

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME

**Avis sur le projet de loi relatif à la prévention
de la récidive et à l'individualisation des peines**

(Assemblée plénière – 27 mars 2014)

1. L'année 2013 a été marquée, en politique criminelle, par la remise de recommandations fortes pour lutter contre la surpopulation carcérale et pour prévenir la récidive, prônant un changement de cap voire une rupture radicale dans la représentation des peines en milieu ouvert, par une réponse différente à la question « *Pourquoi punir dehors ?* »¹. Ainsi, faut-il continuer à penser le milieu ouvert par rapport à la prison et plus précisément à son inefficacité ? Ou faut-il aller au-delà et envisager également le milieu ouvert par rapport au droit à la liberté ? Cette seconde perspective invite à penser le milieu ouvert en rappelant que toute restriction aux droits de l'homme, qui n'est pas strictement nécessaire, doit être exclue². En supprimant toute référence à la prison, elle permet d'écarter définitivement l'idée fautive, trop souvent véhiculée par les détracteurs d'un « soit disant angélisme pénal »³, selon laquelle les peines ou mesures exécutées en milieu ouvert sont des faveurs. La réalité est tout autre : les suivis longs et stricts sont extrêmement contraignants et ressentis comme tels par les condamnés⁴, à tel point que certains évoquent à ce sujet la « *douleur de la probation* »⁵.
2. C'est dans ce contexte que la garde des Sceaux a, le 9 octobre 2013, présenté un projet de loi en conseil des ministres. Par lettre du lendemain, elle a saisi la CNCDH en vue de l'examen de ce texte, qui est, comme l'indique son titre, « *relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines* ». L'exposé des motifs commence au demeurant par rappeler que « *le Gouvernement a fait de la prévention de la récidive une des priorités de sa politique pénale et entend par la présente réforme renforcer la sécurité des français* ». A première vue, le nouveau texte semble s'inscrire dans une « *litanie* » de réformes relatives au traitement de la récidive qui se succèdent depuis 2005. Une loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a marqué un changement radical de cap en matière de récidive en introduisant subrepticement la notion de dangerosité⁶. Débute l'ère d'une politique criminelle gouvernementale et législative de durcissement des peines et de renaissance des mesures de sûreté fondée sur la dangerosité plus que sur la culpabilité.

¹ Pour des pistes de réflexion, voir le n° 35 des Archives de politique criminelle (Pédone 2013) sous le titre « *Punir dehors* ».

² G. Giudicelli-Delage, *Synthèse du colloque de présentation du numéro 35 des Archives de politique criminelle*, décembre 2013.

³ Voir notamment A. Laurent, *En finir avec l'angélisme pénal*, Les belles lettres, Paris 2013.

⁴ Voir CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II. Les alternatives à la détention*, Paris 2007, p. 124. Sur la surveillance électronique mobile, voir C. Lazerges, *L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM)*, RSC 2006, p. 183.

⁵ I. Dumescu, *Pains of Probation : Effective Practice and Human Rights*, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, vol. 20 (2010), p. 11 et s.

⁶ Voir G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF coll. Les voies du droit, Paris 2011.

Cette politique criminelle est confuse, complexe, brouillonne, et bégayante ; elle est caractérisée par une série de lois (six en cinq ans)⁷ censées répondre à l'émotion causée par des faits divers dramatiques. Elle est l'expression d'une « fuite en avant » à des fins démagogiques⁸. La procédure d'urgence, qualifiée depuis la réforme constitutionnelle de 2008 de procédure accélérée, est systématiquement utilisée.

3. La CNCDH s'est inquiétée de l'utilisation excessive de cette procédure qui restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique, et nuit par ricochet à la qualité de la loi⁹. Elle ne peut que se réjouir de l'absence d'engagement par le Gouvernement d'une procédure accélérée dans le cadre de la présente réforme pénale, qui porte sur des sujets touchant aux libertés et droits fondamentaux. La CNCDH relève en outre qu'un débat parlementaire a eu lieu en amont de la rédaction du projet de loi, puisqu'une mission d'information de l'Assemblée nationale, présidée par Dominique Raimbourg et Sébastien Huyghe, a remis son rapport le 23 janvier 2013. L'objet premier de cette mission parlementaire était de réfléchir aux moyens d'en finir avec la surpopulation pénale ; la conclusion du rapport est résumée dans le titre choisi pour le rapport : « *Penser la peine autrement* » avec, à l'appui, 76 propositions¹⁰.
4. La CNCDH a par ailleurs fermement soutenu « *l'importance d'une politique pénale cohérente, stable et lisible, dont la qualité ne se mesure pas à son degré de réactivité aux faits divers ou aux circonstances du moment* »¹¹. La méthode retenue dans le cadre de la préparation du projet de loi a eu pour ambition de rompre avec la précipitation et l'absence de réflexion de fond qui caractérisait les réformes antérieures intervenues en la matière, ce que la CNCDH ne peut que saluer. Une conférence de consensus sur la prévention de la récidive, à l'initiative de la garde des Sceaux, s'est déroulée du mois de septembre 2012 au mois de février 2013. Cette méthode de travail était liée au souci de permettre d'aborder publiquement et en toute sérénité un sujet traité depuis dix ans dans l'émotion, par un flot de lois successives dont le message politique se limitait à un discours sur la dangerosité et au durcissement des peines. L'ambition de la conférence de consensus à l'inverse fut de favoriser un dialogue constructif avec toutes les composantes de la société pour éclairer durablement les politiques publiques à venir¹².
5. L'originalité de la méthode mérite d'y revenir. Un comité d'organisation de la conférence de consensus, présidé par Nicole Maestracci, a été installé par la ministre de la justice le 18 septembre 2012. Pendant cinq mois le comité d'organisation de la conférence de consensus, composé de 25 personnes, chercheurs et universitaires français et étrangers, élus locaux, représentants d'associations et professionnels judiciaires et pénitentiaires, a procédé à près de 60 auditions, dont celle de la CNCDH, et a reçu près de 150 contributions. Ces auditions et contributions d'experts ont permis de constituer un fonds remarquable de données sur la récidive et au-delà sur des propositions et des expériences de terrain de prévention de la récidive.
6. Les 14 et 15 février 2013 s'est tenue la conférence de consensus proprement dite sous la présidence de Françoise Tulkens¹³ au cours de laquelle 27 experts nouveaux, non entendus par le comité

⁷ Voir la Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental ; Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 relative à la récidive criminelle ; Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ; Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs ; Loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines.

⁸ Voir C. Lazerges, *Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive*, RSC 2012, p. 274 et s. Sur la situation au Canada, voir J.-C. Hébert, *L'option sécuritaire : une carte politique canadienne*, in : J. Boulad-Ayoub, M. Antaki et P. Robert (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, PUL, Laval (Canada) 2013, p. 213.

⁹ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*.

¹⁰ D. Raimbourg et S. Huyghe, *Rapport d'information n° 652 sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale*, Assemblée nationale 2013.

¹¹ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*.

¹² Cette méthode a fait l'objet de critiques assez sévères et peu justifiées : M. Herzog-Evans, *Conférence de consensus : trop de droit et pas assez d'envergure institutionnelle et scientifique*, Rec. Dalloz 2013, p. 720.

¹³ Françoise Tulkens, Professeur à l'Université de Louvain la Neuve (Belgique), fut ensuite juge puis vice-Présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

d'organisation, ont été auditionnés devant un public de près de 2 000 personnes. Le caractère public de ces deux journées d'auditions, assorties de dialogues avec les membres du jury, doit être salué. Le jury s'est ensuite retiré pour délibérer avant que douze recommandations ne soient remises à la garde des Sceaux et rendues publiques le 20 février 2013¹⁴. Elles reposent sur un principe novateur, selon lequel une politique criminelle cohérente doit s'attacher à définir un système de sanctions efficaces¹⁵. Le jury a « dès lors été amené à questionner l'efficacité de la peine de prison. Il considère qu'elle ne doit plus être la référence unique de l'échelle des peines, parce qu'il est apparu qu'elle ne garantit en l'état, que peu ou pas le non renouvellement d'actes délinquants et qu'elle n'offre à la société qu'une sécurité provisoire »¹⁶.

7. Après avoir été auditionnée par le comité d'organisation de la conférence de consensus, la CNCDH a souhaité, à sa propre initiative, présenter elle aussi des recommandations dans un avis du 21 février 2013 soutenant une approche globale pour la lutte contre la récidive¹⁷. Avant d'être saisie du présent projet de loi, elle a donc déjà eu l'occasion de se prononcer sur ces problématiques.
8. Si l'on choisit de définir le consensus, qui suppose un pluralisme authentiquement vécu¹⁸, comme un accord de la société sur des objets précis (tel notamment la prévention de la récidive), les conclusions des travaux ayant précédé l'élaboration du projet de loi, particulièrement collectifs dans leur élaboration, permettent de parler de consensus sur le changement de cap qu'impose la prévention de la récidive, ce consensus n'excluant pas que des questions demeurent en débat au point de parler à leur propos de dissensus¹⁹.
9. L'économie générale du projet de loi montre que le Gouvernement, prenant ses distances avec les conclusions de la conférence de consensus, a manqué l'occasion d'engager une réforme d'envergure traduisant une vision politique d'ensemble, alors même que la longue préparation du texte lui avait donné « l'humus scientifique » pour justifier un changement radical de politique criminelle. La CNCDH ne peut, une fois de plus, que rappeler combien la complexification du droit s'explique par l'absence de réflexion d'ensemble et l'extrême segmentation des sujets traités nuisant à la cohérence de la matière pénale²⁰. Elle aurait donc souhaité fortement que le présent projet de loi traite, entre autres, également des longues peines et de leur aménagement, de la suppression du tribunal correctionnel pour mineurs et du réaménagement du régime des sanctions applicables aux mineurs, sans attendre la réforme annoncée de l'ordonnance du 2 février 1945.
10. La CNCDH regrette également très vivement le maintien dans le projet de loi de la rétention de sûreté, « peine après la peine » fondée sur la notion floue de dangerosité²¹. Elle ne peut que réitérer sa ferme opposition à cette mesure qui rompt le lien de causalité entre la commission prouvée d'une infraction et la privation de liberté²². Priver une personne de sa liberté pour une durée potentiellement illimitée à partir d'un diagnostic de dangerosité et d'un pronostic de récidive, par définition incertains, est de nature à violer les articles 3 et 7 de la CESDH²³. Dans ce sens, le Comité contre la torture des Nations-unies²⁴ a demandé à la France d'abroger la rétention de sûreté qui est en violation flagrante avec le principe fondamental de la légalité en droit pénal, en raison de l'absence d'éléments matériels objectivement définissables et prévisibles et de l'absence de lien causal entre l'infraction et la sanction en jeu. Cette

¹⁴ Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre. Paris, le 20 février 2013, <http://conference-consensus.justice.gouv.fr>.

¹⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁷ CNCDH 21 février 2013, *Avis sur la prévention de la récidive*.

¹⁸ J. Delors, *Le consensus en France*, Pouvoirs, n° 5 p. 42.

¹⁹ Voir C. Lazerges, *Du consensus sur la prévention de la récidive*, RSC 2013, p. 191.

²⁰ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*.

²¹ Rapport du jury de consensus, *op. cit.*, p. 29. Voir également, G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.*

²² CNCDH 7 février 2008, *Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental*.

²³ Voir dans ce sens R. Parizot, *CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in : G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 97 et s.

²⁴ Comité contre la torture, 44^{ème} session, 26 avril-14 mai 2010, *Observations finales*.

mesure, qui n'est dotée d'aucune limite temporelle, est également de nature à soulever des questions au titre de l'article 16 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants²⁵. Très récemment, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a pour sa part invité à engager une réflexion sur le bien-fondé de la rétention de sûreté au regard des principes directeurs du droit pénal²⁶.

11. Ces silences révèlent que l'élaboration du projet de loi s'est déroulée dans un contexte politique difficile, ainsi qu'en témoignent les polémiques et arbitrages interministériels largement relayés par la presse. Le texte présenté en Conseil des ministres apparaît en définitive comme un « texte de compromis »²⁷ certes audacieux (I.), mais non abouti en l'état (II.).

I. Un projet de loi audacieux

12. La CNCDH adhère pleinement à la philosophie pénale et à la politique criminelle qui irriguent le projet de réforme. Cependant l'ambition de cette loi nécessite une inversion dans son intitulé pour marquer le cap nouveau donné à la politique criminelle après dix ans et plus de réformes sécuritaires. La CNCDH recommande donc que, par amendement, le projet s'intitule « *projet de loi relatif à l'individualisation des peines et à la prévention de la récidive* ». Il est en effet plus logique de considérer l'individualisation de la peine comme un facteur de prévention de la récidive. L'audace du projet de loi se traduit par l'affirmation forte du principe d'individualisation de la peine (A.), la consécration d'une césure du procès pénal (B.), la définition des finalités et fonctions de la peine (C.), l'affirmation claire et nette d'un droit à la réinsertion (D.) et le rappel de la subsidiarité du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme pour les primo-délinquants et les récidivistes (E.).

A. L'affirmation forte du principe d'individualisation de la peine

1. L'inscription du principe d'individualisation des peines en tête du code pénal

13. L'article 2 du projet prévoit de compléter l'article 132-1 du code pénal (CP) par les dispositions suivantes : « *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, de manière à assurer les finalités énoncées à l'article 130-1* ». La CNCDH ne peut que se réjouir de cette consécration du principe constitutionnel d'individualisation des peines²⁸ qui ne figure à ce jour qu'en filigrane dans l'article 132-24 relatif aux modes de personnalisation des peines²⁹.

14. Toutefois, en cantonnant l'obligation d'individualisation au prononcé de la peine, le projet comporte une ambiguïté. La rédaction proposée laisse penser que, certaines peines pouvant ne pas être prononcées par le juge, elles échappent au principe d'individualisation. Tel est le cas des peines automatiques ou accessoires, qui, si elles sont supprimées théoriquement par le code pénal, continuent à être prévues dans d'autres textes que ce dernier. Sur question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil

²⁵ Article 16 : « 1. *Tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. En particulier, les obligations énoncées aux articles 10, 11, 12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.*

2. *Les dispositions de la présente convention sont sans préjudice des dispositions de tout autre instrument international ou de la loi nationale qui interdisent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou qui ont trait à l'extradition ou à l'expulsion* ».

²⁶ CGLPL, Avis du 6 février 2014 relatif à la mise en œuvre de la rétention de sûreté, JORF 25 février 2014, texte n° 71.

²⁷ Dans ce sens J. Alix, *Les hésitations de la politique criminelle*, RSC 2013, p. 677.

²⁸ Cons. const. 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC ; Cons. const. 9 août 2007, n° 2007-554 DC ; Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC ; Cons. const. 29 septembre 2010, n° 2010-40 QPC ; Cons. const. 29 septembre 2010, n° 2010 41 QPC ; Cons. const. 10 décembre 2010, n° 2010-72/75/82 QPC.

²⁹ Voir X. Pin, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris 2012, n° 377, p. 332, qui souligne à juste titre que le terme de « *personnalisation* » consacré à l'article 132-24 du CP s'adapte plus facilement que « *l'individualisation* » au sort des personnes morales qui ne sont pas des individus.

constitutionnel se prononce régulièrement sur la conformité des peines accessoires aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Il se réfère à ce dernier texte pour censurer des dispositions législatives prévoyant le prononcé d'une peine automatique et annihilant, en conséquence, le pouvoir d'appréciation du juge³⁰. En effet, le principe d'individualisation de la peine exige que le juge conserve un pouvoir d'appréciation pour moduler la peine au regard des circonstances de l'espèce et de la personnalité du délinquant³¹. Dans ces conditions, la CNCDH estime que le législateur devrait remédier à cette ambiguïté en rendant effectives les dispositions de l'article 132-17 alinéa premier du CP³² par un toilettage des textes extérieurs au code pénal.

2. La suppression des peines plancher

15. La loi du 10 août 2007 a instauré les peines plancher, alors même que la pertinence de ce mécanisme n'était pas scientifiquement démontrée³³. L'absence d'étude d'impact était à cet égard révélatrice. Même si le Conseil constitutionnel n'a retenu aucune inconstitutionnalité au regard des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789³⁴, la CNCDH a néanmoins estimé que les dispositions issues de la loi du 10 août 2007 restreignent les pouvoirs d'appréciation du juge quant au choix de la peine et à ses modalités, alors que le principe d'individualisation de la peine a depuis longtemps, et notamment dans le nouveau code pénal, conduit le législateur à renoncer à toute idée de systématisation de la sanction³⁵. La doctrine y a vu une « défiance à l'égard des juges »³⁶, voire un moyen de « brider le pouvoir d'individualisation du juge »³⁷, avant que le jury de la conférence de consensus n'affirme « *qu'il convient de laisser aux magistrats le soin d'apprécier à leur juste mesure les faits délictueux. Leur décision ne doit pas être contrainte, de quelque manière que ce soit, par une peine plancher, qui ne tient a priori nul compte du parcours global de l'individu concerné, de la nature des infractions et de l'individualisation de la peine* »³⁸.
16. Pour la CNCDH, le législateur, en fixant des peines plancher, est resté aveugle aux cas individuels en permettant des restrictions automatiques aux droits fondamentaux des personnes condamnées³⁹, alors même que toute restriction doit, par définition, impérativement procéder d'un examen concret et être adaptée à chaque situation individuelle⁴⁰. En abrogeant les dispositions du code pénal relatives aux peines plancher l'article 5 du projet de loi redonne fort heureusement aux juges leur plein pouvoir d'individualisation de la peine en matière de récidive légale, mission dont ils sont constitutionnellement investis. La CNCDH ne peut donc que s'en réjouir.

