

Colloque annuel de l'ANJAP : APPLICATION DES PEINES ET SÉCURITÉ

19 novembre 2021, tribunal judiciaire de Paris

Vers une évolution sécuritaire de l'application des peines ? Les grandes évolutions législatives

Mesdames, Messieurs,

Avant toute chose, je souhaite remercier l'Association nationale des juges de l'application des peines de m'avoir conviée à ce colloque. Je suis sincèrement ravie de pouvoir y participer, mais peut-être plus - pour être totalement honnête - afin pouvoir rencontrer et entendre les différents intervenants et assister aux débats qui suivront que pour y intervenir moi-même car, pour dire vrai, le sujet qu'il m'a été demandé de traiter m'a quelque peu embarrassée. Non pas tant au regard de son intérêt et des enjeux qu'il présente tant ceux-ci sont évidents qu'au regard de sa formulation et des attentes qu'il sous-tend : « *Vers une évolution sécuritaire de l'application des peines ? Les grandes évolutions législatives* ». Ainsi formulé, le sujet interroge immédiatement sur son sens, sur sa délimitation et sur l'ampleur de la réponse attendue.

De fait, le premier réflexe d'un universitaire lorsqu'on lui demande de traiter un sujet est d'en définir les termes ce qui en l'occurrence soulève une première difficulté : en effet, lorsqu'on évoque une évolution sécuritaire de l'application des peines, de quoi parle-t-on exactement ? La réponse n'est pas aisée car la notion de sécurité est en réalité une notion protéiforme qui ne s'entend le plus souvent qu'au regard de l'adjectif qu'on lui attache ; on parle ainsi de sécurité civile, de sécurité publique, de sécurité sanitaire, de sécurité pénitentiaire ou encore de sécurité sociale. Le réflexe est alors de se tourner vers les principaux textes de la discipline envisagée pour tenter de trouver une définition précise de la notion de sécurité telle qu'entendue dans un domaine particulier. Et c'est là où l'on perçoit la difficulté de l'entreprise dans le champ de l'application des peines car, si l'on ouvre le Code pénal et le Code de procédure pénale dans les parties consacrées à la peine, on se rend assez rapidement compte que la notion de sécurité est très peu employée. On en trouve essentiellement trace en droit pénitentiaire où la notion est notamment mentionnée à l'article 2 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 parmi les missions attribuées au service public pénitentiaire. Le texte indique ainsi que le service public pénitentiaire « *contribue à l'insertion ou à la réinsertion*

des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues ». Mais rien de tel dans les textes définissant les fonctions de la peine ou fixant les principes directeurs de l'application des peines. L'article 130-1 du Code pénal qui ouvre le titre du code relatif à la peine n'en dit mot, alors même que ce texte reprend largement certaines expressions de l'article 2 de la loi pénitentiaire ; je le cite « *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». Le terme même de sécurité n'apparaît pas. Et l'observation peut être reproduite à propos de l'article préliminaire du titre du Code de procédure pénale consacré à l'exécution des sentences pénales. L'article 707 du code indique ainsi que « *le régime de l'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles de la société et d'éviter la commission de nouvelle infraction* » sans qu'il ne soit fait explicitement référence à la notion de sécurité.

Pour autant, la notion est dans l'esprit de chacun des acteurs de l'application des peines et transparaît en filigrane : on la pressent, on la devine, on la sent sous-jacente, inhérente même à la matière pénale, au procès pénal et à son ultime phase que constitue l'exécution et l'application des peines. Parce que la notion participe de l'ordre public, elle ne peut en réalité qu'innover la matière pénale. De fait, « *en rétablissant l'ordre public troublé par l'infraction, le droit pénal n'a-t-il pas pour fonction de garantir la sécurité ?* »¹.

