le juge « artisan de la peine » », *Cahiers de la justice*, Paris, 2010, n° 4, p. 71.
- SALVAGE (P.)**, « *Les peines de peines* », *Dr. pén.* juin 2008, n° 6, étude 9, p. 9.
- SEGONDS (M.)**, « À propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel », *D.* 2003, p. 508.
- SENON (J.-L.)**, **MANZENA (C.)**, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ Pénal.* avril 2008, p. 178.
- SORDINO (M.-C.)**, « Le principe de personnalisation de la peine à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité », *Gaz. Pal.* 2 déc. 2010, p. 19.
- SORDINO (M.-Ch.)**, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mél. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 725.
- SOTIS (C.)**, « Les principes de nécessité et de proportionnalité », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, SLC, coll. « UMR Dr. comp. », 2012, vol. 38, p. 61.
- STASIAK (F.)**, « La personnalisation en droit pénal des affaires », in *L'individualisation de la sanction en matière pénale, Les nouveaux problèmes de sciences criminelles*, Aix-Marseille, n° XXVI, p. 63 et s.
- SYR (J. -H.)**, « Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale », *RSC.* 1994, p. 217-218.
- TABERT (N.)**, « L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne », Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, *PUAM*, 2007, p. 239.
- THIERRY (J.-B.)**, « L'individualisation du droit criminel », *RSC.* 2008, p. 65 et s.
- TOURNIER (P.-V.)**, « La délinquance en France, analyse des statistiques pénales », Délit d'immigration, immigrant delinquency, Commission européenne, Cost A2, *Sciences sociales*, 1996, p. 133-162.
- TOURNIER (P.-V.)**, « Peines d'emprisonnement ou peines alternatives : quelle récidive ? », in Dossier « Récidive : quelles réponses judiciaires ? », *AJ. Pénal.* 2005, n° 9, p. 315-317.

- TURNER (J. I.)**, « Judicial Participation » *in Plea Negotiations : A Comparative View 54 (1)*, *The American Journal of Comparative Law*, pp. 199–267.
- VANHAMME (F.)**, **BEYENS (K.)**, « La recherche en *sentencing* : un survol contextualisé », *Déviante et Société*, Vol. 31, n° 2, 2007, p. 199-228.
- VAN DE KERCHOVE (M.)**, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*. 2008, p. 809.
- VERGES (E.)**, « Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position », *RSC*. 2012-1, p. 201.
- OUIN (R.)**, « L'enquête de personnalité, l'instruction préparatoire et les droits de la défense », *JCP*. 1961. I. 1633 bis.
- WALTHER (J.)**, « À justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC*. 2007, p. 23.

IV. RAPPORTS

- Cahiers de démographie pénitentiaire**, mars 2007, n° 20.
- Étude d'impact** relatif au projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines du 7 octobre 2013.
- Les chiffres clés de la justice**, éd. 2015.
- MINISTERE DE LA JUSTICE**, « Le travail d'intérêt général a 10 ans, le résultat en vaut la peine », *Études et recherches*, Paris, 1994.
- Rapport de la conférence de consensus** remis au Premier Ministre le 20 février 2013, *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*.
- BAERBIER G.**, **DEMONTES C.**, **LECERF J.-R.** et **MICHEL J.-P.**, *Rapport d'information du 5 mai 2010*, n° 434.
- BAUX (D.)** et **TIMBART (O.)**, *Les condamnations de personnes morales en 2005*, ministère de la Justice : Infostat justice n° 108, sept. 2008.
- BORVO COHEN-SEAT (N.)** et **LECERF (J. -R.)**, Rapport d'information n° 629 au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 nov. 2009, Sénat 4 juill. 2012.
- CLÉMENT (P.)**, *Rapport présenté à l'Assemblée nationale*, n° 3232, 10 déc.1996.
- CLÉMENT (P.)**, *Sur le traitement de la récidive des infractions pénales*, Rapport n°1718, juill. 2004.
- GARRAULT (J.-M.)**, *Rapport relatif au projet de loi portant réforme de la procédure criminelle*, Sénat, n° 275, 20 mars 1997.
- RAIMBOURG (D.)**, **HUYGHE (S.)**, *Rapport d'information n° 652, sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, 23 janv. 2013.
- SALVAT (X.)** et **BOCCON-GIBOD (D.)**, *Rapport sur l'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des Cours d'appel de Dijon et Toulouse*, février 2013.
- SAYOUS (B.)**, *Rapport en vue de l'expérimentation de mesures de justice restaurative en Ile-de-France au sein de l'APCARS*, 2014.

V. ARTICLES PUBLIÉS SUR INTERNET

FAGET (J.), « La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des avertissements et des émancipations », *Champ pénal/Pénal Field* [en ligne], Vol. VI 2008, mis en ligne le 22 mai 2008.

URL. [<http://champpenal.revues.org/3983>]

TZUTZUIANO (C.), « Les dernières peines accessoires à l'épreuve du Conseil constitutionnel, »

In <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN1/tzutzuianoTD1.pdf>

VI. ARTICLES DE PRESSE

« Affaire de Pornic : faille de la justice ou incompétence politique ? », *Marianne*, 22 janv. 2011, http://www.marianne.net/Affaire-de-Pornic-faille-de-la-justice-ou-incompetence-politique_a202121.html

<http://www.leparisien.fr/faits-divers/assassinat-du-petit-valentin-30-ans-de-reclusion-requis-contre-moitoiret-21-11-2013>.

<http://www.voixdelain.fr/blog/2013/11/23/affaire-du-petit-valentin-stephane-moitoiret-condamne-a-30-ans-de-reclusion/>

INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

I. Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

(Classement par ordre alphabétique)

- CEDH, 26 oct. 1984, De Cubber c/ Belgique, **568**
- CEDH, 7 juill. 1989, Soering c/Royaume-Uni, RTDH 1990.5, obs. GANSHOF VAN DER MEERSH, **239**
- CEDH, 24 août 1993, Nortier c/ Pays Bas, req. N° 13924/88 , **568**
- CEDH, 9 févr. 1995, Welch c/ Royaume-Uni, n° 307 A, **212, 221**
- CEDH, Jamil c. France, 8 juin 1995, n° 347-B, **221**
- CEDH, 8 juin 1995, Jamil c/ France, n° 317-B , **212**
- CEDH, 16 oct. 2001, Einhorn c/ France, **239**
- CEDH, 11 avril 2006, Léger c/ France, **239**
- CEDH, Ben Naceur c/ France du 03 octobre 2006, **176**
- CEDH, Gr. ch., 12 févr. 2008, Kalkaris c/ Chypre, **239**
- CEDH, 29 avr. 2008, Thomas c/ France, **261**
- CEDH, 5ème sect., Medvedyev c/ France, 10 juill. 2008, **182**
- CEDH 13 janv. 2009, Taxcquet c. Belgique, **374**
- CEDH, 5 mars 2009, SCPE et Ponson c/ France, **371**
- CEDH, 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne, n° 19359/04, **212, 227**
- CEDH, Grande Chambre, Medvedyev et autres c/ France, 29 mars 2010, **182**
- CEDH, 16 nov. 2010, n° 926/05, Taxquet c. Belgique, **374**
- CEDH, Moulin c/ France, 23 nov. 2010, § 59, **182**
- CEDH, 17 janv. 2012, Harkins et Edward c/ Royaume-Uni, **239**