³⁰ C'est ainsi qu'a été déclarée contraire à la Constitution l'interdiction du territoire pour une durée d'un an faisant automatiquement suite à un arrêté de reconduite à la frontière (Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, § 49). De même, une disposition relative à l'incapacité d'exercer une fonction publique élective qui découlait de plein droit du prononcé à l'encontre d'un dirigeant ou d'un chef d'entreprise, d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement une personne morale ou une entreprise, a été censurée, le haut conseil déplorant que le juge soit empêché d'en décider selon les circonstances de l'espèce (Cons. const. 15 mars 1999, n° 99-410 DC, §§ 41, 42).

³¹ Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, à propos de l'article L. 7 du code électoral ; Cons. const. 29 septembre 2010, n° 2010-40 QPC, à propos de l'article L. 234-13 du code de la route ; Cons. const. 29 septembre 2010, n° 2010 41 QPC à propos de l'article L. 212-4 du code de la consommation ; Cons. const. 10 décembre 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, à propos de l'article 1741 du code général des impôts.

³² « *Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée* ».

³³ M. Herzog-Evans, *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale*, AJ Pénal 2007, p. 357 et s.

³⁴ Cons. const. 9 août 2007, n° 2007-554 DC.

³⁵ CNCDH 20 septembre 2007, *Avis sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*.

³⁶ J. Leblois-Happe, *Projet de loi renforçant la lutte contre la récidive : principales dispositions. Aperçu rapide*, JCP éd. gén. 18 juillet 2007, act. n° 330.

³⁷ M. Herzog-Evans, *Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale*, op. cit. Pour un constat identique en droit canadien, voir J.-C. Hébert, *L'option sécuritaire : une carte politique canadienne*, op. cit., p. 222 et 223. Comp. J. Pradel, *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes (commentaire de la loi du 10 août 2007 sur les « peines plancher »)*, Rec. Dalloz 2007, p. 2247.

³⁸ Voir *Rapport du jury de consensus*, op. cit., p. 11.

³⁹ La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 a certes prévu la possibilité pour le juge de ne pas prononcer la peine plancher, « *par décision spécialement motivée* », « *si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* » (article 132-19-1 du CP), mais cette situation est si difficile à réaliser en pratique, que les magistrats sont parfois conduits à prendre des distances avec la lettre de la loi.

⁴⁰ Voir dans ce sens A. P. Pirès et M. Rocha Machado, *La question des peines minimales : entre politique et droit*, in : J. Boulad-Ayoub, M. Antaki et P. Robert (dir.), op. cit., p. 105.

3. L'absence d'automatisme de la révocation des peines d'emprisonnement assorties du sursis et les évolutions souhaitables en matière de prononcé du sursis

17. L'article 6 du projet de loi met fin aux révocations en cascade des sursis avec mise à l'épreuve prononcés successivement (article 132-50 du CP). Il prévoit également que la révocation du sursis simple devra dorénavant être décidée par la juridiction prononçant la nouvelle condamnation (article 132-36 du CP). Il s'agit d'une réelle avancée dans la mesure où l'absence de révocation automatique des sursis simples permettra de réguler les problèmes relatifs à l'appréciation des seuils d'aménagement des peines. En effet, il arrive fréquemment en pratique que le juge de l'application des peines (JAP) soit successivement destinataire d'une ou plusieurs peines dont le cumul finit par dépasser ces seuils et aboutit à empêcher le prononcé d'un aménagement⁴¹. Il lui est difficile de procéder à un examen global des peines par la purge du casier judiciaire. La CNCDH ne peut qu'approuver les nouvelles dispositions, qui auront pour conséquence de limiter ces difficultés.
18. En revanche, s'agissant non plus de la révocation, mais du prononcé du sursis, la CNCDH regrette que le projet n'aille pas plus loin, dès lors qu'il aurait pu être envisagé d'abroger ou de modifier également, d'une part, l'article 132-41 du CP interdisant de prononcer plus de deux sursis avec mise à l'épreuve et d'autre part, l'article 132-30 du même code qui interdit de prononcer un sursis simple à l'égard d'une personne déjà condamnée dans les cinq dernières années à une peine de réclusion ou d'emprisonnement. En effet, certaines situations particulières pourraient néanmoins justifier le prononcé de telles peines⁴².

B. La consécration opportune d'une césure du procès pénal

19. Une innovation majeure résulte de l'article 4 du projet qui instaure un ajournement du prononcé de la sanction par la juridiction de jugement aux fins d'investigations complémentaires sur la personnalité (article 132-70-1 du CP). La CNCDH ne peut que se réjouir de ces nouvelles dispositions répondant à un besoin impérieux des juridictions correctionnelles qui déplorent fréquemment le peu d'éléments de personnalité dont elles disposent au moment du jugement et tout particulièrement lors des audiences de comparutions immédiates⁴³. Le nouvel article 132-70-1 du CP comble cette attente, en prévoyant un ajournement à quatre mois, durant lesquels le secteur habilité pourra procéder à une enquête exhaustive⁴⁴. La CNCDH regrette cependant que les nouvelles dispositions ne mentionnent pas directement la situation familiale, économique, professionnelle et sociale de l'intéressé. Elle estime par conséquent qu'il serait opportun de faire porter les investigations complémentaires sur la « *situation de la personne et sa personnalité* », plutôt que sur la seule « *personnalité* »⁴⁵.
20. Ce nouveau mécanisme est en outre destiné à favoriser les aménagements de peine à l'audience qui, à ce jour, sont rarement prononcés, comme cela a été clairement constaté dans le rapport d'information sur l'application de la loi pénitentiaire, rédigé par les sénateurs N. Borvo Cohen-Seat et J.-R. Lecerf⁴⁶.

⁴¹ Voir P. Faucher, *La procédure simplifiée d'aménagement des peines applicable aux condamnés libres, dite du « 723-15 » : contribution à l'artisanat judiciaire*, *Gaz. Pal.* 21 au 23 juillet 2013, p. 9.

⁴² Voir S. Dindo, *Sursis avec mise à l'épreuve : la peine méconnue. Une analyse des pratiques de probation en France*, DAP/PMJ1, mai 2011, p. 11.

⁴³ Une récente recherche montre que les juridictions correctionnelles diversifient peu les sanctions prononcées faute de disposer de renseignements de personnalité suffisants sur les condamnés (voir J. Danet (dir.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, PUR, Rennes 2013).

⁴⁴ L'article 4 du projet de loi prévoit également d'insérer un article 397-3-1 au sein du code de procédure pénale permettant au tribunal, saisi sur comparution immédiate, de placer, si nécessaire, la personne poursuivie sous contrôle judiciaire, sous assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique ou sous mandat de dépôt jusqu'à l'audience de renvoi.

⁴⁵ Dans ce sens P. Poncela, *Audition du 7 janvier 2014*.

⁴⁶ N. Borvo Cohen-Séat et J.-R. Lecerf, *Rapport d'information n° 629 au nom de la commission des lois et de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009*, Sénat 4 juillet 2012, p. 56 : « *L'aménagement de peine par la juridiction de jugement demeure marginal en raison, selon les témoignages recueillis (...) de l'absence d'éléments sur la personnalité de l'intéressé (le SPIP ne déposant de rapport que pour les comparutions immédiates) ainsi que du manque de temps à l'audience. Les avocats ne demandent qu'exceptionnellement, à l'audience, un aménagement de peine pour leur client. Lorsque le tribunal décide néanmoins de l'aménagement, il se borne le plus souvent à en poser le principe et à laisser au juge de*

La CNCDH ne peut donc que saluer cette évolution, dès lors qu'elle est de nature à mettre fin à la pratique consistant pour les magistrats à prononcer un emprisonnement inférieur ou égal à deux ans sans mandat de dépôt, afin que l'aménagement de cette peine soit confié au JAP sur le fondement de l'article 723-15 du CPP. En cela, la juridiction de jugement abdique sa prérogative essentielle qui est de prononcer les peines. Alors que la peine prononcée, lorsqu'elle n'est pas aménagée *ab initio*, est devenue purement déclarative ou symbolique, l'ajournement permet au juge de se réapproprier le pouvoir de punir⁴⁷.

21. Enfin et surtout, les nouvelles dispositions sont de nature à bouleverser la logique de l'ajournement de peine qui ne constitue à ce jour que l'étape préalable d'une dispense de peine (articles 132-58 et suivants du CP). Elles consacrent en effet une véritable césure du procès pénal au sens où l'entendait Marc Ancel, qui préconisait de séparer la phase de conviction, portant sur la culpabilité, de la phase de sentence portant sur la sanction, afin de mettre en œuvre un véritable processus de responsabilisation du condamné⁴⁸. Ce processus de responsabilisation est déjà possible en droit des mineurs avec la possibilité, par exemple, d'une mise en liberté surveillée préjudicielle. La doctrine préconise depuis un demi-siècle la césure du procès pénal pour les mineurs comme pour les majeurs.

C. Une définition bienvenue des finalités et fonctions de la peine

22. L'article 1^{er} du projet de loi prévoit d'insérer dans le code pénal un article 130-1 définissant les finalités et fonctions de la peine⁴⁹. Ces nouvelles dispositions ont le mérite considérable de prendre position sur le sens de la peine, question difficile aux confins du droit, de la morale et de la philosophie⁵⁰.

1. Une définition attendue des finalités de la peine

23. Les finalités de la peine résident dans les objectifs et buts qui lui sont assignés, dans le « *pour quoi* » de la peine, « *compris comme un ensemble d'intérêts ou de valeurs que l'on déclare vouloir ou devoir promouvoir* »⁵¹. Aux termes du nouvel article 130-1 du CP, la peine a pour finalités de « *protéger la société (...) prévenir la récidive et (...) restaurer l'équilibre social dans le respect des droits reconnus à la victime* ». Tout d'abord, la CNCDH ne peut que se réjouir de ce que l'intimidation individuelle et collective, dont l'efficacité est scientifiquement controversée⁵², n'ait pas été consacrée dans le projet de loi. Quant aux deux premières finalités mentionnées (protéger la société et prévenir la récidive), leur consécration ne saurait être interprétée comme une nouvelle manifestation d'un droit pénal perméable à une certaine criminologie⁵³ et donc à la notion floue de dangerosité⁵⁴, celle-ci étant parfois associée au « *risque de récidive* »⁵⁵. Pour la CNCDH, les nouvelles dispositions renouent avec une conception classique et légaliste du droit pénal en donnant au code pénal une cohérence d'ensemble, en ce que l'individualisation de la peine (article 132-1) permet de « *prévenir la récidive* » et donc nécessairement de « *protéger la société* » (article 130-1).

l'application des peines le soin d'en fixer les modalités. Beaucoup de magistrats restent réservés, par principe, sur un aménagement décidé à l'audience dans le prolongement immédiat du prononcé de la peine ».

⁴⁷ Dans ce sens X. Pin, *Audition du 7 janvier 2014*.

⁴⁸ Voir M. Ancel, *La césure du procès pénal*, Mélanges Hugueney, Paris 1964, p. 205 et s.

⁴⁹ Article 130-1 nouveau : « *Afin de protéger la société, de prévenir la récidive et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des droits reconnus à la victime, la peine a pour fonctions :*

- *de sanctionner le condamné ;*

- *de favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ».*

⁵⁰ Voir P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, Paris 1995, p. 47 et s. ; H. Jung, *Was ist Strafe ? Ein Essay*, Nomos, Baden-Baden 2002 ; Y. Jeanclous, *La peine. Miroir de la justice*, Montchrestien, Paris 2012 ; R. Merle, *La pénitence et la peine*, Cujas, Paris 1986 ; C. Lazerges, *Les fonctions de la peine et la toxicomanie*, RSC 1988, p. 859 et s.

⁵¹ F. Tulkens, *Audition du 14 janvier 2014*.

⁵² Voir sur ce point J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, Paris 2010, n° 563, p. 459 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome I., Problèmes généraux de science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, Paris 1997 n° 654, p. 824 et 825.

⁵³ Voir R. Gassin, *Du retour de la criminologie*, *AJ Pénal* 2009, p. 249 et s. Voir également F. Fiechter-Boulvard, *Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de dangerosité*, *APC* 2009 (n° 31), p. 265 et s.

⁵⁴ A ce jour, pas moins de 28 dispositions du CPP se réfèrent à la dangerosité. Pour plus de détails, voir X. Pin, *Une politique criminelle en quête de rationalité : le cas français*, in : J. Boulad-Ayoub, M. Antaki et P. Robert (dir.) *op. cit.*, p. 58 et s.

⁵⁵ Voir par exemple l'article 723-31 du CPP.

24. La finalité de restauration de l'équilibre social par le respect des droits reconnus à la victime est inédite dans le code pénal, qui ne vise à ce jour les « *intérêts de la victime* » qu'au sein de l'article 132-24. La CNCDH ne peut que s'étonner de ce nouveau signe de privatisation du droit pénal et s'inquiéter du fléchissement du paradigme d'un droit pénal au service de l'intérêt général⁵⁶, la victime ne pouvant en aucun cas se voir reconnaître le droit de peser sur le choix et le prononcé de la peine. Elle tient tout particulièrement à rappeler qu'elle est très attachée à la préservation des intérêts de la victime, qui doit se voir garantir des droits procéduraux pour une réparation concrète et effective de son préjudice⁵⁷. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande la suppression de la référence aux « droits » de la victime dans le nouvel article 130-1 du CP et son remplacement par une référence aux « intérêts » de celle-ci.

2. Une définition attendue des fonctions de la peine

25. S'agissant des fonctions de la peine, c'est-à-dire ses « *rôles caractéristiques et essentiels* »⁵⁸, le nouvel article 130-1 du CP les énumère de la manière suivante : sanctionner le condamné et favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. L'absence de référence directe ou indirecte à l'élimination marque au moins symboliquement une heureuse prise de distance avec la logique d'un « droit pénal de la dangerosité »⁵⁹. La CNCDH ne peut que s'en réjouir. En outre, l'emploi du verbe « sanctionner » doit être approuvé en raison de sa neutralité. L'utilisation à cet endroit de substantifs tels que « l'expiation » ou d'expressions s'y apparentant, aurait nécessairement posé problème au regard des exigences de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958⁶⁰ en raison de leur connotation religieuse⁶¹. En revanche, il ne peut être raisonnablement considéré que les nouvelles dispositions renvoient à la « mystique de l'amendement »⁶², qui n'est guère retenue de nos jours tant elle est désuète et dépassée⁶³. L'expression « *favoriser son amendement* » apparaissant au nouvel article 130-1 du CP évoque bien plus une conception laïque de l'amendement, selon laquelle une personne renonce à la délinquance par fraternité et solidarité⁶⁴. Ainsi, l'amendement consiste à sortir de la délinquance par le biais d'une reconstruction individuelle, d'un travail sur soi aboutissant à une conversion dans le respect des droits de l'homme⁶⁵. Sans succomber à la mode de l'anglicisme, le substantif « amendement » est indéniablement plus fort et évocateur que la « désistance ». Au regard de ce qui précède, la CNCDH ne peut donc qu'approuver son emploi. Toutefois, le nouvel article 130-1 du CP présente malheureusement l'inconvénient de mélanger les finalités et les fonctions de la peine en mettant sur un même plan la réinsertion et l'amendement⁶⁶ : celui-ci, contrairement à celle-là, est une finalité de la peine⁶⁷. Pour la CNCDH, une définition claire et une hiérarchie des fonctions et finalités de la peine donnerait l'occasion de prendre clairement position sur la philosophie de la sanction irriguant le code pénal⁶⁸.

D. L'affirmation claire et nette d'un droit à la réinsertion

⁵⁶ Dans ce sens X. Pin, *Audition du 7 janvier 2014*.

⁵⁷ Voir Cour EDH 26 mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, req. n° 20524/92, § 70 : « *les principes du procès équitable commandent (...) que les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux (...) des victimes* ».

⁵⁸ F. Tulkens, *Audition du 14 janvier 2014*.

⁵⁹ Voir L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, Paris 1995 ; L. Mucchielli, *Criminologie et lobby sécuritaire. Une controverse française*, La Dispute, Paris 2014, p. 21 et s., qui établit que l'apparition de la notion de dangerosité à la fin du XIX^{ème} siècle chez les médecins hygiénistes a entraîné le développement, en droit pénal, de peines dites « éliminatrices ».