On est alors tenté, à défaut de précision supplémentaire dans le Code pénal et le Code de procédure pénale, de se tourner vers d'autres textes et notamment le Code de la sécurité intérieure. Celui-ci s'ouvre sur l'affirmation selon laquelle « *la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* » (art. L. 111-1, al. 1^{er}). La formule fait écho à celle tenue par l'ancien Garde des Sceaux Alain Peyrefitte en 1980 lors des débats parlementaires relatifs au projet de la loi « sécurité et liberté » et selon laquelle « *la sécurité est la première des libertés* ». La formule législative se veut toutefois plus prudente et plus nuancée car, comme le souligne le texte, en droit, la sécurité n'est que l'une des conditions de la liberté et non la première des libertés. Telle est d'ailleurs l'approche du Conseil constitutionnel pour qui « *il appartient au législateur*

¹ E. Dreyer, « Le droit pénal sécuritaire », D. 2021 p. 1973.

d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »². La sécurité participe ainsi de la sauvegarde de l'ordre public et constitue à ce titre un « objectif à valeur constitutionnelle » qui inéluctablement guide pour partie au moins le législateur dans le choix des orientations de politiques criminelles.

La difficulté sémantique n'est pour autant pas surmontée car, toujours si l'on s'en réfère au Code de la sécurité intérieure, si la sécurité publique est bien une composante de l'ordre public tout comme peut l'être la répression pénale, elle l'est dans une vision essentiellement préventive. Et l'on retombe ainsi sur la distinction classique entre le droit de la sécurité intérieure, composé des règles de police administrative, générales et spéciales, et qui tend à prévenir les troubles à l'ordre public en intervenant *a priori*, et le droit pénal qui quant à lui intervient *a posteriori* pour rétablir l'ordre public troublé par l'infraction. De ce point de vue, parler d'une évolution sécuritaire n'impliquerait pas seulement de discuter de l'exigence et de la place de la sécurité au stade de l'application des peines mais exprimerait déjà une remise en cause ou à tout le moins un affaiblissement, une atténuation de cette distinction traditionnellement faite entre un droit de la police administrative préventif et un droit pénal réactif. L'expression évolution sécuritaire renverrait alors à celle parfois employée de droit pénal sécuritaire³ et servirait à dénoncer l'évolution d'un droit pénal vers un droit de prévention, voire de précaution qui, interviendrait toujours plus en amont sur le chemin du crime pour permettre la sanction de comportements qui autrement ne relèveraient que de simples actes préparatoires. L'évolution sécuritaire du droit pénal se traduirait donc avant tout au stade de l'incrimination avec une répression accrue de comportements qui ne constituent que des risques, des menaces pour l'ordre public et non des atteintes effectives. Mais elle trouverait également son pendant au stade de l'application des peines, l'évolution sécuritaire se traduisant alors par l'orientation d'une justice traditionnellement rétributive vers une justice prédictive, la réaction sociale ne consistant plus seulement à punir un comportement dangereux mais également à « prévenir un passage à l'acte par un diagnostic prospectif de dangerosité »⁴.

² Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie, § 3.

³ E. Dreyer, « Le droit pénal sécuritaire », préc.

⁴ L. Leturmy, « La dangerosité dans l'évolution du droit pénal », in *L'information psychiatrique*, Vol. 88, 2012, p. 417.

Mais au-delà de cette première acception, l'expression évolution sécuritaire ne va-t-elle pas plus loin en évoquant plus largement l'idée d'une orientation toujours plus répressive, l'idée d'un mouvement législatif qui dans la balance entre sécurité et liberté ferait constamment pencher l'aiguille en faveur de la première ? De fait, l'adjectif sécuritaire comporte le plus souvent une connotation péjorative : il ne se rapporterait pas seulement à la sécurité mais à un excès de sécurité au risque de réduire le champ des libertés individuelles. On parle ainsi souvent de politique, d'idéologie, de dérive ou même, pour reprendre l'intitulé d'un ouvrage réalisé sous la direction de Laurent Mucchielli, de « frénésie sécuritaire »⁵, autant d'expressions pour évoquer des situations dans lesquelles la sécurité, érigée en fin, justifierait tous les moyens et pourrait à terme l'emporter sur toute autre considération. Dans un article publié à la revue de sciences criminelles en 2017, Vincent Sizaire, magistrat et maître de conférences, évoquait en ce sens « *une logique répressive sécuritaire selon laquelle l'efficacité de la répression supposerait l'accroissement démesuré des prérogatives des autorités répressives et l'élévation infinie des pénalités encourues* »⁶.