II. Décisions du Conseil constitutionnel

(Classement par ordre chronologique)

- Cons. const., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC, **56**
- Cons. const., 23 juillet 1975, n°75-56 DC, **56**
- Cons. const., n° 70 DC du 2 déc. 1976, **245**
- Cons. const., 27 juill. 1978, n° 78-97 DC, **29, 59, 249**
- Cons. const., n° 80-127 DC, 19-20 janv. 1981, *Loi sécurité-liberté*, **234, 249**

Cons. const., n° 84-176 DC, 25 juillet 1984, **234**
 Cons. const., 18 nov. 1982, « quotas par sexe », n° 1982-146 DC, **58**
 Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC, **217, 228, 234, 429**
 Cons. const., déc. n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, **216**
 Cons. const., déc. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, JO du 1 août 1989, **216, 232**
 Cons. const., déc. n° 92-311 DC, 29 juill. 1992, JO du 30 juill. 1992, **216**
 Cons. const. n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, **234**
 Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, **216, 224, 234, 248, 254**
 Cons. const., déc., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC, **227, 248, 264**
 Cons. const., 29 juillet 1994, n° 94-345 DC, **231, 234**
 Cons. const., 9 avril 1996, n° 1996-375 DC, **58**
 Cons. const. n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, **234**
 Cons. const., déc. n° 97-389 DC, 22 avr. 1997, **216, 224, 234**
 Cons. const., Décision n° 97-395 DC du 30 déc. 1997, **234, 254, 262**
 Cons. const., décision n° 99-410 DC, 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, **248**
 Cons. const. n° 99-411 DC, 16 juin 1999, **234, 245**
 Cons. const., déc. n° 2000-433 DC du 22 juill. 2000, **216**
 Cons. const., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, **224, 232**
 Cons. const. 29 déc. 2003, « Loi de finances pour 2004 », n° 2003-489 DC, **58**
 Cons. const. déc., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, **224**
 Cons. const., 22 juill. 2005, n° 2005-520 DC, **2, 249**
 Cons. const., déc, n° 2005-527 DC, 8 déc. 2005, **225, 226**
 Cons. const. déc. n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, **216**
 Cons. const., 9 août 2007, n° 2007-554 DC, **2, 234, 249, 260**
 Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, **210**
 Cons. const. n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, **234**
 Cons. const., 22 oct. 2009, n° 2009-590 DC, **229**
 Cons. const., 19 nov. 2009, n° 2009-593 DC, **249**
 Cons. const., déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, **216**
 Cons. const., n° 2010-604 DC du 25 févr. 2010, **245**
 Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, **254**
 Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, **56**
 Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC, **256**
 Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC, **254, 256, 257**
 Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, **254, 256**
 Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-103 QPC, **254**

Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011-105 QPC, **254, 262**
Cons. const., 17 mars 2011, n° 2011- 106 **254, 262**
Cons. const., 25 mars 2011, n° 2011-111 QPC, **217**
Cons. const., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113 QPC, **374**
Cons. const., 1^{er} avr. 2011, déc. n° 2011-114 QPC, **219**
Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-117 QPC, **255**
Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-132 QPC, **219**
Cons. Const. n° 2011-147,08 juill. 2011, QPC, **568**
Cons. Const... n°2011-635 DC, 4 août 2011, **568**
Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-162 QPC, **254, 261**
Cons. const., 10 déc. 2011, n° 2011-625 DC, **364**
Cons. const., 27 janv. 2012, déc. n° 2011-211 QPC, **214, 215, 220, 221**
Cons. const., n° 2011-217 QPC, 3 févr. 2012, **235**
Cons. const. 3 févr. 2012, n° 2011-218 QPC, **254**
Cons. const., déc. n° 2012-225 QPC, 30 mars 2012, **216**
Cons. const., 20 juill. 2012, déc. n° 2012-267 QPC, **99, 262**
Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC, **232**
Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, **257, 258**
Cons. const., n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, **235**
Cons. const., 28 juin 2013, déc. n° 2013-329 QPC, **215, 256**
Cons. const. déc. n° 2013-332 QPC, 12 juill. 2013, **224**
Cons. const. déc. n° 2013-676 QPC, 9 oct. 2013, **223**
Cons. const., 4 déc. 2013, Déc. n° 2013-679 DC, **99, 209, 234**
Cons. const., déc, n° 2013-369 QPC, 20 févr. 2014, **223**
Cons. const., 28 févr. 2014, déc. n° 2013-369 QPC, **215**
Cons. const., 7 mars 2014, n° 2013-371 QPC, **262**
Cons. const., 27 mars 2014, déc. n° 2014-692 DC, **216**
Cons. const., déc. n° 2014-385 QPC, 28 mars 2014, **216**
Cons. const., 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC, **217, 219**
Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, **232**
Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-83.489, **232**
Cons. const., 17 sept. 2015, déc. n° 2015-481 QPC, **219**

III. Arrêts de la Cour de cassation

(Classement par ordre chronologique)