⁶⁰ Article 1^{er} Constitution du 4 octobre 1958 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

⁶¹ Voir R. Merle, *La pénitence et la peine*, op. cit. ; C. Lazerges, *Les fonctions de la peine et la toxicomanie*, op. cit., p. 860 ; A. Beristain, *Réflexions sur la peine rétributive chez les canonistes*, RSC 1985, p. 559.

⁶² Voir C. Lazerges, *Les fonctions de la peine et la toxicomanie*, op. cit., p. 861, qui fonde l'amendement sur la Lettre de Paul aux Ephésiens 4/22 : « *L'amendement (...) c'est dépouiller le vieil homme et revêtir l'homme nouveau* ».

⁶³ Dans ce sens R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Tome I.*, op. cit., n° 654, p. 825.

⁶⁴ C. Lazerges, *Les fonctions de la peine et la toxicomanie*, op. cit., p. 861.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ F. Tulkens, *Audition du 14 janvier 2014*.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Voir *Rapport du jury de consensus*, op. cit., recommandation n° 1, p. 10, qui considère que la sanction doit *prioritairement* se traduire par une peine qui vise l'insertion ou la réinsertion des personnes qui ont commis une infraction.

26. La CNCDH se doit tout particulièrement de saluer la consécration au nouvel article 130-1 du CP de la fonction d'insertion et de réinsertion⁶⁹. Celle-ci est un impératif constitutionnel pour toute société faisant de la dignité humaine l'un de ses piliers⁷⁰. Elle montre que la sanction pénale doit permettre à la personne condamnée de « mener une vie compatible avec la société telle qu'elle est »⁷¹. Dans ces conditions, il convient de l'aider à retrouver des points d'appui pour pouvoir quitter le parcours délinquant (sortie de l'alcoolisme, sortie de la toxicomanie, recherche d'un logement, maintien des liens familiaux, recherche d'un emploi, ...) ⁷². Dans ce sens, l'article 12 du projet insère un alinéa à l'article 3 de la loi pénitentiaire, aux termes duquel « chacun veille en ce qui le concerne, à ce que les personnes condamnées accèdent de façon effective à l'ensemble des droits de nature à faciliter leur insertion ». Les nouvelles dispositions vont clairement dans le sens d'une consécration d'un droit à l'insertion ou à la réinsertion⁷³, comparable au « droit à la resocialisation » reconnu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le fondement de l'article 2 de la Loi fondamentale garantissant le droit à la dignité⁷⁴. La CNCDH ne peut que s'en réjouir.
27. Toutefois, la CNCDH regrette que le projet de loi ne définisse pas les obligations positives de l'Etat et des collectivités territoriales en déterminant de manière plus explicite :
- les modalités concrètes d'accès des condamnés aux dispositifs de droit commun ;
 - la continuité de l'accès aux dispositifs de droit commun entre le milieu fermé et le milieu ouvert et l'utilisation du temps de détention, notamment pour constituer les dossiers et faire prendre les décisions relatives aux droits sociaux ;
 - le rôle des collectivités territoriales, des administrations (Pôle Emploi, CPAM, CAF, préfectures, etc.) comme acteurs centraux dans la prévention de la récidive ;
 - le rôle du service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) dans la définition et la mise en œuvre de partenariats décloisonnés avec l'ensemble des acteurs engagés dans la prévention de la récidive ;
 - l'instauration de relations partenariales régulières avec le SPIP dans le cadre des travaux du conseil départemental de prévention de la délinquance présidé par le préfet⁷⁵.
28. Par ailleurs, l'article 11 du projet de loi prévoit d'intégrer un III à l'article 707 du CPP rédigé comme suit : « Le régime d'exécution des peines vise à préparer l'insertion ou la réinsertion du condamné, afin de lui permettre de mener une vie responsable, respectueuse des règles de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions. Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine en fonction de l'évolution de la personnalité du condamné, dont la situation fait l'objet d'évaluations régulières ». La CNCDH ne peut que saluer ces nouvelles dispositions dont le contenu est audacieux et réaliste. Audacieux dès lors que le parcours d'exécution de la peine est destiné à conduire le délinquant à s'engager dans une « vie responsable ». Ces termes sont lourds de sens en ce qu'ils évoquent la « pédagogie de la responsabilité » de Marc Ancel⁷⁶ et des tenants d'une politique criminelle humaniste ou encore la « responsabilité sociale » du droit allemand consistant à mener une « vie sans infraction », comme le précise le paragraphe 2 de la loi sur l'exécution des peines de 1977. En consacrant le caractère intrinsèquement évolutif du régime d'exécution de la peine⁷⁷, le contenu des nouvelles dispositions est en outre réaliste. En effet, les études scientifiques montrent que la sortie de la délinquance ne résulte pas d'un parcours linéaire, mais d'un processus de changement caractérisé par

⁶⁹ Sur ces problématiques, voir P. Mbanzoulou, M. Herzog-Evans et S. Courtine (dir.), *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice. Savoirs et pratiques*, L'Harmattan, Paris 2012.

⁷⁰ Voir dans ce sens Cour EDH 9 juillet 2013, *Vinter & autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §§ 69, 113 qui se réfère à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

⁷¹ F. Tulkens, *Audition du 14 janvier 2014*.

⁷² *Ibid.*

⁷³ X. Pin, *Audition du 7 janvier 2014*. Voir déjà R. Gassin, *Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français*, RSC 1996, p. 443 et s.

⁷⁴ Voir BVerfGE 5 février 1973, Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, Tome 35, p. 235.

⁷⁵ Sur l'ensemble de ces aspects voir le *Rapport du jury de consensus*, op. cit, p. 26 et s.

⁷⁶ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^{ème} édition, Cujas, Paris 1981.

⁷⁷ Dans ce sens CNCDH 24 janvier 2002, *Réflexions sur le sens de la peine*, qui précise que la peine est susceptible de redéfinition permanente en fonction de l'évolution des condamnés.

des vacillations, des rechutes temporaires qui, avec le temps, s'espacent jusqu'à disparaître⁷⁸. Dans ces conditions, il est nécessaire de procéder à des évaluations régulières de la situation du condamné de manière à adapter le régime d'exécution de la peine en personnalisant son suivi et son accompagnement⁷⁹.

E. Le rappel capital de la subsidiarité du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme pour les primo-délinquants et les récidivistes

29. Les articles 3 et 5 du projet rappellent avec force que le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme ne doit intervenir qu'en tout dernier recours, principe que la CNCDH a préconisé de façon constante⁸⁰. Les nouvelles dispositions prévoient en effet que le juge devra spécialement motiver le prononcé d'une telle peine, au regard des faits de l'espèce, de la personnalité de l'auteur et de sa situation (article 132-19 nouveau dernier alinéa du CP). L'obligation de motiver spécialement la privation de liberté assure l'effectivité de la subsidiarité de l'emprisonnement ferme⁸¹, celui-ci n'intervenant que lorsque la peine ne peut être aménagée. Le texte invite donc également à une systématisation des aménagements de peine, ce que la CNCDH ne peut qu'approuver, étant rappelé que pour elle, « *l'une des priorités dans la prévention de la récidive réside moins dans un recours accru à l'emprisonnement que dans un renforcement des moyens qui permettraient un accompagnement socio-éducatif en milieu ouvert* »⁸².
30. Par ailleurs, il doit être tout particulièrement relevé que les nouvelles dispositions s'appliquent, sans distinction, aux primo-délinquants et aux récidivistes. Il s'agit là d'une réelle nouveauté, dès lors que, depuis la loi du 12 décembre 2005, le prononcé de l'emprisonnement ferme n'avait plus à être spécialement motivé pour les personnes en état de récidive légale. La CNCDH ne peut donc que se réjouir de cette évolution, alors même qu'elle avait exprimé ses plus strictes réserves à l'égard des dispositions issues de la loi précitée de 2005⁸³. Elle regrette cependant l'absence de modification des dispositions de l'article 465-1 du CPP qui impose au tribunal correctionnel de motiver spécialement l'absence de délivrance d'un mandat de dépôt pour un condamné récidiviste.

II. Un projet de loi en l'état inabouti

31. La CNCDH regrette que le projet de loi ne soit en l'état pas abouti. Elle souhaite qu'au cours de la navette parlementaire, des compléments nécessaires soient apportés par amendements au texte sur quatre points majeurs : la lisibilité de la peine de contrainte pénale (A.), les remèdes destinés à réduire le nombre des sorties sèches (B.), la lutte contre la surpopulation carcérale (C.) et la définition des droits du condamné (D.).

A. Une peine de contrainte pénale manquant de lisibilité

1. Une peine ambiguë

32. Dans leur rapport sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, Messieurs Raimbourg et Huyghe estiment à juste titre qu'un système de probation efficace passe par l'introduction des règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation (REP)⁸⁴. Celles-ci ont été adoptées le 20 janvier 2010 par le Comité des ministres des 47 pays membres en vue d'une harmonisation des législations et des

⁷⁸ S. Snacken, in : Ministère de la Justice / DAP, *Actes du colloque : L'exécution des décisions en matière pénale en Europe, du visible à l'invisible*, Décembre 2009. Voir également M. Mohammed (dir.), *Les sorties de la délinquance. Théorie, méthodes, enquêtes*, La Découverte, Paris 2012.

⁷⁹ Dans ce sens CNCDH 24 janvier 2002, *Réflexions sur le sens de la peine*.

⁸⁰ Voir notamment CNCDH 6 novembre 2008, *Avis sur le projet de loi pénitentiaire*.

⁸¹ Sur cette problématique, voir l'étude nuancée de A. Ponselle, *La double motivation de l'article 132-24 du code pénal, outil de limitation du recours judiciaire à la peine d'emprisonnement ferme : de l'illusion à la désillusion*, APC 2013 (n° 35), p. 61 et s.

⁸² CNCDH 20 janvier 2005, *Avis sur la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales* ; CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme*, Tome II., op. cit., p. 163 et s.

⁸³ CNCDH 20 janvier 2005, *Avis sur la proposition de loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*.

⁸⁴ D. Raimbourg et S. Huyghe, *Rapport d'information n° 652*, op. cit., p. 123.

pratiques pour l'exécution des mesures et peines en milieu ouvert⁸⁵. Elles doivent donc impérativement guider la définition et le régime d'une nouvelle peine « *indépendante et sans lien ni référence avec l'emprisonnement* », comme le recommandait la conférence de consensus⁸⁶.

33. Le nouvel article 131-8-2 du CP la dénomme « *contrainte pénale* »⁸⁷ en précisant qu'elle « *emporte pour le condamné l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines, pendant une durée comprise entre 6 mois et 5 ans et qui est fixée par la juridiction, à des mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations et interdictions particulières destinées à prévenir la récidive en favorisant son insertion ou sa réinsertion au sein de la société* ». Cette définition insiste clairement sur le contenu punitif de la contrainte pénale, dont la dénomination et la définition évoquent de manière prépondérante l'idée de contrôle⁸⁸. La dimension rétributive ressort également de la durée du suivi pouvant aller jusqu'à 5 ans, soit une durée qui pourrait être le cas échéant plus longue que celle de l'emprisonnement encouru⁸⁹. Cela rompt avec l'idée fautive selon laquelle les peines en milieu ouvert sont, par principe, moins afflictives que les peines d'emprisonnement ferme. Des études scientifiques démontrent au contraire que les condamnés supportent difficilement un suivi en milieu ouvert trop strict et trop long⁹⁰. Dans une formule intéressante, Michel Foucault observe que par les peines en milieu ouvert, « *on libère les fonctions carcérales pour les diffuser dans le corps social tout entier* »⁹¹.
34. Pour la CNCDH, ces nouvelles dispositions négligent la dimension réinsérante de la contrainte pénale en mettant insuffisamment l'accent sur le suivi et l'accompagnement social, alors qu'ils sont les composantes essentielles de toutes peines s'exécutant en milieu ouvert, comme le précise utilement le Conseil de l'Europe dans sa définition des règles européennes de la probation : celle-ci « *consiste en toute une série d'activités et d'interventions, qui impliquent suivi, conseil et assistance dans le but de réintégrer socialement l'auteur d'infraction dans la société et de contribuer à la sécurité collective* ». Cette vision, fondée sur l'insertion du condamné, et non sur son exclusion de la société, présuppose l'engagement de la communauté. Elle suppose également l'existence d'un organisme capable de préparer, faire exécuter, suivre, accompagner et surveiller les sanctions en milieu ouvert en coopération étroite avec les organismes ou institutions publics, semi-publics et privés⁹².

2. Une peine qui rompt avec les conclusions de la conférence de consensus

a. Le choix discutabile d'une peine conçue exclusivement comme une alternative à l'emprisonnement

35. L'article 8 du projet précise qu'une contrainte pénale *peut* être prononcée lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas 5 ans (article 131-8-2 du CP). Cette peine n'est donc en rien une peine principale à part entière, dès lors que les textes définissant les infractions et fixant la peine continuent à ne prévoir à titre de peines principales que l'emprisonnement et l'amende. D'ailleurs, l'emploi du verbe « *pouvoir* » montre clairement que la contrainte pénale est destinée à être prononcée « *à la place de l'emprisonnement* ». Cette peine apparaît alors, implicitement comme une nouvelle alternative à l'emprisonnement. Pour la CNCDH, le manque d'ambition de la réforme est à cet égard patent. En effet, instaurer une peine de contrainte pénale autonome, sans lien ni référence à l'emprisonnement, implique de la consacrer en tant que peine principale de référence assortissant un certain nombre d'incriminations, en osant supprimer pour un certain nombre d'infractions toute référence

⁸⁵ Voir Direction de l'administration pénitentiaire, *Les règles européennes relatives à la probation adoptées le 20 janvier 2010*, coll. Travaux et documents n° 81, octobre 2013.

⁸⁶ Voir le *Rapport du jury de consensus*, op. cit., Recommandation n° 3, p. 13.

⁸⁷ Cette expression a été portée et préconisée par Messieurs Dominique Raimbourg et Sébastien Huyghe dans leur *Rapport d'information n° 652 sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale* (p. 95 et s.). Voir également P. V. Tournier, *La contrainte pénale communautaire. Créer une sanction non carcérale qui ne sera pas un sursis à exécution d'une sanction carcérale*, *AJ Pénal* 2013, p. 127

⁸⁸ Dans ce sens F. Tulkens, *Audition du 14 janvier 2014*.

⁸⁹ P. Poncela, *Audition du 7 janvier 2014*.

⁹⁰ M. Herzog-Evans, *Le plafond des six mois pour les mesures sous écrou*, in : P. V. Tournier (dir), *Une certaine idée de la criminologie. Approche indisciplinaire du processus pénal*, L'Harmattan, Paris 2013, p. 151 et s. Voir également CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II.*, op. cit., p. 124.

⁹¹ M. Foucault, *Conférence sur les alternatives à la prison donnée à l'Université de Montréal le 11 juillet 1975*, Actes 1990, n° 73, p. 7 et s.

⁹² Direction de l'administration pénitentiaire, *Les règles européennes relatives à la probation adoptées le 20 janvier 2010*, op. cit., p. 67.

à l'emprisonnement⁹³. Un tel choix aurait l'avantage de véritablement changer les consciences et les représentations, en modifiant le référentiel de gravité de l'infraction. La réprobation sociale pourrait alors être mesurée à l'aune d'un certain nombre de jours ou de mois de contrainte⁹⁴.

36. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande de dresser la liste des infractions pour lesquelles la contrainte pénale est encourue à titre principal, à l'exclusion de tout emprisonnement. A ce sujet, il pourrait être proposé de faire de la contrainte pénale la peine principale de certains délits pour lesquels l'emprisonnement actuellement encouru dans les textes est inférieur ou égal à deux ans. Pour ceux-ci, une peine ou des mesures en milieu ouvert sont beaucoup plus pertinents que l'emprisonnement, dès lors que le prononcé d'une peine de deux ans constitue, depuis l'entrée en vigueur de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, le seuil d'un aménagement de peine⁹⁵. La liste suivante, non exhaustive, montre que pourraient être concernés des délits couramment jugés par les tribunaux correctionnels :

Concernant les atteintes aux biens :

- violation de domicile : 1 an d'emprisonnement encouru (article 226-4 du CP) ;
- destruction ou détérioration grave d'un bien : 2 ans d'emprisonnement encourus (article 322-1 du CP) ;

Concernant les infractions à la législation sur les stupéfiants :

- usage de stupéfiants : 1 an d'emprisonnement encouru (article L3421-1 du code de la santé publique) ;

Concernant les atteintes aux personnes :

- blessures involontaires avec ITT < 3 mois en conduisant : 2 ans d'emprisonnement encourus (article L 220-20-1 du code de la route) ;
- blessures involontaires avec ITT > 3 mois sans aggravation : 2 ans d'emprisonnement encourus (article 222-19 du CP) ;
- blessures involontaires avec ITT < 3 mois sans aggravation : 1 an d'emprisonnement encouru (article 222-20 du CP) ;
- mise en danger de la vie d'autrui : 1 an d'emprisonnement encouru (article 223-1 du CP) ;
- menaces de mort : 6 mois d'emprisonnement encourus (article 222-17 du CP) ;
- appels téléphoniques malveillants : 6 mois d'emprisonnement encourus (article 222-16 du CP) ;
- outrages sur personnes dépositaires de l'autorité publique : 6 mois d'emprisonnement encourus (article 433-5 du CP) ;
- rébellion : 1 an d'emprisonnement encouru (article 433-6 du CP) ;

Concernant les infractions en matière de droit de la famille :

- abandon de famille : 2 ans d'emprisonnement encouru (article 227-3 du CP) ;
- non-représentation d'enfant : 1 an d'emprisonnement encouru (article 227-5 du CP) ;

Concernant les infractions à caractère sexuel :

- proposition sexuelle à un mineur de 15 ans par un moyen de communication électronique : 2 ans d'emprisonnement encourus (article 227-22-1 du CP) ;
- exhibition sexuelle : 1 an d'emprisonnement encouru (article 222-32 du CP) ;

Concernant les délits routiers :

- conduite en état alcoolique et conduite en état d'ivresse : 2 ans d'emprisonnement encourus (article L234-1 du Code de la route) ;
- conduite sous l'empire de stupéfiants : 2 ans d'emprisonnement encourus (article L 235-1 du Code de la route) ;
- délit de fuite : 2 ans d'emprisonnement encourus (article 434-10 du CP et L 231-1 du Code de la route) ;
- conduite sans permis : 1 an d'emprisonnement encouru (article L221-2 du code de la route).