Certains contesteront sans doute cet aspect péjoratif accolé à l'adjectif sécuritaire en soulignant qu'on l'emploie également, et de plus en plus fréquemment, dans des contextes non marqués où il signifie simplement l'état d'un fait « en rapport avec la sécurité publique » : on parle ainsi d'action, de dispositif, de situation sécuritaire, etc. Mais comme le souligne Michel Francard, professeur de linguistique, « *cette évolution n'est pas uniquement sémantique ; elle suggère que nous avons peut-être accepté l'inéluctable : plus de sécurité au prix de moins de liberté* »⁷. On en revient donc inlassablement au caractère polémique du mot.

Polémique mais aussi politique et médiatique, ce qui rend tout discours sur la sécurité particulièrement périlleux car la notion, ou plus exactement son contraire, à savoir l'insécurité, quelle soit chiffrée ou ressentie, est largement instrumentalisée au profit de discours électoralistes comme en témoignent les débats actuels auxquels se livrent les candidats, déclarés ou non, à l'élection présidentielle⁸.

⁵ L. Mucchielli (dir.), *La frénésie sécuritaire. Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, coll. « sur le vif », 2008.

⁶ V. Sizaire, « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ? », RSC 2017, p. 261.

⁷ M. Francard, « Qui a encore peur du sécuritaire ? », *Le soir*, 1^{er} avril 2016 (en ligne).

⁸ Or, il faut se garder de penser une évolution sécuritaire au regard des seuls discours ; seuls comptent en réalité les textes et leur application et l'on s'aperçoit alors souvent que l'opposition souvent évoquée entre les partisans d'une application des peines humanistes et les défenseurs d'une politique sécuritaire est beaucoup moins marquée qu'il n'y paraît.

Alors sans doute, et je dois en remercier les organisateurs de ce colloque, l'expression employée dans l'intitulé de cette intervention se veut aussi neutre que possible, d'une part, car il n'est question que d'évolution et non pas de dérive ou de frénésie sécuritaire et, d'autre part, car la formule est employée sous la forme interrogative. Il n'en reste pas moins que le sujet n'est pas des plus simples à aborder pour un universitaire qui souhaite rester autant que possible dans l'objectivité scientifique.

Délicat, le sujet l'est encore au regard de sa délimitation. Il s'agit en effet d'observer l'évolution du droit de l'application des peines au regard des grandes évolutions législatives. A nouveau, l'intitulé questionne car la réponse n'est sans doute pas la même selon l'échelle de temps observée et le point de départ choisi pour apprécier une éventuelle évolution du droit de l'application des peines. Il est ainsi certain que, si l'on se place avant la loi Guigoud sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000 et la loi Perben II du 9 mars 2004 qui ont successivement initié et parachevé la juridictionnalisation du droit de l'application des peines, l'appréciation ne sera pas la même. Au regard de l'ample mouvement en faveur de cette juridictionnalisation et de l'affirmation conséquente des grands principes directeurs de l'application des peines, le constat d'une évolution sécuritaire mériterait d'être relativisé. En revanche, si l'on se situe dans une époque plus contemporaine, l'appréciation peut, comme on le verra, être toute autre.

La réponse à la question d'une possible évolution sécuritaire de l'application des peines est d'autant moins facile à apporter qu'en la matière les évolutions ne sont jamais linéaires et varient très souvent au gré des alternances politiques, voire même au sein d'une même gouvernance, avec parfois des incantations ou orientations qui peuvent paraître contradictoires. L'on cite ainsi souvent en illustration d'une politique sécuritaire, les nombreuses lois visant à lutter contre la récidive adoptée entre 2007 et 2012, sous la présidence de Nicolas Sarkozy ; mais c'est à la même époque qu'a été adoptée la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dite loi Dati qui, à l'évidence, ne relève pas du sécuritarisme dénoncé.

C'est donc, vous l'aurez compris, avec la plus grande prudence que j'aborde le sujet en m'interrogeant sur les signes tangibles d'une évolution sécuritaire de l'application des peines, l'enjeu étant d'en apprécier la réalité, l'ampleur et les potentielles conséquences. La réflexion sera donc conduite au regard des possibles manifestations d'une évolution sécuritaire, et à ce titre, deux mouvements méritent surtout, me semble-t-il, d'être soulignés : d'une part,

l'extension des mesures de sûreté post-carcérales (I) et d'autre part le durcissement, pour certaines catégories pénales, des conditions d'octroi des aménagements de peine (II).