- Cass. crim., 30 mai 1829, **547**
Cass. crim., 3 mars 1859, *B.*, n° 69, **245**
Cass. crim., 13 juill. 1888, **424**
Cass. Crim., 23 août 1888, **86**
Cass. Crim., 28 août 1919, **86**
Cass., crim., 7 juill. 1923, **547**
Cass. crim., 26 mars 1931, **419**
Cass. crim., 3 mars 1933, **245**
Cass. crim., 12 juill. 1939, **547**
Cass. crim., 10 janv. 1947, **547**
Cass. Crim. 16 déc. 1948, **245**
Cass. Crim. 28 févr. 1956, **245**
Cass. crim., 1er déc. 1960, **494**
Cass. crim., 12 févr. 1963, **391**
Cass. Crim., 11 juillet 1963, *B.*, n°257, **86**
Cass. crim., 13 déc. 1956, **90**
Cass. crim., 11 oct. 1960, **371**
Cass. crim., 20 juin 1968, **414**
Cass. crim., 18 juin 1969, **73**
Cass. crim., 16 oct. 1973, **400**
Cass. crim., 21 janv. 1975, **453**
Cass. crim., 23 nov. 1976, **400**
Cass. crim. 9 févr. 1977, **370**
Cass. crim., 30 janv. 1975, **73**
Cass. crim., 5 févr. 1979, **463**
Cass. crim., 12 juin 1979, **382**
Cass. crim., 27 mai 1981, **497**
Cass. crim., 15 juill. 1981, **463**
Cass. crim., 14 juin 1983, **382**
Cass. crim., 27 mars 1984, **564**
Cass. crim., 3 oct. 1984, **382**
Cass. crim., 5 déc. 1984, **400**
Cass. crim. 16 janv. 1985, **429**
Cass. crim., 20 nov. 1985, **378**
Cass. crim., 9 janv. 1986, **73**
Cass. crim., 16 janv. 1986, **302**
Cass. crim., 18 mars 1987, **564**
Cass. crim., 31 mars 1987, **446**
Cass. crim., 12 avr. 1988, **564**

Cass. crim., 1er mars 1989, **73**
Cass. crim., 12 déc. 1989, **382**
Cass. crim., 4 janv. 1990, **400**
Cass. crim., 17 déc. 1990, **73**
Cass. crim., 28 févr. 1991, **564**
Cass. crim., 9 juill. 1991, **378**
Cass. crim., 10 mars 1992, **432**
Cass. crim., 25 févr. 1992, **382**
Cass. crim. 15 avr. 1992, **443**
Cass. crim., 5 août 1992, **73**
Cass. crim. 25 nov. 1992, **341**
Cass. crim. 9 mars 1993, **429**
Cass. crim., 14 avr. 1993, **400**
Cass. crim. 5 juill. 1993, **429**
Cass. crim. 25 mai 1994, **429**
Cass. crim., 31 mai 1994, **400**
Cass. crim., 6 déc. 1994, **468**
Cass. crim., 8 févr. 1995, **431, 433**
Cass. crim. 3 avr. 1995, **454**
Cass. crim., 17 mai 1995, **454**
Cass. crim., 22 mai 1995, **429**
Cass. crim., 5 sept. 1995, **83**
Cass. crim., 10 janv. 1996, **442**
Cass. crim., 10 avr. 1996, **425**
Cass. crim., 30 avr. 1996, **73**
Cass. crim. 30 sept. 1997, **425**
Cass. crim., 26 nov. 1997, **400**
Cass. crim. 29 janv. 1998, **433**
Cass. crim., 6 déc. 2000, **400**
Cass. crim., 28 févr. 2001, **403**
Cass. crim., 27 juin 2000, **176**
Cass. crim., 24 avr. 2001, **301**
Cass. crim. 25 sept. 2001, **301**
Cass. crim. 29 oct. 2002, n° 01-87.374, **301**
Cass. crim., 4 févr. 2004, **378**
Cass. crim. 18 février 2004, **348**
Cass. crim., 27 avr. 2004, **452**
Cass. crim., 18 mai 2004, **381**
Cass. crim., 21 sept. 2004, **73**
Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 03-87.470, **236**
Cass. crim., 18 janv. 2005, **466**
Cass. crim., 16 févr. 2005, **73**
Cass. crim. 18 févr. 2004, n° 03-84182, **53**

Cass. crim., 15 sept. 2004 , **568**
Cass. crim., 15 déc. 2004, **568**
Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 04-86.442, **67**
Cass. crim., 24 mai 2006, **453**
Cass. crim., 31 oct. 2006, n° 06-81.156, **194, 429**
Cass. crim., 24 janv. 2007, **428, 473**
Cass. crim., 4 avr. 2007, **419**
Cass. crim., 3 mai 2007, **419**
Cass. crim., 10 oct. 2007, **472**
Cass. crim., 12 déc. 2007, n° 07-80.886, **302**
Cass. crim., 21 mai 2008, **417**
Cass. crim., 3 sept. 2008, n° 07-88.502, **226, 414**
Cass. crim., 17 sept. 2008, **417**
Cass. crim., 4 févr. 2009, **472**
Cass. crim. 1^{er} avr. 2009, n° 08-84.367, **226**
Cass. crim., 8 avr. 2009, **236**
Cass. crim., 10 nov. 2010, **443**
Cass. crim., 16 nov. 2010, n° 10-81.536, **387**
Cass. crim. 11 janv. 2011, n° 10-81.781, **445**
Crim. 19 janv. 2011, n° 10-85.305, **374**
Crim. 19 janv. 2011, 10-85.159, **374**
Crim. 19 janv. 2011, 10-85.354, **374**
Cass. crim. 2 févr. 2011, n° 10- 86.109, **373**
Cass. crim. 16 févr. 2011, n° 10-83.607, **373**
Cass. crim., 23 févr. 2011, **443**
Cass. crim. 2 mars 2011, n° 09-86.687, **95**
Cass. crim., 2 mars 2011, n° 10-80.671, **95**
Cass. crim. 15 mars 2011, n° 10-82.461, **373**
Cass. crim. 16 mars 2011, n°10-84.347, **373**
Cass. crim. 22 mars 2011, n° 10- 83.366, **373**
Cass. crim. 6 avril 2011, n°10-85.457, **373**
Cass. crim., 11 mai 2011, n° 10-84.344, **302**
Cass. crim. 18 mai 2011, n° 10-81.045, **373**
Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, **322**
Cass crim. 28 sept. 2011, n° 11-82.469, **378**
Cass. crim. 14 déc. 2011, n°11-81328, **373**
Cass. crim., 17 janv. 2012, **322**
Cass. crim., 18 janv. 2012, **469**
Cass. crim., 1^{er} févr. 2012, n° 11-85.024, **400, 425**
Cass. crim., 7 mars 2012, **301**
Cass. crim., 12 avr. 2012, **427, 455**
Cass. crim., 10 mai 2012, **428**