37. La CNCDH entend préciser qu'en cas de deuxième récidive, le code pénal pourrait prévoir le prononcé d'une peine d'emprisonnement. Dans cette hypothèse, le prononcé d'une peine ferme ne devrait intervenir qu'en dernier recours conformément au nouvel article 132-19 dernier alinéa du CP.

38. Enfin, s'agissant des délits pour lesquels la contrainte pénale n'est pas encourue à titre principal, la nouvelle peine pourrait être envisagée comme une alternative à l'emprisonnement. Seraient donc concernés, tous les autres délits, sans distinction, dont la peine encourue peut aller jusqu'à dix ans

⁹³ Dans ce sens voir D. Raimbourg et S. Huyghe, *Rapport d'information n° 652, op. cit.*, p. 98 ; *Rapport du Jury de consensus, op. cit.*, recommandations n° 3 et 5, p. 12 et s.

⁹⁴ Dans ce sens, X. Pin, *Audition du 7 janvier 2014*.

⁹⁵ Voir les articles 723-15 du CPP et 132-24 alinéa 3 du CP, ce dernier texte renvoyant aux articles 132-25 à 132-28 du CP.

d'emprisonnement (article 131-4 du CP). Une telle option présenterait l'avantage majeur de rendre subsidiaire le recours à l'emprisonnement ferme, afin de mobiliser toutes les potentialités du milieu ouvert.

b. *L'emprisonnement, ultima ratio de la contrainte pénale en cas de manquement du condamné aux mesures, obligations et interdictions*

39. Alors que l'ambition gouvernementale était de créer une troisième peine de référence aux côtés de la peine d'emprisonnement et des peines pécuniaires, comme le recommandait la conférence de consensus, la CNCDH regrette que la contrainte pénale ne soit pas radicalement déconnectée de l'emprisonnement⁹⁶. En cas de manquement du condamné aux mesures, interdictions et obligations découlant de la contrainte pénale, l'article 9 du projet de loi prévoit que le président du tribunal ou le juge délégué par lui peut, le cas échéant, ordonner l'emprisonnement du condamné pour une durée qu'il fixe et qui ne peut excéder la moitié de la durée de la peine de contrainte pénale prononcée par la juridiction de jugement. Cet emprisonnement est décidé dans le cadre d'un jugement rendu après débat contradictoire et peut être égal au maximum à 2 ans et six mois. Le magistrat peut faire application à plusieurs reprises de ce mécanisme dès lors que la durée totale des emprisonnements ordonnés ne dépasse pas la moitié de la durée de la peine prononcée par le tribunal ou le maximum de la peine d'emprisonnement encourue.
40. Le rôle du juge est similaire à celui du JAP en matière de révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve (voir l'article 742 alinéa 1^{er} du CPP)⁹⁷, même si le nouveau mécanisme s'avère plus souple dès lors que contrairement à la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve, qui ne peut être que totale, des mises à exécution partielles de l'emprisonnement sont possibles en matière de contrainte pénale. En revanche, en termes de prévisibilité, la révocation du sursis avec mise à l'épreuve est plus satisfaisante que le prononcé de l'emprisonnement prévu par le nouvel article 713-47 du CPP, dont le condamné ne connaîtra pas à l'avance la durée précise.
41. Il doit en outre être rappelé que notre droit connaît la fixation d'un quantum d'emprisonnement par anticipation et destiné à être mis à exécution par le JAP, en cas de non-respect, pénalement sanctionné par une infraction spécifique, des obligations d'un stage de citoyenneté, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative ou restrictive de droits (article 131-9 du CP)⁹⁸. Dans d'autres hypothèses, le code pénal prévoit que la juridiction correctionnelle fixe par anticipation un quantum d'emprisonnement ne correspondant à aucune infraction spécifique et ultérieurement mis en œuvre par le JAP⁹⁹. C'est notamment le cas pour le non-respect des obligations d'un suivi socio-judiciaire (article 131-36-1 du CP) et pour le non-respect des obligations d'une sanction-réparation (articles 131-8-1, 131-15-1 et 131-39-1 du CP).
42. Le mécanisme défini dans le projet de loi est radicalement différent, dès lors que l'emprisonnement est prononcé par un juge du siège sans que soit constatée une infraction quelconque ni que le quantum en ait été préalablement déterminé¹⁰⁰. A cet égard, la CNCDH estime que le nouvel article 713-47 du CPP, en ne rattachant l'emprisonnement ni à la commission d'une nouvelle infraction ni à une disposition spécifique du code pénal, porte atteinte au principe constitutionnel de légalité des incriminations et des peines. Une atteinte se trouve également portée au principe de proportionnalité entre l'infraction commise et la peine prononcée. Dans ces conditions, la CNCDH estime qu'il n'y a pas lieu de prévoir un emprisonnement concernant les délits pour lesquels la contrainte pénale est prévue à titre de peine principale. Dans cette hypothèse, seul un renforcement du suivi doit être envisagé. En revanche, pour les délits pour lesquels la contrainte pénale serait une peine alternative à l'emprisonnement, la CNCDH recommande de créer une infraction de manquement aux obligations, interdictions et mesures de la

⁹⁶ Voir T. Clay, P. Joxe, C. Lazerges et J.-P. Mignard (dir.), *Manifeste pour la justice*, Club DJS, Le cherche midi, Paris 2012.

⁹⁷ Dans ce sens H. Matsopoulou, *Réforme pénale. La nouvelle peine de contrainte pénale est-elle nécessaire ?*, *Rec. Dalloz* 2013, p. 1153.

⁹⁸ Voir sur ce point S. Detraz, *Le prononcé anticipé des peines : une procédure ante delictum en extension*, *Dr. pénal* 2005, étude n° 9.

⁹⁹ La doctrine évoque dans ce cas les « peines de peine » (voir P. Salvage, *Les peines de peines*, *Dr. pénal* 2008, étude n° 9).

¹⁰⁰ X. Pin, *Audition du 7 janvier 2014*.

peine de contrainte pénale, comme l'a suggéré la conférence de consensus¹⁰¹, et de charger la juridiction de jugement de fixer le quantum à subir dans ces hypothèses.

3. Une peine dont le contenu se distingue mal de celui d'autres peines et mesures exécutées en milieu ouvert

a. Faire de la contrainte pénale la peine de référence du milieu ouvert

43. L'article 9 du projet prévoit que la personne condamnée à une contrainte pénale peut être astreinte à respecter une ou plusieurs mesures, obligations et interdictions : celles des articles 132-44 et 132-45 du CP, le travail d'intérêt général et une injonction de soins. Aussi, le contenu de la contrainte pénale correspond-il en majeure partie à celui du sursis avec mise à l'épreuve auquel ont été simplement ajoutées l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général et l'injonction de soins¹⁰². La similitude avec le sursis avec mise à l'épreuve est frappante dès lors que le contenu de la contrainte pénale ne se voit défini dans le texte que par les mesures, obligations et interdictions qui peuvent être imposées¹⁰³. La nouvelle peine se révèle être ainsi le faux jumeau¹⁰⁴ du sursis probatoire, ce qui pose un sérieux problème de frontière et de lisibilité¹⁰⁵.
44. Par ailleurs, l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général « dans les conditions prévues par l'article 131-8 du CP » pose un autre problème de frontière avec la peine alternative de travail d'intérêt général¹⁰⁶ et avec le « sursis-TIG »¹⁰⁷. De plus, le travail d'intérêt général est une peine consensuelle non conciliable avec l'idée de contrainte. Il ne servirait à rien de gommer la référence à l'article 131-8 du CP pour écarter la condition « d'absence de refus » dès lors que cette exigence découle directement de la prohibition du travail forcé (article 4 de la CESDH)¹⁰⁸ et que, même si le texte était muet sur la question du consentement, la Cour de cassation n'admettrait certainement pas un travail d'intérêt général imposé¹⁰⁹.
45. De même, s'agissant de l'injonction de soins, l'exigence d'un consentement s'avère difficilement conciliable avec l'idée de contrainte. En outre, cette obligation conduit une nouvelle fois à brouiller les limites entre la contrainte pénale et le suivi socio-judiciaire qui est, lui, une peine complémentaire¹¹⁰. Pire encore, les nouveaux textes permettent également de cumuler cette injonction de soins avec une obligation de soins (article 132-45, 3° du CP relatif au sursis avec mise à l'épreuve, mais applicable à la contrainte pénale), ce qui aggrave le manque de lisibilité de ces différentes mesures.
46. Au regard de ce qui précède, la CNCDH s'inquiète une nouvelle fois de la juxtaposition de dispositions diverses concourant à la dégradation de la qualité de la loi¹¹¹. En effet, le projet crée une peine, dont les frontières sont mal délimitées, sans parallèlement supprimer le sursis avec mise à l'épreuve¹¹², le travail d'intérêt général¹¹³, les stages¹¹⁴, la sanction réparation¹¹⁵ et les peines privatives et restrictives de

¹⁰¹ Voir *Rapport du jury de consensus, op. cit.*, recommandation n° 4, p. 15.

¹⁰² Voir P. Poncela, *Audition du 7 janvier 2014*, qui précise que les nouvelles dispositions se cantonnent à ajouter des obligations au SME. Elle conclut à l'inutilité de la contrainte pénale, dès lors que l'on aurait pu envisager d'améliorer le SME.

¹⁰³ Dans ce sens H. Matsopoulou, *op. cit.*, p. 1153. Voir également M. Giacomelli, *Approche critique de la courte peine d'emprisonnement*, Dr. pénal 2014, étude n° 4, n° 27 et 31.

¹⁰⁴ Comp. J. Pradel, *La peine de probation (ou de contrainte pénale) sœur jumelle et inutile du sursis probatoire ?*, RPDP 2013, p. 517 ; M. Giacomelli, *op. cit.*, n° 31. Ces auteurs estiment que la contrainte pénale est la « sœur jumelle » du sursis probatoire.

¹⁰⁵ Voir notamment X. Pin, *Audition du 7 janvier 2014*.

¹⁰⁶ Article 131-8 du CP.

¹⁰⁷ Articles 132-54 et s. du CP.

¹⁰⁸ X. Pin, *Audition du 7 janvier 2014*.

¹⁰⁹ A titre de comparaison, il doit être rappelé que la chambre criminelle a déduit de l'article 131-5-1 du CP que la peine de stage de citoyenneté ne pouvait être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou n'est pas présent à l'audience (voir Cass. crim. 5 mars 2013, n° 12-80.891).

¹¹⁰ Articles 131-36-1 et s. du CP.

¹¹¹ Voir notamment CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*.

¹¹² Articles 132-40 et s. du CP.

¹¹³ Article 131-8 du CP.

¹¹⁴ Articles 131-5-1 et 131-35-1 du CP.

¹¹⁵ Articles 131-8-1 et 131-15-1 du CP.

droit¹¹⁶. En l'état actuel du projet, pour que les juges s'approprient la contrainte pénale, il faudrait qu'ils en perçoivent les avantages par rapport au prononcé d'un sursis avec mise à l'épreuve et des autres peines s'exécutant en milieu ouvert¹¹⁷. La complexification du droit découlant de l'adjonction d'une nouvelle peine dans l'arsenal de sanctions existant laisse craindre que cette « appropriation » ne se fasse pas rapidement en pratique. Or, la contrainte pénale, pour être comprise, devrait être aisément identifiable. A cette fin, la CNCDH recommande de fusionner dans la contrainte pénale toutes les peines, interdictions, obligations et mesures non privatives de liberté mentionnées ci-dessus auxquelles il conviendrait d'ajouter : la médiation pénale et les rencontres auteur-victime. En revanche, le placement sous surveillance électronique (PSE) ne doit en aucun cas être assimilé à une modalité d'exécution de la contrainte pénale. Il est dans la législation actuelle exclusivement conçu comme une modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement ferme¹¹⁸. En entraînant un placement sous écrou de la personne condamnée, il s'avère incompatible avec l'exécution d'une nouvelle peine de référence pensée pour être déconnectée de l'emprisonnement¹¹⁹.

47. La CNCDH est pleinement consciente des conséquences de ses précédentes recommandations qui sont de nature à bouleverser l'architecture du droit de la peine, tel qu'il est à ce jour consacré au titre troisième du code pénal. Faire de la contrainte pénale la peine de référence du milieu ouvert imposera de redéfinir, en les simplifiant, les régimes juridiques touffus et complexes des peines alternatives et complémentaires¹²⁰. En outre, la suppression du sursis avec mise à l'épreuve pose la question du maintien de la possibilité de prononcer une peine mixte¹²¹, à laquelle les praticiens portent une attention toute particulière. Encore faut-il préciser que l'intérêt du sursis partiel se cantonne en réalité à l'hypothèse où la partie ferme de l'emprisonnement, supérieure à deux ans, ne peut faire l'objet d'aucun aménagement. A cet égard, la CNCDH se doit de rappeler son attachement au principe de subsidiarité de l'emprisonnement ferme. Si une telle peine devait être néanmoins prononcée, elle estime qu'un système de libération conditionnelle mieux organisé¹²² devrait permettre de diminuer considérablement l'intérêt du prononcé d'une peine mixte. Elle n'est au demeurant pas opposée à la réalisation d'une évaluation de l'efficacité de ce type de peine.

b. *Ne pas cantonner la contrainte pénale au cas de personnes nécessitant un contrôle et un suivi approfondis*

48. La nouvelle peine de contrainte pénale se caractérise par une articulation entre une phase d'évaluation et une phase de suivi, les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) en étant la « cheville ouvrière »¹²³. L'article 9 du projet rend obligatoire une évaluation par le SPIP de la personnalité et de la situation de la personne condamnée à une peine de contrainte pénale avant que le JAP ne fixe les mesures, obligations et interdictions (article 713-42 nouveau du CPP). Il s'agit là d'une réelle nouveauté, puisque une telle évaluation n'existe pas à ce jour dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve et des autres peines exécutées en milieu ouvert.

49. Quant au suivi, le nouvel article 131-8-2 du CP prévoit le prononcé d'une contrainte pénale en cas de nécessité d'un « accompagnement socio-éducatif individualisé et renforcé ». En l'absence d'une telle nécessité, le prononcé d'un sursis avec mise à l'épreuve s'impose logiquement. Ces deux peines sont donc mal distinguées, la contrainte pénale apparaissant comme une forme plus élaborée de sursis avec

¹¹⁶ Article 131-6 du CP.

¹¹⁷ Voir S. Portelli, *Problématiques de la contrainte pénale*, Dalloz actualité du 9 septembre 2013.

¹¹⁸ Voir les articles 132-26-1 et s. du CP, 723-7 et s. du CPP et D. 57-10 et s du CPP.

¹¹⁹ Aux termes des articles D. 148 et suivants du CPP, c'est par l'acte d'écrou, que les condamnés et prévenus acquièrent la condition de détenu. En effet, les termes de « *personne détenue* » s'appliquent non seulement à la personne qui est physiquement dans l'établissement pénitentiaire, mais aussi à celle qui est à l'extérieur, sous le bénéfice d'une mesure d'aménagement de peine qui suppose le maintien sous écrou (permission de sortir, semi-liberté, placement sous surveillance électronique, etc.).

¹²⁰ Sur la complexification du droit de la peine et de l'exécution des peines, voir V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*. « *Opinio doctorum* », Dalloz, Paris 2009. Voir également, J. Danet (dir.), *La réponse pénale*, *op. cit.*, cette recherche relève que les praticiens dénoncent l'extrême complexification du droit de la peine.

¹²¹ Voir l'article 132-42 du CP, aux termes duquel, la juridiction peut décider que le sursis avec mise à l'épreuve ne s'appliquera à l'exécution de l'emprisonnement que pour une partie de la peine dont elle prononce la durée.