I. Premier signe d'une évolution sécuritaire : l'extension des mesures de sûreté permettant un suivi post-carcéral

L'idée d'une évolution sécuritaire de l'application des peines trouve en effet sans doute l'une de ses manifestations les plus probantes dans le développement des mesures de suivi post-carcéral avec ce que certains décrivent comme un avènement ou un « renouveau des mesures de sûreté »⁹ fondées sur la notion de dangerosité du délinquant. L'on songe bien évidemment ici à la surveillance judiciaire des personnes dangereuses instaurée par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et à la surveillance et à la rétention de sûreté instituées par la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Dans les deux cas, c'est en effet la dangerosité persistante du condamné qui va venir justifier, au stade post-sentenciel, le prononcé de ces mesures dites de sûreté, lesquelles sont tournées moins vers le passé, aux fins de rétribution de l'infraction commise, que vers l'avenir, pour éviter la récidive, en surveillant, en soignant ou en neutralisant l'individu identifié comme dangereux. La surveillance judiciaire ne peut ainsi être prononcée qu'aux « *seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré* »¹⁰, ce risque de récidive devant selon l'article 723-31 du Code de procédure pénale « *être constaté par une expertise médicale dont la conclusion fait apparaître la dangerosité du condamné* ». Quant à la rétention de sûreté, elle ne peut être décidée par la juridiction régionale de rétention de sûreté qu'à l'encontre d'une personne qui présente encore, après l'exécution de sa peine, une « *particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elle souffre d'un trouble grave de la personnalité* ».

La dangerosité du sujet pourra alors légitimer son placement sous surveillance électronique mobile, au titre de la surveillance de sûreté ou de la surveillance judiciaire, lorsqu'une telle surveillance « *apparaît indispensable pour prévenir la récidive* » ; elle pourra également justifier son assignation à domicile dans l'hypothèse où la personne aurait été condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée supérieure ou égale à quinze ans pour l'un des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale c'est-à-dire pour un crime rendant possible la prévision d'une rétention de sûreté, ; elle permettra encore la mise

⁹ H. Matsopoulou. Le renouveau des mesures de sûreté, D. 2007, p. 1607.

¹⁰C. proc. pén., art. 723-9.

en œuvre de mesures de soins au premier titre desquels l'injonction de soins qui, depuis la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, doit en principe être prononcée lorsqu'il est établi, après expertise médicale, que le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement et qui, depuis la loi du 2 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle, peut comporter un traitement inhibiteur de libido. Enfin, à un dernier degré, la dangerosité du sujet peut légitimer, dans le cadre d'une rétention de sûreté, un enfermement, potentiellement perpétuel, du délinquant. Décidé par la juridiction régionale de rétention de sûreté, cet enfermement consiste, suivant l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, « *dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure* ».

Ces mesures participent assurément à l'évolution sécuritaire de l'application des peines en ce qu'elles consacrent le passage d'un droit pénal de la réaction à un droit pénal de la prévention¹¹ voire de la prédiction, la mutation d'un droit pénal de l'acte fondé principalement sur l'idée de rétribution à un droit pénal de la personne fondée sur la dangerosité avérée ou supposée de l'individu¹². L'application des peines ne vise alors plus tant l'insertion ou la réinsertion du condamné afin que celui-ci retrouve sa place dans la société, que sa surveillance par le déploiement de la surveillance électronique - laquelle lorsqu'elle est réalisée sous forme mobile permet grâce à la technique du GPS de mettre en place un sorte de traçabilité humaine - et sa neutralisation, médicale par le traitement imposé notamment lorsqu'il consiste en une castration ou plus exactement en une camisole chimique, ou physique lorsque la neutralisation passe par son enfermement potentiellement perpétuel si sa dangerosité ne faiblit pas et si le risque pour la société perdure. En ce sens, Vincent Sizaire dénonçait des mesures qui n'ont « *nullement pour vocation la réintégration du sujet dans la communauté* » mais « *sa surveillance voire, avec la rétention de sûreté, sa neutralisation* », ce qui atteste selon lui d'une évolution de l'application des peines vers une « *logique punitive sécuritaire* »¹³. Le professeur Murielle Giacomelli va dans le même sens en dénonçant un « *suivi postpénal utilisé comme une mesure de neutralisation sélective d'une catégorie de délinquants présumés dangereux, assurant davantage la gestion du risque qu'il ne représente*

¹¹ R. Ollard, « La dangerosité en matière pénale, l'arlésienne omniprésente », RDLF 2020, chron. n° 70.