Cass. crim., 11 juill. 2012, n° 11-88.430 QPC, **433**
Cass. crim., 9 oct. 2012, n° 12-80.412, **301**
Cass. crim. 31 oct. 2012, n° 12-82.291, **424**
Cass. crim., 9 janv. 2013, **420**
Cass. crim., 5 févr. 2013, n° 12-81155, **94**
Cass. crim. 27 février 2013, n° 11- 88.698, **373**
Cass.crim., 25 juin 2013, n° 11-88037, **94, 302**
Cass. crim., 18 sept. 2013, n° 13-81.221, **371**
Cass. crim., 23 oct. 2013, **433**
Cass. crim., 20 nov. 2013, n° 12-80.630, **371**
Cass. crim., 2 avril 2014, n° 13-80.474, **371**
Cass. crim., 12 mars 2014, n° 13-84.463, **374**
Cass. crim., 9 avr. 2014, n° 13-85.513, **374**
Cass. crim., 9 avr. 2014, n° 13-85.192, **374**
Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.955, **378**
Cass. crim., 25 juin 2014, **429**
Cass. crim., 17 juin 2014, n° 13-85.685, **378**
Cass. crim., 24 juin 2014, n° 13-84.955, **378**
Cass. crim., 16 sept. 2014, n° 13-85.526, **378**
Cass. crim., 17 sept. 2014, n° 13-87.114, **381**
Cass. crim., 9 oct. 2014, n° 13-81.782, **374**
Cass. crim., 19 nov. 2014, **414**
Cass. crim., 24 mars 2015, n° 14-84.836, **382**
Cass. crim., 25 févr. 2015, n° 14-85.300, **262**
Cass. crim., 4 mars 2015, n° 14-85.321, **374**
Cass. crim., 9 avr. 2015, n° 15-90.002, **226**
Cass. crim., 14 avr. 1015, 3 arrêts : n° 15-80.858, 15-84.473 et n° 14-80.260, **116**
Cass. crim., 15 sept. 2015, n° 14-86.135, **83**
Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-85.638, **122**
Cass. crim., 13 janv. 2016, **492**
Cass. crim., 4 mai 2016, n° 15-80.770, **373**
Cass. crim., 11 mai 2016, n° 15-82.600, **373**
Cass. crim., 11 mai 2016, n° 15-80.895, **373**
Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-84.531, **373**
Cass. crim., 11 mai 2016, n° 15-83.633, **372**
Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-84.748, **372**
Cass. crim., 19 mai 2016, n° 14-88.387, **372**
Cass. crim., 19 mai 2016, n° 15-82.047, **372**

IV. Arrêts de Cours d'appel

(Classement par ordre chronologique)

- CA Metz, 24 avr. 1983, **378**
 CA Besançon, 3 nov. 1999, **73**
 CA Paris, 31 mai 2000, **73**
 CA Aix-en-Provence, 9 mai 2001, **73**
 CA Caen, Ch. Appels corr., 28 juin 2004, **67**
 CA Grenoble, 1^{er} Ch. Corr., 4 mai 2005, **67**
 CA Toulouse, 3^e Ch. corr., 14 févr. 2007, n° 06/01368, **96**
 CA Bourges, Ch. Spéc. Mineurs, 3 mai 2007, **67**
 CA Toulouse, 3^e Ch. corr., 15 mai 2007, n° 06/01396, 07/470, **96**
 CA Toulouse, 3^e Ch. corr., 7 mai 2008, n° 08/00017, 420/08, **95**
 CA Toulouse, 3^e Ch. Corr., 18 juin 2008, n° 07/ 01417, **67**
 CA Toulouse, 3^e Ch. Corr., 17 sep. 2008, n° 08/00334, **67**
 CA Lyon, 7^{ème} Ch. corr., 16 oct 2009, n° 08/00437, **98**
 CA. Agen, Ch. corr., 25 janvier 2010, n° 09/00189 A, **95**
 CA Montpellier, 3e Ch. corr., 3 mars 2010, n° 09/02051, **95**
 CA Rennes, 21 juin 2010, n° 10/00076, **66**
 CA Montpellier, 23 juin 2010, n° 09/01729, **96**
 CA Montpellier, 3^e Ch. Corr., 24 août 2010, n° 10/01037, **67**
 CA Rennes, 3^e Ch. Corr., 27 oct.2010, n° 10/0185, **66**
 CA Caen, Ch. corr., 18 nov.2010, n° 09/01009, 10/00866, **98**
 CA Montpellier, 3^e Ch. Corr., 22 févr. 2011, n° 10/01254, **66, 67**
 CA Montpellier, 3^{ème} Ch. corr. 6 avr. 2011, n° 11/00004, **98**
 CA Rouen, Ch. corr., 13 avril 2011, n° 11/00091, **96**
 CA Caen, Ch. Corr., 24 juin 2011, n° 11/00466 et 11/00551, **66**
 CA Caen, Ch. des appels corr., 3 oct. 2011, n° 11/00608 et 11/00749, **96**
 CA Aix-en-Provence, 19^e Ch. corr., 23 nov. 2011, n° 655/J/2011, **133**
 CA Paris, pôle 5, 12^e Ch., 6 juin 2012, n° 1, 11/04745, **133**
 CA Lyon, Ch. instr., 28 févr. 2014, CA Lyon, ch. instr., 28 févr. 2014, arrêts n° 2013/01659 et 2013/01644, **429**

V. Décisions étrangères

CJCE/CJUE

CJCE 14 février 1995, *Finanzamt Kölh-Alstadt c/ R. Schumacker*, **57**

CJCE, 13 février 1996, *Gillespie*, **57**

CJCE, 30 juin 1998, *Brown c/ Rentokil Ltd*, **57**

CJCE, 6 juill. 2000, aff. C-356/67, *Molkereigenenschaft Wiedergeltingen eG*, **237, 371**

CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-6213/99, *José Teodoro de Andrade c/ Director da Alfândega de Leixôis*, **237**

CJUE, 10 avr. 2014, C-247/11 P, *Areva et a. c. Commission*, **2**

CJUE, 10 avr. 2014, C-231/11 P, *Siemens Österreich e.a. et Siemens Transmission-Distribution e.a. et c. Commission*, **2**

COUR SUPREME AMERICAINE

Washington v. Blakely, 542 U.S. 296 (2004) du 24 juin 2004, **44**

United States v. Booker, 125 S. Ct 738 (2005) du 11 janvier 2005, **44**

CANADA

R c. Nasagaluak [2010] , **40**

AUTRES

Cass. Avis, 26 janv. 2009, Bull. crim. avis n° 1 , **445**

CE., 16 juin 2004, n° 248628, *JurisData* n° 2004-067009, **378**

TAP Arras, 10 novembre 2006, **434**

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Absence de peine (v. dispense de peine)
 Ajournement du prononcé de la peine,
 Ajournement aux fins d'une consignation, 100
 a. Ajournement aux fins d'investigation, 550-555
 b. Ajournement avec injonction, 383-385
 c. Ajournement avec sursis et mise à l'épreuve, 380, 381, 382
 d. Ajournement simple, 376, 377, 379
 Amende, 120-123, 337
 Amende forfaitaire, 261
 Anticipation – de la peine prononcée, 187-198
 Arbitraire, 6-9, 36, 39, 49, 62, 64, 120, 147, 169, 364, 371, 537, 569, 574
 Avocat, 94, 163, 177, 181, 307, 311, 504, 559, 562