¹²² Voir *infra*.

¹²³ Dans ce sens P. Poncela, *Audition du 7 janvier 2014*.

mise à l'épreuve. A cet égard, une incohérence doit d'ailleurs être relevée : le sursis avec mise à l'épreuve continuera à pouvoir être prononcé pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à 5 ans, sans qu'un suivi renforcé puisse être mis en œuvre. Ainsi, le projet instaure une peine plus contraignante que le sursis avec mise à l'épreuve pour des délits moins graves que ceux éligibles à ce sursis. A nouveau le principe de proportionnalité est mis en danger.

50. Pour la CNCDH, qui recommande de regrouper dans la contrainte pénale les peines et mesures existantes relatives au milieu ouvert, le domaine de la contrainte pénale ne doit en aucun cas être cantonné au cas de personnes condamnées nécessitant un contrôle et un suivi approfondis, comme cela ressort du projet de loi. Les principes constitutionnels de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation de la peine commandent une modulation de l'intensité du contrôle et du suivi au cas par cas, en fonction des éléments propres à chaque situation et de leur évolution. Cette option présente l'avantage de la souplesse en faisant de la contrainte pénale une peine adaptable et évolutive.
51. En raison des objectifs d'insertion ou de réinsertion de la contrainte pénale et de la souplesse de son contenu, il est pour la CNCDH incompréhensible que cette peine ne soit pas immédiatement applicable aux mineurs. C'est pourquoi, elle recommande non seulement l'extension de la contrainte pénale au droit pénal des mineurs, mais encore la substitution de la contrainte pénale au sursis avec mise à l'épreuve pour les mineurs dès la mise en application de la loi nouvelle sans attendre une hypothétique révision d'ensemble de l'ordonnance du 2 février 1945.

4. Une peine aux modalités d'exécution concrètes encore peu identifiables

a. Créer des outils d'évaluation et des méthodes de suivi scientifiquement pertinents et efficaces sur le terrain

52. L'appropriation par les juridictions correctionnelles de la contrainte pénale dépendra avant tout de la visibilité et de l'efficacité des outils d'évaluation et des méthodes de suivi qui seront définies et mises en œuvre¹²⁴. A cet égard, la CNCDH ne peut que rappeler que les services en charge de l'évaluation et du suivi doivent pouvoir recourir à diverses méthodes, fondées sur une approche pluridisciplinaire et des connaissances solides issues de la recherche scientifique dans ce domaine¹²⁵. En effet, la politique et la pratique en matière de probation doivent, autant que possible, s'appuyer sur des faits, les autorités devant fournir les ressources nécessaires à une recherche scientifique et à une évaluation rigoureuse¹²⁶. La CNCDH a déjà relevé le manque de travaux scientifiques français en matière de probation et plus généralement de milieu ouvert¹²⁷, constat partagé par la recherche scientifique¹²⁸. Elle ne peut donc que mettre en garde contre la tentation d'importer des méthodes et outils étrangers à la culture juridique et aux savoir-faire français en matière de probation¹²⁹, et souhaiter le développement d'un partenariat ouvert et décloisonné entre le ministère de la justice (administration pénitentiaire), l'École nationale de l'administration pénitentiaire, l'Université française et des chercheurs étrangers. Cela conditionnera la réussite de la réforme.
53. S'agissant de l'évaluation, dès lors que la France ne dispose toujours pas à ce jour d'un outil pertinent scientifiquement¹³⁰, la CNCDH ne peut que réitérer ses réserves et mises en garde concernant les

¹²⁴ Dans ce sens B. Rebstock, *Audition du 14 novembre 2013*.

¹²⁵ REP n° 77.

¹²⁶ REP n° 104.

¹²⁷ CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II., op. cit.*, p. 143 et s. ; CNCDH 21 février 2013, *Avis sur la prévention de la récidive*.

¹²⁸ Voir M. Herzog-Evans, *Moderniser la probation française. Un défi à relever !*, L'Harmattan, Paris 2013, p. 13 et s. ; M. Herzog-Evans, *Evaluation : sortir de l'artisanat, Dedans dehors* n° 76, avril 2012, p. 35 et s. ; M. Herzog-Evans, *Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique*, *AJ Pénal* 2012, p. 75 et s. ; S. Dindo (2011), *op. cit.*, p. 27 et s. Comp. X. de Larminat, *La probation en quête d'approbation. Du consensus politique à l'aveuglement positiviste*, *APC* 2013 (n°35), p. 45 et s.

¹²⁹ Voir S. Dindo, *Sursis avec mise à l'épreuve, une analyse des pratiques de probation en France*, DAP, collection travaux & documents, décembre 2013, qui démontre qu'au sein des SPIP, les CPIP disposent d'un réel savoir-faire acquis dans le cadre de leur expérience de terrain. Pour une analyse plus théorique, voir également à ce sujet O. Razac, F. Gouriou et G. Salle, *Les rationalités de la probation française*, CIRAP/ENAP, mars 2013.

¹³⁰ Voir déjà CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II., op. cit.*, p. 146 et s.

méthodes exclusivement actuarielles qu'elle estime dangereuses pour les droits de l'homme¹³¹. Le contexte économique et social, ainsi que les facteurs cliniques, devront nécessairement faire partie intégrante de l'évaluation¹³². Les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (CPIP) devront également être formés non seulement pour l'utilisation des outils d'évaluation, mais encore pour en comprendre la valeur potentielle et les limites¹³³.

54. S'agissant du suivi et plus précisément de la mise en œuvre de « programmes », si la France possède déjà une petite expérience avec les groupes de paroles¹³⁴ et les programmes de prévention de la récidive (PPR)¹³⁵, ces innovations sont très en-deçà des exigences propres aux programmes cognitivo-comportementalistes et à celles des programmes dits thématiques développés à partir du mouvement de criminologie « *What Works* »¹³⁶. Dans ces conditions, la CNCDH ne peut que recommander aux pouvoirs publics :

- de favoriser le développement de la recherche scientifique appliquée en la matière,
- d'impulser des partenariats décloisonnés entre l'administration pénitentiaire et la recherche scientifique,
- de former plus efficacement les agents de probation assurant le suivi du condamné,
- de créer une instance indépendante d'accréditation des programmes composée de scientifiques¹³⁷. Celle-ci pourrait être constituée au sein du Conseil national de l'exécution de la peine.

b. *Repenser le métier de conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation*

55. Faire entrer la science dans la pratique s'avèrera très vraisemblablement long et complexe¹³⁸. Les évolutions décrites plus haut vont très vraisemblablement bouleverser les méthodes de travail des CPIP, alors même que leur métier a déjà connu ces quinze dernières années un changement profond, à partir du moment où l'action des SPIP s'est réorientée sur la question du passage à l'acte et de son évitement¹³⁹. La circulaire du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des SPIP insiste clairement sur la nécessité d'une prise en charge orientée sur le passage à l'acte, le repérage et le traitement des facteurs de risque de récidive¹⁴⁰. Le contexte économique et social du condamné est, quant à lui, dilué dans cette nouvelle priorité. S'en est suivi un glissement de l'identité professionnelle des CPIP passant du travail social à une gestion sécuritaire des risques essentiellement axée sur le contrôle des personnes placées sous main de justice : la notion d'aide a perdu de sa force et de sa valeur et l'objectif de sécurité a largement pris le pas sur celui de réinsertion sociale des condamnés¹⁴¹. La CNCDH ne peut que recommander très vivement une réintroduction et valorisation du

¹³¹ CNCDH 21 février 2013, *Avis sur la prévention de la récidive*. Voir également B. E. Harcourt, *Critique du champ pénal à l'âge actuariel*, Cahiers Parisiens n° 3, p. 785 et s.

¹³² REP n° 66 : « *Avant et pendant la mise en place du suivi d'un auteur d'infraction, ce dernier fait l'objet, le cas échéant, d'une appréciation qui analyse de façon systématique et approfondie sa situation particulière, y compris les risques, les facteurs positifs et les besoins, les interventions pour répondre à ces besoins, ainsi qu'une appréciation de la réceptivité de l'auteur d'infraction à ces interventions* ».

¹³³ REP n° 71.

¹³⁴ Voir P. Pottier, *Prévenir la récidive des délinquants sexuels. La pratique du SPIP de Charente*, AJ Pénal 2004, p. 62 et s. Voir également CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme*, Tome II., *op. cit.*, p. 136 et s.

¹³⁵ Voir S. Dindo (2013), *op. cit.*, p. 71 et s.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Sur ces différents points, voir M. Herzog-Evans, *Moderniser la probation française*, *op. cit.*, p. 67 et s. Voir également D. Raimbourg et S. Huygues, *Rapport d'information n° 652*, *op. cit.*, p. 121 et s.

¹³⁸ M. Herzog-Evans, *Intérêts et difficultés d'une approche désistante en France*, *op. cit.*, p. 89 et 90.

¹³⁹ P. Pottier, *Insertion et probation : évolutions et questionnements contemporains*, in : J.-L. Senon, G. Lopez et R. Cario (dir.), *Psychocriminologie. Clinique, prise en charge, expertise*, Dunod, Paris 2008, p. 240.

¹⁴⁰ Circulaire DAP n° 113/PMJ1 du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation, BO Ministère de la justice, avril 2008.

¹⁴¹ Voir Y. Perrier, *La probation de 1885 à 2005. Sanctions et mesures dans la communauté*, Dalloz, Paris 2012, n° 60-25, p. 1094 et s. ; D. Fassin (dir.), *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'Etat*, Seuil, Paris 2013, p. 201 et s. ; X. de Larminat, *La probation en quête d'approbation. L'exécution des peines en milieu ouvert entre gestion des risques et gestion des flux (thèse)*, CESDIP 2012. Pour un constat identique au Canada, voir P. Mounaud et M. Vacheret, *L'exécution de la peine privative de liberté au Canada. Mythes et réalités*, Ministère de la Justice, DAP, collection travaux et documents, Paris 2008, p. 88.

travail social au sein des SPIP, qui pourrait notamment se réaliser par une diversification du recrutement¹⁴².

56. Témoinant de ce glissement, le projet de loi privilégie une logique de contrôle en renforçant les pouvoirs de la police et de la gendarmerie aux fins de leur permettre de vérifier si les personnes placées sous main de justice en milieu ouvert respectent les obligations et interdictions auxquelles elles sont astreintes (article 15). En autorisant les forces de l'ordre à procéder à des arrestations et retenues¹⁴³, les nouvelles dispositions auront certes pour effet positif d'accroître l'efficacité du contrôle des personnes condamnées ; encore faut-il qu'un partenariat institutionnel organise la détection et le partage de l'information entre les forces de l'ordre, les SPIP et les JAP. Le projet permet également à la police et à la gendarmerie de procéder à des visites domiciliaires¹⁴⁴. La CNCDH y est fermement opposée, dès lors que les forces de l'ordre peuvent déjà faire usage des pouvoirs dont elles disposent au titre de l'enquête de flagrance (articles 53 et s. du CPP) et que ces visites domiciliaires sont le cœur même du travail de suivi des agents de probation¹⁴⁵. A cet égard, elle a déjà, dans le passé, regretté qu'elles soient si peu utilisées tout en relevant leur absolue nécessité pour la connaissance de l'univers quotidien et familial de la personne suivie¹⁴⁶.
57. Cet état de fait est en grande partie lié à une pénurie de moyens poussant les CPIP à se cantonner au contrôle du respect des obligations fixées par le JAP et à renvoyer les probationnaires vers les organismes, associations et administrations sans les accompagner dans ces démarches¹⁴⁷. A ce jour, ces différents acteurs interviennent de manière segmentée et dispersée dans le cadre de réseaux souvent informels, sans collaboration réelle entre partenaires : « *chacun réalise un bout de la tâche sans cohésion d'ensemble* »¹⁴⁸. Ce type d'approche repose en définitive sur l'idée que le condamné doit lui-même se responsabiliser¹⁴⁹ en allant chercher le soutien dont il a besoin auprès d'une multitude de partenaires, au risque de se décourager et de se désengager. L'expérience démontre cependant qu'un suivi de qualité suppose que le condamné ait une relation privilégiée avec un seul intervenant qui coordonne les différentes démarches¹⁵⁰.
58. Partant de ces constats, la CNCDH entend insister sur le fait que la prévention de la récidive s'avère illusoire lorsque le suivi consiste à se focaliser essentiellement sur la personnalité des condamnés ou les symptômes du passage à l'acte et à délaisser les contextes économiques et sociaux¹⁵¹. Conformément à la REP n° 55, « *le suivi ne doit pas être considéré comme un simple contrôle, mais aussi comme un moyen de conseiller, d'aider et d'accompagner les auteurs d'infraction. En cas de*

¹⁴² Comp. D. Raimbourg et S. Huyghe, *Rapport d'information n° 652, op. cit.*, p. 121, qui proposent de recentrer l'action des SPIP sur le suivi et le contrôle des personnes placées sous main de justice en confiant l'action sociale aux institutions de droit commun.

¹⁴³ Voir l'article 709-1 nouveau du CPP.

¹⁴⁴ Voir l'article 709-1-1 nouveau du CPP, aux termes duquel les visites domiciliaires sont conditionnées par l'existence d'indices graves ou concordants que des armes se trouvent au domicile d'un condamné soumis à l'interdiction de détenir une arme.

¹⁴⁵ Voir M. Herzog-Evans, *Récidive et surpopulation : pas de baguette magique juridique*, *AJ Pénal* 2013, p. 138, qui relève à juste titre que la circulaire du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des SPIP a quasiment supprimé les visites à domicile.

¹⁴⁶ CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II., op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁷ Voir M. Herzog-Evans, *Moderniser la probation française, op. cit.*, p. 22 et s. ; M. Herzog-Evans, *Intérêts et difficultés d'une approche désistante en France*, in : P. Mbanzoulou, M. Herzog-Evans et S. Courtine, *op. cit.*, p. 102 ; S. Dindo (2013), *op. cit.*, p. 27 et s. Voir également J.-C. Bouvier, *Une nouvelle peine au service de la probation, AJ Pénal* 2013, p. 134, qui précise que dans de nombreuses situations, le suivi de la personne condamnée se caractérise essentiellement par la remise de justificatifs attestant des démarches engagées au titre du respect des obligations.

¹⁴⁸ Voir X. de Larminat, *La probation en quête d'approbation, op. cit.* ; M. Herzog-Evans, *All hands on deck. Remettre le travail en partenariat au centre de la probation, AJ Pénal* 2013, p. 139.

¹⁴⁹ Voir S. Châle Courtine, *Insertion et exécution des peines, in : P. Mbanzoulou, M. Herzog-Evans et S. Courtine, op. cit.*, p. 38 ; M. Herzog-Evans, *Intérêts et difficultés d'une approche désistante en France, op. cit.*, p. 102. Voir également P. Poncela, *Dehors...La prison dans la tête. Quelques réflexions à propos des peines de milieu ouvert, APC* 2013 (n° 35), p. 17 et s., qui voit dans cette idée de responsabilisation la caractéristique de l'économie punitive néolibérale.

¹⁵⁰ Voir les expériences menées aux TGI de Cambrai et de Beauvais concernant la mise en place d'un coordinateur pour « densifier » l'accompagnement de certains condamnés dans leurs démarches vers les dispositifs de droit commun (J.-P. Vincentini et I. Derveaux, *L'accompagnement de certains condamnés aux TGI de Cambrai et Beauvais. Un exemple de projet de lutte contre la récidive, APC* 2013 (n° 35), p. 133 et s.).

¹⁵¹ Ce constat est partagé par la recherche scientifique : voir X. de Larminat, *La probation en quête d'approbation, op. cit.*

besoin, il doit être complété par d'autres interventions, proposées par les services de probation ou d'autres organismes, telles que des formations, le développement de compétences, des offres d'emploi et des dispositifs de soins ». Dans ce sens, la CNCDH ne peut que soutenir la définition et la mise en œuvre de véritables politiques partenariales avec les collectivités locales (communes, départements et régions), les administrations (Pôle Emploi, HLM, CPAM, préfectures, etc.) et les associations¹⁵². Elle recommande également que les effectifs des services de probation soient suffisants pour qu'ils puissent assurer pleinement leur mission¹⁵³. Le nombre de dossiers que chaque agent a à traiter doit lui permettre de surveiller, guider et assister efficacement les auteurs d'infraction, « *de manière humaine* »¹⁵⁴.

c. *Encourager le recours au « savoir-faire associatif »*

59. Le projet de loi retient une conception exclusivement régalienne de la peine de contrainte pénale¹⁵⁵ en gardant le silence sur la participation de la société civile dans la mise en œuvre de la contrainte pénale. La CNCDH estime qu'une réflexion doit être engagée à ce sujet, afin que la société civile s'approprie la philosophie de cette nouvelle sanction et d'éviter qu'elle ne soit mal perçue ou mal comprise¹⁵⁶. Il est regrettable que le projet soit silencieux sur le recours aux associations et au « *savoir-faire associatif* » pour la prise en charge de la contrainte pénale¹⁵⁷.