¹² E. Dreyer, « L'objet de la sanction pénale », D. 2016, p. 2583.

¹³ V. Sizaire, « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ? », préc.

de transformation pour l'individu »¹⁴. Autant de critiques théoriques qui semblent trouver écho dans la pratique si l'on s'en tient aux avis rendus sur la rétention de sûreté par la Contrôleur générale des lieux de privation de liberté en 2014 et 2015¹⁵. A propos des placements effectués au centre socio-médico judiciaire de sûreté de Fresnes, la contrôleur générale constatait ainsi qu'il n'y avait pas de projet spécifique en matière éducative, professionnelle ou socioculturelle et que le suivi médico-psychologique était de fait inexistant. Elle avait plus généralement estimé que le fonctionnement du centre diffère peu de celui appliqué aux personnes détenues en établissement pénitentiaire, ce qui l'avait d'ailleurs conduit par la suite à recommander la suppression pure et simple de la rétention de sûreté. On le voit, il s'agit avant toute chose de neutraliser plus que de soigner.

Les critiques de cette évolution sécuritaire sont d'autant plus vives que ces mesures se fondent sur la notion toujours très décriée de dangerosité. Il est vrai que la notion est d'appréhension délicate tant elle se montre rétive à toute définition. D'abord parce qu'il s'agit d'un concept fondamentalement pluridisciplinaire¹⁶ qui n'intéresse pas seulement les juristes, mais également les sociologues, les psychiatres, les psychologues, les statisticiens ou bien évidemment encore les politiques, le risque étant alors que chaque partie prenante en retienne une conception qui lui est propre, contingente, variable suivant les lieux, les époques, les disciplines, etc. Ensuite parce que la notion est plurielle, susceptible aussi bien d'une approche psychiatrique que d'une approche criminologique¹⁷. Suivant la première approche, la dangerosité se définirait comme le risque de passage à l'acte en raison d'un trouble ou d'une maladie mentale que l'expertise tend précisément à diagnostiquer alors que, suivant la seconde approche, la dangerosité - criminologique donc - désignerait un phénomène psychosocial caractérisée par des indices révélateurs d'une grande probabilité pour un individu de commettre une infraction et traduirait ainsi un risque de récidive. Il en résulte que la dangerosité criminologique va bien au-delà de la dangerosité psychiatrique qui n'est que la simple manifestation des symptômes d'une maladie mentale¹⁸. Or, les textes mélangent les

¹⁴ M. Giacomelli, « De l'individualisation des peines à l'indétermination de la mesure », in Mél. Gassin, PUAM, 2007, p. 242.

¹⁵ Avis du CGLPL du 6 févr. 2015, 15 avril 2015 et 5 nov. 2015.

¹⁶ A. Hirschelmann, S. Harrati, A. Winter et A. Ventéjoux, « La croisée des savoirs - Défis et dénis autour de l'évaluation de la dangerosité », Les cahiers de la justice 2013, p. 87.

¹⁷ F. Fiechter-Boulvard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de dangerosité », Arch. pol. crim. n° 31, 2009, p. 265.

¹⁸ R. Ollard, « La dangerosité en matière pénale, l'arlésienne omniprésente », préc.

deux formes de dangerosité, ce qui complique singulièrement l'appréhension de la notion¹⁹. Par exemple, l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale qui définit les conditions d'application d'une rétention de sûreté indique que cette mesure concerne « *les personnes présentant une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive* », ce qui renvoie à la notion de dangerosité criminologique, mais « *parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité* », ce qui renvoie à la dangerosité psychiatrique. La confusion entre dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique s'observe pareillement en matière de surveillance judiciaire, le risque de récidive devant selon les textes être constaté par une expertise médicale. Elle s'illustre également en cas de surveillance de sûreté, notamment lorsque cette surveillance vient dans le prolongement d'une libération conditionnelle, ce qui, depuis la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle est possible lorsque la libération conditionnelle a été octroyée à un condamné à la réclusion criminelle à perpétuité et qu'elle est assortie d'une injonction de soin : l'article 732-1 du Code de procédure pénale précise alors qu'un tel placement sous surveillance de sûreté ne peut être ordonné qu'après expertise médicale constatant que le maintien d'une injonction de soins est indispensable pour prévenir la récidive. Là encore dangerosité criminologique et dangerosité psychiatrique ne semblent faire qu'une. Et l'on voit tout de suite surgir la difficulté car avec cette conception duale et confuse de la dangerosité, on en vient finalement à demander aux experts de prédire la dangerosité criminologique alors qu'ils ne sont compétents que pour diagnostiquer la dangerosité psychiatrique, qui plus est actuelle et non future, du condamné.