C

Casier judiciaire, 111, 133, 176, 276, 369, 393, 476-488, 570
 Causes d'aggravation, 69 - 76
 Causes d'atténuation, 77-82, 83- 84, 260, 363
 Césure, 534, 535, 543- 545, 549, 559, 563-564, 566
 - Conception d'Ansel, 536-538
 - Conception de Vouin, 539-541
 Circonstances de l'infraction, 1, 4, 10, 39, 49, 63, 66, 81, 97, 189, 258, 260, 294, 336, 358, 403-404
 Citation directe, 101, 172
 Classement sans suite, 170
 Code d'Hammurabi, 6
 Comparution immédiate, 132, 134, 140, 497, 498, 501, 552
 Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 181, 183, 249, 497
 Composition pénale, 179, 180, 183, 280, 300, 480
 Concours d'infractions, 350- 354
 Confusion des peines, 407-424
 Contrainte pénale,
 - Conditions d'octroi, 116 - 119
 - En droit comparé, 114 - 115
 - Critiques, 120

Contrôle judiciaire, 134, 269, 552
 Cumul des sanctions, 354

D

Dangerosité, 12, 227, 244, 349, 428, 430, 503, 506, 517
 - Évaluation, 519-521
 - Repenser l'évaluation, 522-523
 Dé-judicisation
 - Concept, 290 - 294
 - Limites, 296-300
 Détention provisoire, 132, 134, 140, 171, 269, 300, 420, 425, 464, 496-498, 552-553, 573
 Disparités (v. inégalités)
 Dispense de peine, 374
 Dossier de personnalité, 490 - 494

E

École,
 - Classique, 9-10
 - Néoclassique, 11
 - Défense sociale, 14
 - Positiviste, 12
 Efficacité, 16-18, 23-24, 203, 271-272, 275-278, 300, 341, 361, 433, 527, 564, 574, 576
 Égalité, 27, 29, 55 - 56, 64, 103, 104, 120, 323, 573
 - Conception européenne, 57
 - Relativité du principe, 58-59
 Élimination – fonction de- (v. Neutralisation)
 Emprisonnement (v. Peines privatives de liberté)
 Enquête sociale, 495-498
 - Anticipation, 500-501
 - Evolution, 502-504
 Équité, 8, 60-63
 Expertises médicales, 516-517

F

Fractionnement de la peine, 455

- Conditions, 456-458
- Effets, 459-460

G

Guideline, 41- 44

I

Individualisation de la peine,

- Judiciaire, 2-3, 4, 11, 24, 45, 48, 52, 61
- Légale, 2-3, 11, 33, 36, 39

Inégalités, 61, 62, 104, 122, 169

Instruction, 134, 171, 489-491, 495, 499, 564

Intention, 292, 296

Imprévisibilité, 162 - 163

J

Jour-amende, 97, 338, 339,

Juge de l'application des peines, 20, 119, 184-186, 194 – 196, 280, 337, 347, 381- 382, 384, 401, 448, 451, 453, 461, 465, 469, 564

Jurés, 156 - 160

- Influence (sur les -), 164- 166

Juste mesure (v. Nécessité et proportionnalité)

Justice restaurative, 301, 302

- Conditions, 304-307
- Domaine, 308-311
- Mise en œuvre, 312 - 319

L

Légalité (principe de), 3, 10, 35, 36, 39, 53, 59, 228, 249, 331, 355

Liberté (du juge), 176, 254, 260, 261, 333, 350

- Encadrement, 355, 356, 360, 366

M

Médiation pénale, 309, 318

Mesure de sûreté,

- Rétention de sûreté, 227, 300, 348-349, 364, 506, 518
- Surveillance de sûreté, 348
- Surveillance judiciaire, 20, 226, 300

Méthodes actuarielles, 524-527

- Nouveaux outils, 528-529

- Limites (-des nouveaux outils), 530 - 531

Mobile, 20, 72, 122, 262, 293, 297, 509, 516

Motivation, 366- 371, 377, 429, 559, 574

N

Nécessité des peines, 229, 232, 234-235, 246, 248-249

Neutralisation, 7, 13, 114, 283

Non bis in idem, 232

O

Opinion publique, 156, 163, 198, 298, 310, 519, 573

Opportunité des poursuites, 169

Ordonnance pénale, 101

Ordre public, 52, 170, 300, 318, 323, 466

P

Parquet (rôle du), 169, 176, 178

- Nouveau rôle, 179, 182-183

Peines,

- Accessoires, 249, 254, 257, 258, 321
- Alternatives, 110, 125, 126 - 128
- Complémentaires, 110-111, 220, 255, 344-346
- Complémentaires obligatoires, 256-257, 258
- Correctionnelles, 370
- Criminelles, 336, 349
- De substitution (v. peines alternatives)
- Fixes, 6, 8, 33-37, 38 - 44
- Indéterminées, 6
- Justes, 50
- Minimales, 359-360
- Plancher, 260, 261, 354
- Principales, 108-109, 255
- Privatives de liberté, 108, 178, 181, 239, 248, 262, 336, 341, 363, 409
- Utiles, 9, 13, 14, 23, 25, 203, 205, 208-209, 490

Périodes de sûreté, 219, 420

- Définition, 425
- Conditions, 427, 428-430
- Conséquences, 431-432

Permission de sortir, 196

Personnalité (du délinquant), 33, 45, 50, 95, 189, 260, 283, 336, 363, 369, 473-474, 490-494

Personne morale, 68, 99, 144-147, 234, 245, 340, 390, 473, 554

Placement à l'extérieur, 185, 189, 194, 271, 404, 431, 466

Placement sous surveillance électronique, 20, 185, 189, 269, 300, 467 - 469

Pouvoir discrétionnaire, 122, 147, 371

Préjudice, 67, 68, 120, 180, 204, 207, 302, 318, 319

Proportionnalité, 209, 223, 225- 227

- Signification, 231-232
- Contrôle en droit interne, 234-236
- Contrôle en droit externe, 237-240
- Proportionnalité subjective, 243-252

Q

Qualité du juge, 151-153, 154-155

Qualité des jurés, 158, 159, 160, 162, 163

Quantum de la peine, 3, 41, 336, 350, 360, 403

R

Réadaptation (v. Réinsertion)

Récidive, 76, 81, 86, 133, 197, 256, 260, 352, 354, 360, 368, 389-390, 393, 421, 428, 446-447, 458, 464

Réclusion criminelle (v. Peines privatives de liberté)