5. Une peine difficile à individualiser par le juge

60. L'article 8 du projet précise que la juridiction de jugement fixe la durée de la contrainte pénale (article 131-8-2 nouveau du CP), ce qui est problématique dans la mesure où c'est l'évaluation ultérieure par le SPIP qui devrait permettre de fixer cette durée. Dans le même sens, le juge qui prononce une contrainte pénale impose au condamné un suivi renforcé, alors même que l'intensité du suivi doit être définie après évaluation puis faire l'objet d'une adaptation continue¹⁵⁸. Dans ces conditions, le prononcé d'une contrainte pénale reposera en pratique sur les éléments du dossier qui sont, au stade du jugement, très maigres s'agissant de la personnalité et de la situation de la personne poursuivie. Afin que les juridictions correctionnelles s'approprient cette nouvelle peine, la CNCDH recommande le développement des rapports et évaluations pré-sententiels¹⁵⁹. La césure du procès pénal devrait permettre de donner toute leur force à ces rapports et évaluations.

61. Par ailleurs, le tribunal correctionnel peut, sans attendre la décision du JAP et à titre provisoire, imposer à la personne condamnée les interdictions et obligations prévues par les 4° à 14° de l'article 132-45 du CP, ordonner une injonction de soins ou imposer les obligations ou interdictions auxquelles était astreinte la personne dans le cadre de son contrôle judiciaire (article 131-8-2, alinéa 8 nouveau du CP). Cette juridiction ne peut donc fixer que des mesures, interdictions et obligations de type « contrôle social et prévention de la récidive » et non celles « visant à la réinsertion »¹⁶⁰. Pour la CNCDH, il s'agit là d'une réelle limitation apportée au pouvoir d'individualisation de la sanction. Le juge correctionnel se voit ainsi interdit de s'approprier la contrainte pénale dans son intégralité au stade de son prononcé.

¹⁵² REP n° 12 : « *Les services de probation coopèrent avec d'autres organismes publics ou privés et les communautés locales pour promouvoir l'insertion sociale des auteurs d'infraction. Un travail pluridisciplinaire et interorganisationnel, coordonné et complémentaire est nécessaire pour répondre aux besoins souvent complexes des auteurs d'infraction et renforcer la sécurité collective* ».

REP n° 37 : « *Les services de probation coopèrent avec d'autres organes du système judiciaire, avec les services de soutien et avec la société civile pour s'acquitter efficacement de leurs missions et obligations* ».

¹⁵³ Dans ce sens D. Raimbourg et S. Huyghe, *Rapport d'information n° 652, op. cit.*, p. 120.

¹⁵⁴ REP n° 29.

¹⁵⁵ Comp. REP n° 9 : « *La probation reste de la responsabilité des pouvoirs publics, même dans les cas où les services sont assurés par d'autres organismes ou par des bénévoles* ».

¹⁵⁶ REP n° 17 : « *Les autorités compétentes et les services de probation informent les médias et le grand public de l'action des services de probation afin de mieux faire comprendre leur rôle et leur valeur pour la société* ».

¹⁵⁷ Voir F. Lauféron, *Les associations sont en capacité de prendre en charge les contraintes pénales*, *Dalloz actualité* du 4 septembre 2013.

¹⁵⁸ S. Dindo et M. Crétenot (OIP), *Audition du 12 décembre 2013*.

¹⁵⁹ I. Gorce, *Audition du 12 décembre 2013*, qui précise que les SPIP ne sont pas à ce jour engagés dans le pré-sententiel.

¹⁶⁰ M. Herzog-Evans, *Audition du 14 janvier 2014*.

62. En outre, le nouvel article 131-8-2, alinéa 8 du CP n'octroie au tribunal correctionnel qu'une simple faculté si bien qu'une personne pourrait, le cas échéant, se voir condamnée à une contrainte pénale dépourvue de contenu concret, c'est-à-dire à une peine non individualisée¹⁶¹. Or, le principe d'individualisation de la peine étant rattaché par le Conseil constitutionnel au prononcé de celle-ci, le risque d'inconstitutionnalité apparaît sérieux. En effet, dans quatre décisions rendues les 11 juin 2010¹⁶², 29 septembre 2010¹⁶³ et 10 décembre 2010¹⁶⁴ à la suite de questions prioritaires de constitutionnalité, il rappelle clairement que le principe d'individualisation de la peine exige que le juge conserve un pouvoir d'appréciation pour moduler la peine au regard des circonstances de l'espèce ou de la personnalité du délinquant. Le critère de la censure réside donc dans la préservation de la liberté d'appréciation du juge qui prononce la peine et non pas de celui qui intervient au stade post-sentenciel. En conséquence, si le tribunal correctionnel ne devait donner aucune substance à la contrainte pénale, il abdiquerait sa mission constitutionnelle d'individualisation, ce à quoi la CNCDH est fermement opposée.
63. De manière à remédier à ces difficultés, la CNCDH propose de clarifier le rôle du juge correctionnel en matière d'individualisation de la contrainte pénale en insistant sur l'importance du nouveau mécanisme de césure du procès pénal. En cas de césure, le juge correctionnel devrait être en mesure, lors de l'audience de renvoi, en raison des éléments dont il dispose, de pouvoir individualiser toutes les obligations, interdictions et mesures afférentes à la contrainte pénale. Le JAP aurait ensuite pour mission d'en moduler le contenu en fonction de l'évolution de la situation et de la personnalité du condamné. En cas d'absence de césure, le juge devrait néanmoins, au stade de l'audience correctionnelle, donner un contenu même minimal à la contrainte pénale au vu des quelques éléments dont il dispose (fixation de la durée, ainsi que des mesures, obligations et interdictions qui s'imposent d'emblée), avant que le JAP n'en affine l'individualisation à l'issue de l'évaluation initiale et ultérieurement dans le cadre du suivi réalisé dans la durée. Ainsi, les missions respectives du juge correctionnel et du JAP seraient-elles clairement distinguées, le premier étant le maître d'œuvre du prononcé de la peine et le second de son exécution et de ses aménagements successifs. La CNCDH souhaite vivement une amélioration du projet de loi sur ces différents points.

6. Une peine entourée de garanties procédurales méritant des améliorations

64. S'agissant de la fixation concrète des mesures, interdictions et obligations après l'évaluation initiale réalisée par le SPIP, le projet (article 9) prévoit qu'elle relève des pouvoirs du JAP. Celui-ci est incontestablement le « juge naturel » de l'exécution de la contrainte pénale. Pourtant, le projet prévoit qu'il statue par voie d'ordonnance selon les modalités de l'article 712-8 du CPP. Pour la CNCDH, il est regrettable de ne pas avoir prévu à cet endroit un débat contradictoire donnant lieu à un jugement, en renvoyant à l'article 712-6 du CPP. La fixation du contenu de la contrainte pénale justifie que s'instaure une discussion sur la peine, étant rappelé que « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention* »¹⁶⁵. Prévoir un débat contradictoire, c'est aussi favoriser l'adhésion de la personne condamnée aux modalités de la contrainte pénale prononcée à son encontre¹⁶⁶.
65. De même, en cas de manquement du condamné aux mesures, interdiction et obligations découlant de la contrainte pénale, l'article 9 du projet prévoit que le JAP peut renforcer l'intensité du suivi en statuant par voie d'ordonnance, c'est-à-dire sans débat contradictoire. Cette situation appelle les mêmes remarques que précédemment et la CNCDH ne peut que regretter le peu de place accordé au débat contradictoire dans le projet de loi dont elle est saisie. Le JAP peut également, sur réquisitions du

¹⁶¹ Ce qui est problématique au regard de la philosophie même de la probation, peine qui procède du mouvement général en faveur de l'individualisation des peines, comme l'a justement écrit Marc Ancel (voir *L'institution de la mise à l'épreuve (Etude de droit pénal comparé)*, RIDC 1950 (vol. 2, n° 3), p. 405 et s.).

¹⁶² Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, à propos de l'article L. 7 du code électoral.

¹⁶³ Cons. const. 29 septembre 2010, n° 2010-40 QPC, à propos de l'article L. 234-13 du code de la route ; Cons. const. 29 septembre 2010, n° 2010 41 QPC à propos de l'article L. 212-4 du code de la consommation.

¹⁶⁴ Cons. const. 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC, à propos de l'article 1741 du code général des impôts.

¹⁶⁵ Cass. Ass. plén. 30 juin 1995, *Rec. Dalloz* 1995, jurisp., p. 513, note Drago.

¹⁶⁶ Les REP n° 6 et 73 insistent sur la nécessité de rechercher le consentement éclairé et la coopération de la personne condamnée.

procureur de la République, mettre fin à la contrainte, si celle-ci est en cours depuis au moins un an, dès lors que le condamné a satisfait aux mesures et que son « reclassement paraît acquis et qu'aucun suivi ne paraît plus nécessaire » (article 713-45 nouveau du CPP). Cette possibilité d'extinction anticipée décidée par le JAP, certes nouvelle par rapport au sursis avec mise à l'épreuve, mérite approbation. Néanmoins, il aurait été souhaitable que la possibilité de saisir le JAP d'une telle demande soit également reconnue au condamné et qu'une telle décision donne lieu à un débat contradictoire, au nom du respect du droit d'accès à un juge et des droits de la défense.

B. Les insuffisances des remèdes destinés à réduire le nombre des « sorties sèches »

1. Abroger les mécanismes inefficaces de gestion des flux carcéraux, une option louable mais insuffisante

66. L'article 11 du projet de loi consacre le principe du retour progressif à la liberté par le biais d'un passage par le milieu ouvert (article 707 IV¹⁶⁷) pour éviter les sorties dites « sèches ». Quant à l'article 17, il supprime la procédure simplifiée d'aménagement de peine (PSAP) et la surveillance électronique de fin de peine (SEFIP).

67. La CNCDH avait en 2007 relevé les faibles résultats et les défauts techniques de la nouvelle procédure d'aménagement de peine (NPAP)¹⁶⁸. En dépit de ces réserves, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a renforcé ce mécanisme en créant la procédure simplifiée d'aménagement de peine (PSAP) qui n'a pas eu l'effet escompté. La doctrine a très vite relevé sa complexité¹⁶⁹ à l'origine de sa faible utilisation en pratique¹⁷⁰. Dans ces conditions, le constat établi par la Cour des comptes à propos de la lourdeur de l'ancienne « NPAP » reste malheureusement d'actualité : « on aboutit dès lors à ce paradoxe que les plus fragiles socialement et « criminologiquement », qui présentent souvent le plus grand risque de récidive, se trouvent naturellement guidés vers le mode de sortie de prison qui induit le plus grand risque de récidive (la sortie sèche) »¹⁷¹.

68. S'agissant de la SEFIP, elle a été créée par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹⁷² pour apporter une réponse à moindre coût à la question de la surpopulation carcérale en systématisant l'exécution des fins de peine d'emprisonnement sous le régime de la surveillance électronique. Cette mesure s'inscrit clairement dans une dynamique quantitative qui se concilie difficilement avec la lutte contre la récidive¹⁷³, ce qui explique son accueil plutôt froid en pratique¹⁷⁴. Son bilan chiffré est en outre extrêmement mitigé¹⁷⁵ dans un contexte tendu de pénurie de moyens humains au sein des SPIP¹⁷⁶.

69. Au regard de ce qui précède, les SEFIP et PSAP, procédures standards et quasi-automatiques, en marginalisant le pouvoir d'individualisation du JAP, étaient vouées à être inefficaces en termes de

¹⁶⁷ « Toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ».

¹⁶⁸ CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme*, Tome II., *op. cit.*, p. 75 et s.

¹⁶⁹ 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. pénal* 2010 (n° 1), étude n° 1 ; M. Danti-Juan, *Analyse critique du contenu de la loi dite « pénitentiaire » (loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009)*, *RPDP* 2010, p. 91 et s. ; M. Herzog-Evans, *Application des peines : la prétendue fausse « bonne partie » de la loi pénitentiaire*, *AJ Pénal* 2009, p. 483 et s.

¹⁷⁰ Voir *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines. Etude d'impact du 7 octobre 2013*, p. 37 et s., 66 et 67. Voir déjà N. Borvo Cohen-Séat et J.-R. Lecerf, *Rapport d'information n° 629, op. cit.*, p. 60.

¹⁷¹ Cour des comptes, *Le service public pénitentiaire : prévenir la récidive, gérer la vie carcérale*, La documentation française, Paris 2010, p. 134.

¹⁷² Voir les articles 723-28 et D. 147-30-19 et s. du CPP.

¹⁷³ B. Lavielle et M. Janas, *Le guide des peines*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris 2012, n° 912-13, p. 1272.

¹⁷⁴ Voir N. Borvo Cohen-Séat et J.-R. Lecerf, *Rapport d'information n° 629, op. cit.*, p. 62. Voir également P. Poncela, *La surveillance électronique de fin de peine. Un symbole des évolutions du droit de l'exécution des peines*, *RSC* 2011, p. 681 et s. ; E. Senna, *La surveillance électronique de fin de peine*, *AJ Pénal* 2011, p. 169 et s.

¹⁷⁵ Voir *Etude d'impact du 7 octobre 2013, op. cit.*, p. 37 et s., 66 et 67.

¹⁷⁶ Pour plus de détails, voir B. Lavielle et M. Janas, *op. cit.*, n° 912-13, p. 1272.

prévention de la récidive et de réinsertion¹⁷⁷. Partant, la CNCDH ne peut que se réjouir des nouvelles dispositions les abrogeant.

2. Consacrer une libération conditionnelle d'office aux deux tiers de peine, sauf opposition du juge de l'application des peines

70. L'article 17 du projet de loi prévoit d'intégrer dans le code de procédure pénale un nouvel article 730-3 imposant l'examen, dans le cadre d'un débat contradictoire, de la situation des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement supérieure à 5 ans, aux fins d'octroi d'une libération conditionnelle. Ce nouveau dispositif est certes louable en ce qu'il apporte la garantie d'un examen de toutes les situations dans le respect du principe d'un débat contradictoire, mais il est totalement inutile dans la mesure où l'article D. 523 du CPP impose déjà l'examen au moins une fois par an de la situation de tous les condamnés ayant vocation à la libération conditionnelle. La CNCDH ne peut une fois de plus que regretter ce « bégalement législatif ».
71. L'article 16 du projet prévoit de son côté un examen obligatoire par le JAP de la situation des personnes condamnées à une peine de 5 ans au plus, lorsqu'elles ont exécuté les 2/3 de leur peine. Il n'est donc pas prévu une sortie automatique, mais un examen obligatoire en commission de l'application des peines (CAP) avant une décision, par ordonnance motivée, prononçant un aménagement de peine qui peut consister en une semi-liberté, un placement sous surveillance électronique, un placement extérieur ou une libération conditionnelle. A cet égard, la CNCDH entend rappeler que seuls des aménagements de peine comprenant la préparation d'un projet de sortie et un suivi adapté sont de nature à faire diminuer le risque de récidive¹⁷⁸. Or, l'examen du projet de loi montre qu'il est loin d'atteindre cet objectif.
72. En premier lieu, le nouvel article 720 du CPP s'articule mal avec les dispositions actuelles relatives à la libération conditionnelle qui consacrent déjà le seuil des 2/3 de peine pour les récidivistes (article 729 du CPP). S'agissant des primo-délinquants, pour lesquels une mesure de libération conditionnelle peut être octroyée à mi-peine, les nouvelles dispositions prévoyant un examen obligatoire aux 2/3 de peine risquent fortement d'avoir pour effet de marginaliser les demandes d'aménagement de peine classique. Ces deux dates étant en pratique assez proches dans l'hypothèse de courtes peines, il est à craindre que la personne détenue et les acteurs lui apportant de l'aide dans la préparation de la sortie ne se mobilisent qu'en considération de la date d'examen obligatoire.
73. En deuxième lieu, en rendant obligatoire le seul examen de la situation du condamné et non le prononcé d'un aménagement de peine, le nouveau texte rend facultatif le passage par le milieu ouvert avant la sortie de détention. Il ne permet donc pas d'éviter totalement les sorties sèches. Il ressort au demeurant de l'étude d'impact que ces nouvelles dispositions sont destinées à être appliquées aux personnes détenues non engagées activement dans un projet d'insertion, dès lors que celles qui le sont relèvent du régime de droit commun de la libération conditionnelle¹⁷⁹. Certains JAP s'approprièrent le nouvel article 720 du CPP en se contentant d'exiger de la part des intéressés des garanties et engagements minima ; néanmoins, le renvoi opéré à l'article 707 du CPP laisse présager que de nombreux magistrats exigeront des gages sérieux de réinsertion (engagement clair quant au respect des obligations, hébergement, accomplissement de démarches administratives, recherche active d'un emploi,...)¹⁸⁰. Or, du fait de l'incarcération, ces démarches sont extrêmement difficiles à accomplir. Elles le sont encore davantage pour des personnes ne remplissant pas les conditions pour être libérées à mi-peine et qui doivent se mobiliser dans le délai séparant la mi-peine des 2/3 de peine. En définitive, il est à craindre que la rédaction projetée de l'article 720 du CPP ne permette pas d'envisager une politique et des pratiques uniformes en matière de sortie de détention et de retour progressif à la liberté.