Réduction de peine, 193-196, 197, 361, 419, 432, 464

Réinsertion, 4, 13, 14, 261, 265-266, 472

- Échec (de la réinsertion), 270, 278-280
- Mesures de resocialisation, 267-269

Réhabilitation, 386

- Définition, 387

- Conditions, 388-390, 391 - 392

- Effets, 393

Relèvement,

- Conditions, 396-397, 398-399

- Effets, 400-401

Repenti, 84, 365

Resocialisation (v. Réinsertion)

Responsabilisation, 285-287

Rétribution, 207 - 208

S

Sanctions administratives, 147, 216

Semi-liberté, 463-465

Suivi socio-judiciaire, 280, 347, 393, 409, 441, 482

Sursis,

- Avec mise à l'épreuve, 445-447, 448-451
- Avec travail d'intérêt général, 452- 454
- Simple, 436-439, 440-442

T

Talion (loi du-), 6

Travail d'intérêt général, 127, 128, 139, 143, 185, 269, 309 – 310, 339 – 340, 359, 438

Traitement du délinquant, 294

Trouble mental, 83, 91, 364

V

Victime, 67, 161, 170, 177, 198, 204, 206, 301, 302, 306 - 307, 309, 310, 311, 319, 555

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	8
Partie 1. Le principe d'individualisation, un principe tourné vers l'efficacité de la sanction.	23
Titre 1. Le principe d'individualisation, garantie d'une peine juste.....	24
Chapitre 1. Une compatibilité certaine avec l'égalité.....	26
Section 1 Les différents modèles d'individualisation comparés à l'égalité	27
§ 1. L'individualisation légale et l'égalité	27
A. Le système des peines fixes	28
1. Une détermination objective de la peine	28
2. Une détermination légale de la peine	29
B. L'application du système des peines fixes	31
1. Une application contestée.....	31
2. Une application limitée	33
§2. L'individualisation judiciaire	36
A. Un système de peines adaptables	36
1. Une détermination circonstanciée	36
2. Une individualisation judiciaire	39
B. Un système compatible avec le principe d'égalité.	40
1. La consécration du principe d'égalité	41
2. Une égalité empreinte d'équité.....	43
Section 2. Le modèle mixte français	46
§ 1. Une détermination de la peine encadrée par la loi	47
A. La prise en compte de la commission d'une infraction.....	47
B. La prise en compte des causes d'aggravation ou d'atténuation de la peine .	48
1. Les causes légales d'aggravation de la peine	48
a. Les causes d'aggravations spéciales.....	49
b. Les causes d'aggravations générales.....	51
2. Les causes légales d'exemption ou d'atténuation de la peine	52
a. La minorité	52
b. Le trouble psychique ayant altéré le discernement	54
c. Le repentir.....	55
3. L'interaction entre les différentes causes objectives de modulation de la sanction.....	56

§2. Une détermination de la peine réalisée par le juge.....	57
A. Les critères subjectifs généraux.....	58
1. L'élément psychologique de l'infraction	58
2. Les autres éléments du « parcours de vie »	59
B. Les critères subjectifs particuliers	61
1. Les ressources et les charges	62
2. L'information concernant les ressources et les charges	63
Conclusion du chapitre 1.....	65
Chapitre 2. Une incompatibilité potentielle avec l'égalité	66
Section 1. Des disparités attribuables aux juges	67
§1. Des disparités dans le choix des peines.....	67
A. Des disparités volontaires.....	67
1. La place prépondérante de la peine d'emprisonnement.	68
a. Une influence étrangère.....	70
b. Une forte influence.....	71
2. L'instauration récente d'une mesure de contrainte pénale.....	72
B. Des disparités involontaires.....	76
1. Les peines pécuniaires.....	76
2. Les peines alternatives.....	77
a. La reconnaissance des peines alternatives à l'emprisonnement.....	78
b. Des contraintes propres aux peines alternatives.....	79
§2. Des disparités liées à l'appréciation des critères de choix.....	80
A. Une appréciation standardisée.....	80
1. L'importance du passé pénal.....	80
2. L'importance du pré-jugement.....	82
B. Une appréciation discriminante.....	84
1. À l'égard des personnes physiques.....	84
a. L'insertion professionnelle de l'auteur d'une infraction.....	84
b. L'influence de la domiciliation.....	85
c. L'importance tempérée de l'âge et du genre.....	86
2. À l'égard des personnes morales.....	87
Section 2. Des disparités attribuables à l'institution judiciaire	89
§1. Des disparités institutionnelles lors du jugement.....	90
A. L'attitude des juges professionnels.....	90
1. Des facteurs institutionnels de disparité.....	90
2. Des facteurs personnels de disparité.....	91

B.	Les juges citoyens.	92
1.	Des disparités liées au recrutement.	92
a.	Des aptitudes différentes.	92
b.	Des conceptions de la peine différentes.	94
2.	Des disparités lors de la détermination des peines.	95
a.	Une décision imprévisible.	95
b.	Une décision influencée.	97
§2.	Des disparités institutionnelles entourant le jugement.	98
A.	L'influence de la phase pré-sententielle.	99
1.	Une influence indirecte par l'orientation du dossier de procédure.	99
2.	Une influence directe sur la peine.	102
a.	Le rôle traditionnel du ministère public sur la peine.	102
b.	Le nouveau rôle du ministère public sur la peine.	104
B.	L'influence de la phase post-sententielle.	107
1.	Une remise en cause de la peine prononcée.	108
2.	L'anticipation de cette remise en cause.	110
a.	Anticiper l'aménagement de la sanction.	110
b.	Anticiper la réduction de la sanction.	112
α.	L'impact de la réduction de la sanction prononcée.	112
β.	Une sévérité accrue lors du prononcé de la sanction.	114
	Conclusion du chapitre 2.	115
	Conclusion du Titre 1.	115
Titre 2.	Le principe d'individualisation, garantie d'une peine utile	116
Chapitre 1.	L'individualisation, utile à la répression	118
	Section 1. Une répression protéiforme	121
§1.	La détermination des mesures ayant le caractère d'une punition	121
A.	Les critères insuffisants à l'identification d'une sanction pénale.	122
1.	L'insuffisance des critères traditionnels de la peine	122
2.	L'insuffisance d'un critère : l'origine de la mesure	123
B.	Les critères retenus pour l'identification d'une sanction pénale	124
1.	L'exclusion des mesures purement réparatrices	124
2.	L'exclusion des mesures purement moralisatrices	125
§2.	L'identification des mesures n'ayant pas le caractère d'une punition	127
A.	La certitude des mesures exclues	127
B.	L'incertitude des mesures exclues	129