¹⁷⁷ M. Giacomelli, *op. cit.*, n° 22. Plus généralement sur le JAP et la désistance, voir M. Herzog-Evans, *Le juge de l'application des peines. Monsieur Jourdain de la désistance*, L'Harmattan, Paris 2013, p. 47 et s.

¹⁷⁸ Voir A. Kensey et A. Benaouda, *Les risques de récidive des sortants de prison. Une nouvelle évaluation*. Direction de l'administration pénitentiaire, Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques, mai 2011, n° 36.

¹⁷⁹ Voir *Etude d'impact du 7 octobre 2013*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁸⁰ Dans ce sens L. Fossey, *Audition du 7 janvier 2014* ; E. Senna, *Note technique du 27 décembre 2013*.

74. En troisième lieu, les nouvelles dispositions prévoient que le JAP prononce la libération sous contrainte après consultation de la commission de l'application des peines (CAP). Les décisions prises à ce jour par le JAP après avis de cette commission concernent des mesures peu graves relatives à l'exécution de la peine privative de liberté¹⁸¹ et avant tout relatives à la gestion de la détention¹⁸², ainsi que cela ressort de la composition de la commission d'application des peines qui a pour membres de droit le JAP, le procureur de la République et le chef d'établissement¹⁸³ et pas les personnels d'insertion et de probation. La commission peut être régulièrement réunie sans que ces derniers soient présents (article D. 49-28 alinéa premier du CPP). Dès lors, la CNCDH craint que l'extension de la « procédure CAP » à la libération sous contrainte n'aboutisse à dévoyer totalement la logique de l'aménagement de peine : alors qu'il repose sur la préparation d'un projet de sortie, il se voit transformé en un simple mécanisme de gestion de la détention¹⁸⁴ qui risque de faire du comportement de l'intéressé durant son incarcération le critère déterminant du bénéfice de la libération sous contrainte¹⁸⁵. Il peut d'ailleurs difficilement en être autrement lorsque le nombre de dossiers à examiner en commission d'application des peines atteint une centaine au cours d'une même demi-journée, comme c'est le cas dans certains établissements pénitentiaires.
75. Par ailleurs et surtout, la CNCDH s'inquiète vivement de ce qu'une telle libération sous contrainte, qui aboutit en définitive à l'octroi d'un aménagement de peine, puisse être décidée dans le cadre d'une procédure sans débat contradictoire, dès lors que l'audition de la personne détenue est une faculté pour le JAP¹⁸⁶ et que les textes ne prévoient pas clairement la possibilité pour celle-ci d'être assistée par un avocat¹⁸⁷. Se pose alors la question de la conformité de ces nouvelles dispositions à l'article 6-1 de la CESDH qui consacre des droits de caractère civil (vie privée et familiale, liberté de correspondance, etc.) pouvant s'appliquer au procès post-sentenciel¹⁸⁸. La CNCDH ne peut en outre que s'étonner de ce que les nouvelles dispositions permettent le prononcé d'un aménagement de peine sans que la personne concernée ait rien sollicité et sans qu'elle ait été mise en mesure d'accepter ou de refuser sa libération sous contrainte. Cela contribue à répandre l'idée erronée selon laquelle l'octroi d'un aménagement de peine est nécessairement une faveur, alors qu'en pratique, il se peut que des personnes incarcérées préfèrent achever leur peine privative de liberté sans passer par le milieu ouvert ressenti comme extrêmement contraignant¹⁸⁹. Pour la CNCDH, l'adhésion de la personne détenue à l'aménagement de sa peine et son engagement dans un parcours de réinsertion conditionnent la réussite de son élargissement définitif par le relais du milieu ouvert.

¹⁸¹ Article D. 49-27 du CPP : « Le juge de l'application des peines fixe les principales modalités d'exécution des peines privatives de liberté ».

¹⁸² La CAP est chargée d'assister le JAP et d'émettre un avis préalable à certaines décisions qu'il est amené à prendre en matière de retraits de crédits de réduction de peine, de réductions supplémentaires de peine, de permissions de sortir ou d'autorisations de sortie sous escorte (article 712-5 et 721 du CPP).

¹⁸³ Articles 712-5 alinéa 3 et D. 49-28 du CPP.

¹⁸⁴ M. Herzog-Evans évoque à cet endroit la « pénitentiarisation » de la prise de décision en matière d'aménagements de peines. Une évolution similaire est constatée en Allemagne (F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3^{ème} éd., Kohlhammer, Stuttgart 2012) et en Espagne (J. Cid et B. Tebar, *Revoking early conditional release measures in Spain*, *European Journal of Probation* 2012, n° 4(1), p. 112 et s.).

¹⁸⁵ Voir M. Herzog-Evans, *La gestion du comportement du détenu*, L'Harmattan, Paris 1998, qui, à propos de la « procédure CAP » met en évidence l'absence totale de droits de la défense, les risques de pressions pénitentiaires et la possibilité d'instrumentalisation du JAP.

¹⁸⁶ Article D. 49-28 alinéa 3 du CPP : « Le juge de l'application des peines peut ordonner la comparution de la personne détenue devant la commission de l'application des peines afin qu'elle soit entendue par cette dernière dans les domaines qui relèvent de sa compétence ».

¹⁸⁷ L'article D. 49-28 du CPP dispose en effet que « le juge de l'application des peines peut, en accord avec le chef d'établissement, faire appel, soit à titre permanent, soit pour une séance déterminée, à toute personne remplissant une mission dans l'établissement pénitentiaire, lorsque sa connaissance des cas individuels ou des problèmes à examiner rend sa présence utile ». L'avocat ne remplissant pas une mission au sein de l'établissement pénitentiaire, une lecture stricte de ces dispositions ne permet pas en principe d'accepter sa présence.

¹⁸⁸ Dans ce sens E. Senna, *Note technique du 27 décembre 2013*, qui se réfère à l'affaire *Enea contre Italie* (Cf. Cour EDH 17 septembre 2009, *Enea c. Italie*, req. n° 74912/01) relative au placement d'une personne détenue dans un secteur pénitentiaire à niveau de surveillance élevé.

¹⁸⁹ Pour une étude concernant l'Allemagne, voir A. Böhm et C. Ehrard, *Die Praxis der bedingten Strafrestaussetzung – Eine Untersuchung zur Anwendung des § 57 StGB in Hessen*, *Monatschrift für Kriminologie*, n° 67, p. 365 et s.

76. Au regard de ce qui précède, la CNCDH ne peut que rappeler une nouvelle fois la « *nocivité des sorties sèches* »¹⁹⁰, facteur majeur de récidive¹⁹¹. En effet, ainsi que l'a souligné une récente étude consacrée aux risques de récidive des sortants de prison¹⁹², les personnes détenues ayant fait l'objet d'une libération sans aménagement récidivent davantage que les personnes qui ont vu leur peine aménagée. La CNCDH souhaite que soit mis en place un système progressif permettant d'aménager la peine d'emprisonnement au fur et à mesure de son exécution. A la suite de son avis du 14 décembre 2006¹⁹³ et de son étude de 2007 sur les alternatives à la détention¹⁹⁴, elle recommande la création d'un système de libération conditionnelle d'office aux deux tiers de peine pour les personnes condamnées à des peines d'emprisonnement inférieures ou égales à cinq ans, sauf opposition motivée du juge de l'application des peines à l'issue d'une procédure contradictoire. Le jury de la conférence de consensus s'est prononcé dans le même sens¹⁹⁵.

C. Les régressions dans la lutte contre la surpopulation carcérale

77. Le projet de loi, qui n'a pas pour objet direct de lutter contre la surpopulation carcérale, ne peut pour autant ignorer la gravité du sujet. Au 1^{er} janvier 2014 (France entière) le nombre de personnes sous écrou est de 77 883 dont 67 075 sont effectivement détenues. Le nombre de places opérationnelles en détention est de 57 516, ce qui donne une surpopulation effective de 9 559 personnes. Dans ces conditions, toute disposition du projet qui permettrait indirectement de réduire la surpopulation carcérale doit être encouragée.

78. La suppression des peines plancher participe indéniablement de cette logique¹⁹⁶. La loi du 10 août 2007 a entraîné une augmentation du recours à l'emprisonnement ferme et du quantum des peines privatives de liberté prononcées¹⁹⁷, double mouvement qui a conduit le législateur à imaginer dans la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 des mécanismes de régulation des flux carcéraux qui ont mal fonctionné en pratique¹⁹⁸. Cette situation a contribué à l'augmentation de la surpopulation carcérale.

79. L'article 7 du projet de loi, revenant de manière surprenante sur les dispositions de la loi pénitentiaire précitée, prévoit un abaissement des seuils d'aménagement de peine prévus aux articles 474 et 723-15 du CPP pour les condamnés libres et pour les aménagements de peine *ab initio* (articles 132-25, 132-26-1 et 132-27 du CP). Le seuil passe de 2 à 1 an d'emprisonnement pour les primo-délinquants et de 1 an à 6 mois pour les récidivistes. Pour la CNCDH, il s'agit d'une régression difficilement acceptable.

80. Cette modification, aussi surprenante que grave, aura pour conséquence d'accroître la population carcérale, comme le mentionne clairement l'étude d'impact¹⁹⁹. Les récidivistes ne seront pas en mesure d'obtenir un aménagement de peine, dès lors que le seuil sera en pratique dépassé dans la quasi-totalité des cas. A cet égard, il est important de rappeler qu'un nombre non négligeable de récidivistes est constitué de personnes cumulant des courtes peines d'emprisonnement, à savoir celles-là même pour lesquelles un aménagement de peine en milieu ouvert s'impose. Il n'est donc pas excessif d'affirmer que ce nouveau dispositif conduit à les exclure du bénéfice d'un aménagement de peine, alors qu'il pourrait grandement favoriser leur sortie de la délinquance²⁰⁰. Ensuite, le projet de loi ne modifie pas les seuils d'aménagement pour les personnes déjà incarcérées, qui restent fixés à deux ans pour les primo-délinquants et à un an pour les récidivistes (articles 723-1 et 723-7 du CPP). La CNCDH ne

¹⁹⁰ CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II., op. cit.*, p. 102 et s.

¹⁹¹ Voir à ce sujet J.-L. Warsmann, *Les peines alternatives à la détention, les modalités d'exécution des courtes peines, la préparation des détenus à la sortie de prison (rapport)*, La documentation française, Paris 2003.

¹⁹² A. Kensey et A. Benaouda, *op. cit.*

¹⁹³ CNCDH 14 décembre 2006, *Avis sur les alternatives à la détention*.

¹⁹⁴ CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II., op. cit.*, p. 109 et s.

¹⁹⁵ Voir *Rapport du jury de consensus, op. cit.*, Recommandation n° 8, p. 25.

¹⁹⁶ Dans ce sens D. Raimbourg et S. Huyghe, *Rapport d'information n° 652, op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ C'est le cas des SEFIP et PSAP évoquées plus haut.

¹⁹⁹ Voir *l'Etude d'impact du 7 octobre 2013, op. cit.*, p. 106, qui précise qu'environ 5.000 personnes ne pourront plus bénéficier d'un aménagement de peine du fait de la réduction des seuils.

²⁰⁰ A. Kensey et A. Benaouda, *op. cit.*

peut que constater l'incohérence engendrée par la modification des dispositions de l'article 723-15 du CPP, ainsi que la complexification de la partie du code de procédure pénale relative à l'application et à l'exécution des peines dont le manque de lisibilité et d'intelligibilité est à ce jour déjà patent²⁰¹. Enfin et surtout, il convient de le redire, l'abaissement des seuils tend à accréditer l'idée fautive selon laquelle un aménagement de peine serait toujours une faveur, alors qu'il s'agit d'une prise en charge dont la contrainte n'est pas forcément ressentie comme plus légère que celle née de l'exécution d'une peine privative de liberté²⁰². Les mesures de milieu ouvert, qui imposent au condamné un grand nombre d'obligations et interdictions, présentent indéniablement une dimension punitive au-delà de leur dimension réinsérante²⁰³.

81. Dans ces conditions, la CNCDH recommande instamment de revenir aux seuils prévus par la loi pénitentiaire de 2009. Elle est d'autant plus opposée à l'abaissement des seuils retenus dans le projet de loi, qu'elle préconise la suppression totale du prononcé des peines inférieures ou égales à 6 mois d'emprisonnement d'une part, parce que ces peines ont prouvé leur inefficacité et, d'autre part, pour lutter contre la surpopulation carcérale²⁰⁴. En ce sens, il est intéressant d'observer que le paragraphe 47 du code pénal allemand soumet à des conditions drastiques le prononcé d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à 6 mois²⁰⁵. La CNCDH relève par ailleurs que l'étude d'impact mentionne que la contrainte pénale aura principalement pour vocation de se substituer aux peines de sursis avec mise à l'épreuve²⁰⁶. Elle ne peut donc que déplorer que cette nouvelle peine, au lieu d'être pensée pour réduire la surpopulation carcérale, soit destinée principalement à alourdir les obligations du sursis avec mise à l'épreuve.
82. Au regard de ce qui précède, la CNCDH ne peut que rappeler la nécessité d'une véritable politique réductionniste²⁰⁷ et regretter que le projet de loi soit totalement silencieux sur :
- l'absence de mise en place d'un système de *numerus clausus*²⁰⁸, alors même que des réflexions sont conduites depuis plusieurs années sur cette question²⁰⁹ ;
 - l'absence d'engagement d'une réflexion sur la contraventionnalisation de certains délits voire la décriminalisation de certains agissements²¹⁰.

D. L'absence de consécration explicite des droits du condamné

83. L'article 11 du projet rappelle les principes directeurs relatifs à la mise en œuvre des peines (article 707 du CPP). La victime se voit reconnaître plusieurs droits : celui d'obtenir réparation de son préjudice, celui d'être informée de la fin d'une peine privative de liberté, ainsi qu'un droit à la sûreté et à la tranquillité²¹¹. Elle est plus généralement habilitée à « *saisir l'autorité judiciaire de toutes atteintes à ses*

²⁰¹ Sur la complexification et la perte de cohérence du code de procédure pénale, voir Cour de cassation (dir.), *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris 2007.

²⁰² CNCDH, *Sanctionner dans le respect des droits de l'homme, Tome II, op. cit.*, p. 124.

²⁰³ *Ibid.*, p. 126. Voir également M. Cusson, *Peines intermédiaires, surveillance électronique et abolitionnisme*, Université de Montréal, août 1997.

²⁰⁴ CNCDH 21 février 2013, *Avis sur la prévention de la récidive*.

²⁰⁵ Voir T. Weigend, *Die kurze Freiheitsstrafe – eine Sanktion mit Zukunft ?*, *Juristenzeitung* 1986, p. 260 et s.

²⁰⁶ *Etude d'impact du 7 octobre 2013, op. cit.*, p. 103.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Dans son avis du 21 février 2013 sur la prévention de la récidive, la CNCDH recommande qu'un système de *numerus clausus* soit mis en place, notamment dans les maisons d'arrêt. Chaque établissement pénitentiaire aurait un nombre de places maximum. Lorsque le nombre de détenus ainsi fixé serait atteint, tout nouveau détenu devrait être dirigé vers une prison voisine, disposant de place, ou bien le juge de l'application des peines devrait se prononcer sur la sortie d'un condamné n'ayant plus que quelques semaines de détention à exécuter.

²⁰⁹ Voir D. Raimbourg, *Rapport n° 2941 visant à instaurer un mécanisme de prévention de la surpopulation pénitentiaire*, Assemblée nationale 12 novembre 2010 ;

²¹⁰ Voir D. Raimbourg et S. Huyghe, *Rapport d'information n° 652, op. cit.*, p. 59 et s.

²¹¹ Article 707 nouveau du CPP : « II. Au cours de l'exécution de la peine, la victime a droit :

1° De saisir l'autorité judiciaire de toutes atteintes à ses intérêts ;

2° D'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté ;

3° D'être informée si elle le souhaite de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté dans les cas et conditions prévues par le présent code ;

4° A ce que soit s'il y a lieu prise en compte la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté.

intérêts ». La CNCDH ne peut que s'inquiéter d'une formulation aussi vague. En outre, la plupart des droits énumérés sont déjà consacrés dans plusieurs articles du code de procédure pénale, et notamment, en tant que principe directeur, à l'article préliminaire. Une fois de plus, la CNCDH se doit de rappeler que de tels doublons, rédigés de manière imprécise, nuisent indéniablement à la qualité de la loi. Elle recommande donc leur suppression. Par contre, elle souhaite tout particulièrement qu'à toutes les phases du procès pénal, une attention plus soutenue soit portée à l'écoute et à l'accompagnement des victimes par tous les magistrats, y compris les juges d'instruction, et par les auxiliaires de justice. A cet égard, Paul Ricoeur affirmait justement que « derrière la clameur de la victime se trouve une souffrance qui crie moins vengeance que récit »²¹². Dans ces conditions, la CNCDH sera extrêmement vigilante quant à la protection des droits des victimes lors de la prochaine transposition de la directive du 25 octobre 2012²¹³.

84. L'énumération des droits des victimes ne trouve malheureusement pas son pendant pour le condamné, dont il aurait été pertinent de consacrer les droits fondamentaux dans le cadre des dispositions préliminaires de l'article 707 du CPP. La rédaction des nouvelles dispositions est donc peu équilibrée et difficilement compatible avec l'exigence d'égalité des armes (article préliminaire du CPP et article 6 de la CESDH). En conséquence, la CNCDH recommande que les droits du condamné soient définis à l'article 707 du CPP.
85. Enfin, la CNCDH se doit de rappeler à propos de la place croissante des victimes dans le procès pénal français « *qu'une société qui ne parvient plus à maîtriser collectivement, politiquement au sens le plus noble du terme, la détermination des cibles de la répression pénale, souffre d'une sorte de privatisation d'un élément essentiel du contrat social* »²¹⁴.

CONCLUSION

86. Le manque d'aboutissement du projet de loi révèle en définitive les atteroiements et embarras qui ont entouré sa préparation. Le texte laisse transparaître une discordance entre la philosophie pénale qui le fonde et la politique criminelle mise en œuvre. Les rédacteurs semblent avoir éprouvé de grandes difficultés à se départir de la philosophie du contrôle et de l'obsession sécuritaire qui ensorcelle la vie politique depuis trop longtemps²¹⁵ et qui s'est traduite par une « *hyperinflation pénale* »²¹⁶. En multipliant les messages contradictoires, ce projet risque malheureusement de conduire à un nouvel empilement de textes et de dispositifs, sans emporter de changement des pratiques : l'échec est alors prévisible tant pour la prévention de la récidive, que pour la réduction de la surpopulation carcérale²¹⁷.
87. En guise de conclusion, la CNCDH se doit de rappeler son engagement en faveur d'une politique criminelle résolument humaniste en osant une proposition : quoi qu'il puisse advenir du mouvement de la défense sociale nouvelle, puisse-t-il demeurer chez le plus grand nombre d'entre nous, selon les propres mots de Marc Ancel, « *cette insatisfaction critique délibérément maintenue* », accompagnée de ce permanent souci d'une espérance et d'un avenir pour tout homme aussi délinquant ou déviant soit-il²¹⁸. Il est encore temps pour le Parlement de redonner au projet de loi sa juste ambition initiale.

L'autorité judiciaire est tenue de garantir l'intégralité de ces droits tout au long de l'exécution de la peine quelles qu'en soient les modalités ».

²¹² P. Ricoeur, *Audition lors du procès du sang contaminé*.

²¹³ Voir la Directive 2012/29/UE 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 et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil*.

²¹⁴ CNCDH 24 janvier 2002, *Réflexions sur le sens de la peine*. Cf. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris 2008.

²¹⁵ Voir à ce sujet D. Salas, *La justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Les arènes, Paris 2012.

²¹⁶ C. Lazerges, *La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents*, RSC 2009, p. 689.

²¹⁷ J. Alix, *Les hésitations de la politique criminelle*, op. cit.

²¹⁸ C. Lazerges, *La défense sociale nouvelle a 50 ans. L'actualité de la pensée de Marc Ancel*, RSC 2005, p. 165.

ANNEXE 1

Synthèse des principales recommandations

Recommandation n° 1 : La CNCDH recommande l'inversion du titre du projet de loi qui devrait s'intituler : « *projet de loi relatif à l'individualisation des peines et à la prévention de la récidive* ».

Recommandation n° 2 : La CNCDH recommande la suppression des peines automatiques ou accessoires encore maintenues dans des textes extérieurs au code pénal.

Recommandation n° 3 : S'agissant du prononcé d'une peine d'emprisonnement assortie du sursis, la CNCDH recommande, eu égard au principe d'individualisation des peines, d'abroger, d'une part, l'article 132-41 du CP interdisant de prononcer plus de deux sursis avec mise à l'épreuve et d'autre part, l'article 132-30 du même code qui interdit de prononcer un sursis simple à l'égard d'une personne déjà condamnée dans les cinq dernières années à une peine de réclusion ou d'emprisonnement.

Recommandation n° 4 : Dans l'hypothèse d'une césure du procès pénal, la CNCDH recommande de faire porter les investigations complémentaires sur la « *situation de la personne et sa personnalité* », de manière à ce que les situations familiale, économique, professionnelle et sociale soient prises en compte.

Recommandation n° 5 : La CNCDH recommande la suppression de la référence aux « droits » de la victime dans le nouvel article 130-1 du CP et son remplacement par une référence aux « intérêts » de celle-ci.

Recommandation n° 6 : La CNCDH recommande que les fonctions et finalités de la peine soient clairement définies et hiérarchisées, de manière à ce que la philosophie de la peine irriguant le code pénal soit explicitement fixée.

Recommandation n° 7 : En matière d'insertion et de réinsertion, la CNCDH recommande que soient précisées les obligations positives de l'Etat et des collectivités territoriales en déterminant de manière explicite les modalités concrètes d'accès des condamnés aux dispositifs de droit commun.

Recommandation n° 8 : Pour la CNCDH, le tribunal correctionnel doit motiver spécialement toute décision d'enfermement, y compris le mandat de dépôt pris à l'encontre d'un récidiviste.

Recommandation n° 9 : La CNCDH recommande que la définition de la contrainte pénale s'approprie les règles européennes de la probation du Conseil de l'Europe de 2010, ainsi que les conclusions de la conférence de consensus. Aussi, les nouvelles dispositions ne doivent-elles pas négliger la dimension réinsérante de la contrainte pénale étant rappelé que le suivi et l'accompagnement social devraient être les composantes essentielles de toutes les peines s'exécutant en milieu ouvert.

Recommandation n° 10 : La CNCDH recommande de dresser la liste des infractions pour lesquelles la contrainte pénale serait encourue à titre principal, à l'exclusion de tout emprisonnement. S'agissant des délits pour lesquels la contrainte pénale ne serait pas encourue à titre principal, cette nouvelle peine pourrait être envisagée comme une alternative à l'emprisonnement. Seraient donc concernés, tous les autres délits, sans distinction, dont la peine encourue peut aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement.

Recommandation n° 11 : Dès lors que l'emprisonnement encouru peut être inférieur à la durée de contrainte pénale prononcée, la CNCDH estime que cette peine ne répond pas aux principes de nécessité et de proportionnalité.

Recommandation n° 12 : En cas de manquement du condamné aux obligations interdictions et mesures afférentes à la contrainte pénale, la CNCDH recommande de ne pas prévoir la possibilité d'un emprisonnement concernant les délits pour lesquels la contrainte pénale est prévue à titre de peine principale. Dans cette hypothèse, seul un renforcement du suivi devrait être envisagé. En revanche, pour les délits pour lesquels la contrainte pénale serait une peine alternative à l'emprisonnement, la CNCDH recommande de créer une

infraction de manquement aux obligations, interdictions et mesures de la peine de contrainte pénale et de charger la juridiction de jugement de fixer le quantum à subir dans ces hypothèses.

Recommandation n° 13 : Pour la CNCDH, l'adhésion de la personne condamnée à une contrainte pénale doit être impérativement recueillie avant le prononcé d'une injonction de soins ou d'un travail d'intérêt général.

Recommandation n° 14 : La CNCDH recommande la réécriture du titre III du Livre Premier du code pénal.

Recommandation n° 15 : La CNCDH recommande l'extension de la contrainte pénale au droit pénal des mineurs, mais encore la substitution de la contrainte pénale au sursis avec mise à l'épreuve pour les mineurs dès la mise en application de la loi nouvelle sans attendre une hypothétique révision d'ensemble de l'ordonnance du 2 février 1945.

Recommandation n° 16 : S'agissant de l'évaluation, la CNCDH, tout en rappelant ses réserves à l'égard des méthodes exclusivement actuarielles, recommande d'y intégrer le contexte économique et social, ainsi que les facteurs cliniques. Les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation devront impérativement être formés non seulement pour l'utilisation des outils d'évaluation, mais encore pour en comprendre la valeur potentielle et les limites.

Recommandation n° 17 : S'agissant du suivi des personnes condamnées à une contrainte pénale et de la mise en œuvre de programmes thématiques, la CNCDH recommande aux pouvoirs publics de favoriser le développement de la recherche scientifique appliquée en la matière, d'impulser des partenariats décloisonnés entre l'administration pénitentiaire et la recherche scientifique, de former plus efficacement les agents de probation assurant le suivi du condamné et de créer une instance indépendante d'accréditation des programmes composée de scientifiques.

Recommandation n° 18 : La CNCDH recommande la réintroduction et la revalorisation du travail social au sein des services pénitentiaires d'insertion et de probation. Elle préconise également que les effectifs des services de probation soient suffisants pour qu'ils puissent assurer pleinement leur mission.

Recommandation n° 19 : La CNCDH n'est pas hostile à ce qu'une partie du travail de contrôle soit réalisée par les forces de police et de gendarmerie. En revanche, elle est radicalement opposée à ce que ces dernières soient habilitées à effectuer des visites domiciliaires qui doivent rester au cœur du travail de suivi des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation.

Recommandation n° 20 : La CNCDH insiste sur la nécessité de la mise en œuvre de véritables politiques partenariales en matière de contrainte pénale.

Recommandation n° 21 : La CNCDH estime qu'en cas de césure du procès pénal, le juge correctionnel est en mesure, lors de l'audience de renvoi, en raison des éléments dont il dispose, de pouvoir individualiser toutes les obligations, interdictions et mesures afférentes à la contrainte pénale, le JAP ayant ensuite pour mission d'en moduler le contenu en fonction de l'évolution de la situation et de la personnalité du condamné. En cas d'absence de césure, la CNCDH tient à ce que le juge donne, au stade de l'audience correctionnelle, un contenu même minimal à la contrainte pénale au vu des quelques éléments dont il dispose (fixation de la durée, ainsi que des mesures, obligations et interdictions qui s'imposent d'emblée), avant que le JAP n'en affine l'individualisation à l'issue de l'évaluation initiale et, ultérieurement, dans le cadre du suivi réalisé dans la durée.

Recommandation n° 22 : La CNCDH recommande que la fixation du contenu de la contrainte pénale donne impérativement lieu à un débat contradictoire, aucune raison gestionnaire ne pouvant justifier une régression de la juridictionnalisation de l'application des peines.

Recommandation n° 23 : La CNCDH recommande le maintien des seuils d'aménagement de peine définis par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, en rappelant que ceux-ci ont été fixés eu égard au respect du principe de dignité humaine.

Recommandation n° 24 : La CNCDH recommande la création d'un système de libération conditionnelle d'office aux deux tiers de peine pour les personnes condamnées à des peines d'emprisonnement inférieures ou égales à cinq ans, sauf opposition motivée du juge de l'application des peines à l'issue d'une procédure contradictoire.

Recommandation n° 25 : La CNCDH invite à une réflexion sur la mise en place d'un système de libération conditionnelle d'office, sous le contrôle du juge de l'application des peines, pour les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans et souhaite à minima un allègement de la procédure spécifique d'octroi de la libération conditionnelle pour les personnes condamnées à de longues peines. En ce sens, elle préconise d'évaluer la nécessité de rendre facultatif l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, d'intégrer le placement à l'extérieur parmi les mesures probatoires pouvant assortir la libération conditionnelle et de laisser le soin aux juridictions de fixer la durée de ces mesures probatoires.

Recommandation n° 26 : La CNCDH recommande la définition des droits du condamné.

Recommandation n° 27 : La CNCDH recommande la mise en œuvre d'une véritable politique réductionniste en matière de surpopulation carcérale. Elle regrette que le projet de loi soit totalement silencieux sur l'absence de mise en place d'un système de *numerus clausus* et sur l'absence d'engagement d'une réflexion globale sur la contraventionnalisation de certains délits voire la décriminalisation de certains agissements.

Recommandation n° 28 : La CNCDH recommande qu'à toutes les phases du procès pénal, une attention plus soutenue soit portée à l'écoute et à l'accompagnement des victimes par tous les magistrats, y compris les juges d'instruction, et par les auxiliaires de justice.

Recommandation n° 29 : La CNCDH constate que les droits des victimes énumérés dans la nouvelle version de l'article 707 du CPP sont déjà consacrés dans plusieurs articles du code de procédure pénale. Partant, elle recommande la suppression de ces doublons qui nuisent à la qualité de la loi.

Recommandation n° 30 : La CNCDH recommande la suppression de la rétention de sûreté pour les majeurs et les mineurs tout en rappelant son hostilité, plusieurs fois réaffirmée, à cette mesure.

Recommandation n° 31 : La CNCDH insiste sur la nécessité de l'abrogation immédiate du tribunal correctionnel pour mineurs et de la procédure dite de présentation immédiate. Rappelant son attachement aux droits de la défense, elle recommande également que, dans le cadre des procédures menées devant la commission d'application des peines, les mineurs détenus soient systématiquement assistés d'un avocat et les titulaires de l'autorité parentale avisés.

ANNEXE 2

Glossaire des principaux acronymes

CAP	commission de l'application des peines
CESDH	Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales
CP	code pénal
CPIP	conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation
CPP	code de procédure pénale
JAP	juge de l'application des peines
NPAP	nouvelle procédure d'aménagement de peine

PPR	programme de prévention de la récidive
PSAP	procédure simplifiée d'aménagement de peine
PSE	placement sous surveillance électronique
REP	règle du Conseil de l'Europe relative à la probation
SEFIP	surveillance électronique de fin de peine
SME	sursis avec mise à l'épreuve
SPIP	service pénitentiaire d'insertion et de probation
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (code pénal allemand)
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> (code de procédure pénale allemand)
TIG	travail d'intérêt général

ANNEXE 3

Liste des personnes auditionnées

Monsieur Samuel Azé, Secrétaire national de la CGT pénitentiaire (28 novembre 2013) ;

Monsieur Alexandre Bouquet, SNDP-CFDT (15 janvier 2014) ;

Madame Béatrice Brugère, vice-Procureur au TGI de Paris, FO – Magistrats (23 janvier 2014) ;

Monsieur Olivier Caquineau, Secrétaire général du SNEPAP-FSU (28 novembre 2013) ;

Maître Philippe Chaudon, Président de la commission libertés et droits de l'homme, Conseil National des Barreaux (22 janvier 2014) ;

Madame Marie Crétenot, Observatoire International des Prisons (12 décembre 2013) ;

Monsieur Jean-Michel Dejenne, premier secrétaire national du SNDP-CFDT (15 janvier 2014) ;

Monsieur Jean-Marie Delarue, Contrôleur général des lieux de privation de liberté (14 janvier 2014) ;

Madame Sarah Dindo, Observatoire International des Prisons (12 décembre 2013) ;

Madame Virginie Duval, Secrétaire générale de l'Union Syndicale des Magistrats (28 novembre 2013) ;

Monsieur Ludovic Fossey, Association nationale des juges de l'application des peines (7 janvier 2014) ;

Monsieur Xavier Gadrat, Secrétaire national du Syndicat de la Magistrature (28 novembre 2013) ;

Maître Jean-Jacques Gandini, Président du Syndicat des Avocats de France (14 novembre 2013) ;

Madame Isabelle Gorce, Directrice de l'administration pénitentiaire (12 décembre 2013) ;

Madame Martine Herzog-Evans, Professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université de Reims (14 janvier 2014) ;

Madame Marion Kaiser, Secrétaire générale adjointe du SNEPAP-FSU (28 novembre 2013) ;

Maître David Lévy, Directeur du pôle juridique, Conseil National des Barreaux (22 janvier 2014) ;

Monsieur Eric Martin, Conseiller protection judiciaire de la jeunesse et réforme pénale au cabinet de la garde des Sceaux (14 novembre 2013) ;

Madame Françoise Martres, Présidente du Syndicat de la Magistrature (28 novembre 2013) ;

Monsieur Julien Morel d'Arleux, Sous-directeur PMJ, direction de l'administration pénitentiaire (12 décembre 2013) ;

Maître Etienne Noël, avocat au barreau de Rouen (15 janvier 2014) ;

Madame Marie-Jane Ody, Secrétaire nationale de l'Union Syndicale des Magistrats (28 novembre 2013) ;

Monsieur Xavier Pin, Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon 3 (7 janvier 2014) ;

Madame Pierrette Poncela, Professeur à l'Université de Paris X Nanterre (7 janvier 2014) ;

Maître Bruno Rebstock, Syndicat des Avocats de France (14 novembre 2013) ;

Madame Françoise Tulkens, Professeur à l'Université de Louvain la Neuve (Belgique), ancienne vice-Présidente de la Cour européenne des droits de l'homme (14 janvier 2014) ;

Madame Sandrine Zientara, Conseillère législation pénale au cabinet de la garde des Sceaux (14 novembre 2013).

(Adoption : 34 voix « pour », une abstention)