Section 2. Une répression proportionnée	131
§ 1. Le déclin de la proportionnalité objective	132
A. Le sens de la proportionnalité objective	132
1. La signification du principe de proportionnalité à l'égard du législateur	132
2. La signification du principe de proportionnalité à l'égard du juge	133
B. Le contrôle restreint de la proportionnalité objective	134
1. Le contrôle <i>a minima</i> en droit interne.	134
2. Le contrôle adouci en droit externe.	137
§ 2. L'émergence d'une proportionnalité subjective	139
A. Les sources de cette subjectivisation	140
1. Une origine doctrinale	140
a. Des origines théoriques.	140
b. Un lien avec le principe de la responsabilité pénale personnelle.	141
2. Une origine prétorienne	143
a. Le principe d'individualisation déduit du principe de nécessité.	143
b. L'autonomisation du principe d'individualisation par rapport au principe de nécessité.	144
B. Les effets de la subjectivisation	147
1. La nécessité de protéger le pouvoir d'individualisation du juge.	147
a. Une peine prononcée	147
b. Une peine modulée	149
2. La faculté de restreindre le pouvoir d'individualisation du juge.	153
a. Une limitation en matière pénale	153
b. Une limitation en matière extra-pénale	155
Conclusion du chapitre 1.	157
Chapitre 2. L'individualisation, utile à la resocialisation	158
Section 1. Développer une nouvelle conception de la resocialisation	159
§1. L'insuffisance de la conception traditionnelle de la resocialisation.	159
A. Une mesure de traitement social.	160
1. Le principe de la resocialisation	160
2. Le développement des mesures resocialisantes	162
B. Une conception de la peine remise en cause	163
1. La persistance de la récidive	164
a. Le taux de récidive comme signe d'inefficacité	164
b. Les raisons de cette inefficacité	167
2. Des confusions concernant les mesures de traitement social	170

§ 2. De la resocialisation à la responsabilisation.....	172
A. L'individualisation comme point de départ.....	172
B. <i>La responsabilisation comme finalité</i>	174
Section 2. La mise en œuvre limitée d'une nouvelle conception de la resocialisation	175
§1. La dé- juridicisation : une alternative restreinte	175
A. Le concept de dé- juridicisation du droit pénal	176
1. L'intérêt de la dé-juridicisation	176
2. Les finalités de la dé- juridicisation	176
B. Les limites de la dé-judiciarisation du droit pénal	178
1. L'importance des fictions juridiques.....	178
2. La judiciarisation importante du droit pénal	180
§ 2. La justice restaurative : une alternative plus rationnelle	182
A. Les modalités du recours à la justice restaurative	184
1. Les conditions du recours à une mesure de justice restaurative.....	185
2. Le domaine du recours à une mesure de justice restaurative	186
B. La mise en œuvre limitée de la justice restaurative.....	190
1. La difficile identification des intervenants à la mesure de justice restaurative	190
a. Les tiers participant à la mesure	190
b. Les autorités de contrôle de la mesure	191
2. Le problème de l'articulation des mesures de justice restaurative avec la voie pénale classique	192
a. L'articulation de la mesure avec l'action publique.....	192
b. L'articulation avec l'action civile.....	193
Conclusion du chapitre 2.....	194
Conclusion du Titre 2.....	194
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	196
Partie 2. Le principe d'individualisation, une mise en œuvre garantissant partiellement l'efficacité de la sanction.....	198
Titre 1. L'efficacité atteinte par une détermination libre de la peine	199
Chapitre 1. La libre détermination de la peine	200
Section 1. Le choix de prononcer une sanction.....	200
§1. Une liberté accrue.....	200
A. La détermination libre de la nature de la sanction pénale	200

1.	Le choix d'une peine	201
a.	Le choix d'une peine encourue	201
b.	Le choix d'une peine de substitution	204
2.	Le choix d'une mesure complémentaire	207
a.	Le choix d'une peine complémentaire	207
b.	Le choix d'une mesure de sûreté	210
B.	La détermination libre du quantum de la sanction pénale.....	212
1.	L'hypothèse du concours réel d'infractions	212
a.	En cas d'unité de poursuite	213
b.	En cas de poursuites dissociées	214
2.	L'hypothèse de la réitération d'infractions	215
§2.	Une liberté encadrée	216
A.	Une liberté limitée dans le principe de la détermination de la sanction pénale 216	
1.	Une sévérité forcée	217
a.	Les peines obligatoires.....	217
b.	Les peines minimales.....	218
2.	L'indulgence forcée du juge.....	220
a.	L'indulgence résultant d'un élément inhérent au délinquant.....	220
b.	L'indulgence résultant de l'action du délinquant.....	221
B.	Une liberté limitée dans l'exercice de la détermination de la sanction pénale 222	
1.	Une absence de motivation contestable	223
2.	Une évolution nécessaire.....	224
	 Section 2. Le choix de ne pas prononcer de sanction.....	228
§1.	L'absence de peine lors de son prononcé	228
A.	La dispense de peine	228
B.	L'ajournement de la peine.....	230
1.	L'ajournement simple	230
2.	Les ajournements perfectionnés	232
a.	L'ajournement avec mise à l'épreuve	232
b.	L'ajournement avec injonction	233
§2.	L'effacement de la peine après son prononcé	235
A.	L'effacement de la peine avec effacement de la condamnation : la réhabilitation.....	235
1.	Les conditions de la réhabilitation	235
a.	Les conditions de la réhabilitation légale	236

b. Les conditions de la réhabilitation judiciaire.....	237
2. Les effets de la réhabilitation	238
B. L'effacement de la peine sans effacement de la condamnation : le relèvement	239
1. Les conditions du relèvement.....	239
a. Les conditions de fond	239
b. Les conditions de forme	240
2. Les modalités et les effets du relèvement.....	241
Conclusion du chapitre 1.....	242
Chapitre 2. La détermination libre des modalités d'exécution de la peine prononcée	243
Section 1. La détermination des modalités temporelles de la peine.....	243
§ 1. Une influence directe par la confusion de peines	244
A. Les conditions de la confusion de peines	244
1. Les conditions générales	244
2. Les conditions spécifiques	246
a. Les conditions particulières de la confusion de plein droit	246
b. Les conditions particulières de la confusion facultative.....	247
B. Les effets de la confusion de peines	248
1. Les effets de la confusion sur l'existence de la peine	248
a. La création d'une peine unique.....	248
b. Le maintien des peines confondues	249
2. Les effets de la confusion sur l'exécution des peines	250
a. Les effets sur la peine absorbée	250
b. Les effets sur la peine absorbante.....	251
§ 2. Une influence indirecte par la période de sûreté	252
A. Les conditions du prononcé de la période de sûreté.....	253
1. La période de sûreté facultative	253
2. La période de sûreté obligatoire	254
B. Les conséquences de la période de sûreté	256
Section 2. La détermination des modalités matérielles de la peine.....	257
§ 1 Les modalités suspendant l'exécution de la peine.....	257
A. Le sursis simple	258
1. Les conditions d'octroi.....	258
2. Un régime à assouplir.....	260
B. Les sursis assortis de conditions.....	262

1.	Le sursis avec mise à l'épreuve	262
a.	Les conditions d'octroi	262
b.	Le régime applicable	263
2.	Le sursis assorti d'un travail d'intérêt général	265
§ 2.	Les modalités modifiant l'exécution de la peine	267
A.	L'échelonnement de la peine.....	267
1.	Les conditions du fractionnement de la peine	267
2.	Les effets du fractionnement de la peine.....	268
B.	La transformation de la peine	269
1.	La semi-liberté.....	270
2.	Le placement à l'extérieur.....	271
3.	Le placement sous surveillance électronique	272
	Conclusion du chapitre 2.....	274
	Conclusion du titre 1.	274

Titre 2. L'efficacité à perfectionner par une meilleure connaissance du délinquant 275

Chapitre 1. Améliorer la connaissance du délinquant 276

Section 1.	La connaissance de l'état général du délinquant	277
§ 1.	Les outils traditionnels d'information	277
A.	Le casier judiciaire, un outil fondamental pour l'individualisation de la peine 277	
1.	Le contenu des informations inscrites au casier judiciaire.....	278
a.	Le casier judiciaire des personnes physiques	278
b.	Le casier judiciaire des personnes morales.....	280
2.	L'accès au casier judiciaire	280
B.	L'enquête de personnalité, un outil insuffisamment développé pour l'individualisation de la peine.	281
1.	Le dossier de personnalité	281
2.	L'enquête sociale rapide.....	283
§ 2.	Des outils traditionnels à perfectionner	285
A.	Une anticipation souhaitable	285
B.	Une évolution nécessaire.....	286
Section 2.	La connaissance de l'état spécifique du délinquant	287
§ 1.	L'essor de l'expertise scientifique.....	288
A.	La nécessité d'un examen scientifique du délinquant	288

1.	Les principes fondamentaux de l'expertise scientifique	289
2.	Les différents types d'examens scientifiques.....	290
B.	La généralisation de l'examen scientifique du délinquant	291
§2.	L'expertise médicale confrontée à de nouveaux enjeux.....	292
A.	La difficile évaluation de la dangerosité	293
B.	La nécessité de repenser les outils d'évaluation de la dangerosité	294
1.	Le besoin de nouveaux outils d'évaluation structurés	295
2.	Les limites de ces nouveaux outils d'évaluation	298
	Conclusion du chapitre 1.....	299
Chapitre 2.	Repenser l'architecture du procès pénal	300
Section1.	L'apparition progressive de la césure du procès pénal	300
§1.	La césure proposée du procès pénal	301
A.	Une dissociation possible entre la responsabilité pénale et la détermination de la peine.....	301
B.	Une dissociation plus pertinente entre la matérialité de l'infraction et l'imputabilité	303
§2.	L'ajournement adopté du procès pénal.....	305
A.	L'espoir d'une césure par l'ajournement de peine	305
B.	Les attentes déçues	307
Section 2.	La généralisation limitée de la césure du procès pénal	308
§1.	Le rapprochement de l'ajournement avec la césure	309
A.	La création de l'ajournement aux fins d'investigation.....	309
1.	L'objectif de l'ajournement aux fins d'investigations	309
2.	Le régime de l'ajournement aux fins d'investigation.....	310
B.	Une création aux effets limités.....	312
§2.	Parachever le rapprochement entrepris	313
A.	Une évolution sur le plan procédural	313
B.	Une évolution de l'organisation judiciaire	315
	Conclusion du Chapitre 2.....	319
	Conclusion du Titre 2.....	319
	CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	321
	CONCLUSION GÉNÉRALE	323
	BIBLIOGRAPHIE	327
	INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITÉE.....	343

Étude du principe d'individualisation en matière pénale

Le principe d'individualisation de la sanction pénale constitue, aujourd'hui, la pierre angulaire du droit pénal et de la procédure pénale française. Toutefois, un courant de pensée contemporain issu du mouvement américain *Law and Economics* a émergé progressivement en France. Celui-ci serait le seul à pouvoir apporter une réponse pertinente aux questions juridiques contemporaines, en se fondant sur le pragmatisme et l'efficacité. Cette logique a d'abord investi la procédure pénale, mais le droit de la peine n'y échappe pas. L'efficacité d'une mesure renvoie à un objectif atteint, c'est-à-dire l'absence de réitération d'infractions. Alors, comment l'individualisation de la peine peut-elle permettre d'accroître l'efficacité de la sanction pénale ? En effet, celle-ci doit permettre de rendre la peine équitable pour lui donner du sens. Ainsi, les différents législateurs n'ont eu de cesse de diversifier les mesures pouvant être prononcées par le juge, afin d'accompagner les délinquants et de les ramener à la vie collective. La doctrine considère qu'une peine est plus efficace lorsque le délinquant participe à la mesure ; il est donc possible d'en développer de nouvelles, qui permettront de responsabiliser le délinquant, en s'inspirant des mesures de justice restaurative, et en modifiant le prononcé de la peine. La césure du procès pénal permettrait ainsi de se diriger vers une peine juste, équitable et à la fois individualisée.

Study of the principle of individualization in criminal matters

The principle of individualization of the punishment establishes, today, the cornerstone of the criminal law and the French criminal procedure. However, a contemporary current of thought from the American movement *Law and Economics* emerged gradually in France. This current would be the only one able to bring a relevant answer to the contemporary legal issues, basing itself on pragmatism and efficiency. This logic first invested the criminal procedure but the right of the punishment doesn't escape it. The efficiency of a measure sends back to a reached objective, that is the absence of repetitive offenses. Then, how the sentencing according to the characteristics of the offender can allow to increase the efficiency of the punishment? Indeed, it shall allow the punishment to be fair and to give it meaning. For that purpose, the various legislators never stopped diversifying the measures which can be rendered by the judge to accompany offenders and bring them back in community life. This doctrine considers that a punishment is more effective when the offender takes part in the measure. It is therefore possible to develop new measures allowing to give offenders responsibilities, taking inspiration in measures of restorative justice, and to modify the render of the punishment. The *césure* of the penal trial would allow to head for a just punishment, fair and personalized.

Mots clés : Individualisation de la peine, efficacité, peine juste et utile, resocialisation, responsabilisation, examen scientifique du délinquant, césure du procès pénal.

Key words : Individualization of the punishment, efficiency, just and useful punishment, resocialization, accountability, scientific examination of the offender, *césure* of the penal trial.