Certes, on peut objecter que l'expert médical n'est pas seul face à la tâche. En effet, l'expertise médicale peut en cas de surveillance judiciaire ou doit en cas de surveillance ou de rétention de sûreté être accompagnée de l'avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté après placement de l'individu dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes aux fins d'évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité, ce qui souligne bien que les textes visent en réalité essentiellement la dangerosité criminologique. Mais la difficulté rebondit alors sur les techniques d'évaluation de la dangerosité et leur fiabilité²⁰. Deux méthodes sont usuellement pratiquées. D'un côté les méthodes actuarielles qui viennent des Etats-unis et qui visent à établir la dangerosité d'un individu à partir de différents critères ou items, à la façon un peu des assureurs qui emploient des outils actuariels

¹⁹ C. Margaine, « De la « dangerosité de la dangerosité » en droit de la peine. Des faiblesses de l'évaluation de la dangerosité au risque d'une dénaturation du droit pénal », RDLF 2020, chron. 70.

²⁰ Ch. 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.

pour établir des tables de mortalité²¹. On entre alors dans le domaine de la prédiction criminelle et le jeu des statistiques. Mais, on le sait, la prédiction criminelle est un art difficile et le risque d'erreur reste important, soit qu'on ait prédit à tort la récidive d'individus qui semblaient dangereux mais qui se sont finalement bien comportés (ce que l'on nomme les « faux positifs »), soit, à l'inverse, qu'on ait prédit à tort l'absence de récidive d'individus qui présentaient des gages de réinsertion mais qui en fait sont à nouveau passés à l'acte (ce que l'on nomme les « faux négatifs »). Et l'erreur serait plus fréquente qu'on ne le pense : suivant Virginie Gautron, enseignant-chercheur en droit, les grilles prédictives de détection du risque de récidive produiraient ainsi des résultats erronés dans plus de 54 % des cas²². D'un autre côté, l'on trouve la méthode clinique qui a pendant longtemps été privilégiée en France. La dangerosité est alors évaluée grâce à un examen clinique *in vivo* et individuel. Mais ici également, les résultats ne sont pas toujours probants : selon le professeur Patrice Morvan, l'approche clinique donnerait des faux positifs à hauteur de la moitié voire des deux-tiers des résultats et il en conclut de manière inquiétante qu'« *une personne aurait moins de risques d'être diagnostiquée à tort comme dangereuse si la question se jouait à pile ou face* »²³. Il considère en ce sens que l'expertise de dangerosité est « *un art, voire un art divinatoire, assez proche de l'astrologie dont le succès vient de ce qu'elle procure de la certitude à ceux qui en attendent* »²⁴. La critique est vive, peut-être excessive jugeront certains car il est indéniable que des progrès ont été réalisés ces dernières années en termes d'évaluation, mais elle souligne cependant un constat quasi unanime selon lequel, aujourd'hui, on peut difficilement considérer que l'évaluation de la dangerosité repose sur une méthode scientifiquement fiable²⁵. Et un auteur de s'interroger : « *combien sommes-nous prêts à sacrifier de personnes qui ne récidiveront pas pour repérer une personne qui récidivera ?* »²⁶.

L'évaluation de la dangerosité facilite sans doute le travail du juge qui peut se reposer sur les conclusions de l'expert, elle rassure l'opinion publique qui n'admet pas l'inaction des

²¹ L'une des plus connues et considérée comme parmi les plus fiables est le Level of Service Inventory Revised (LSI-R) mis au point par des psychologues canadiens en 1995. Cet outil attribue un score de 0 à plus de 50 au condamné à partir de 54 rubriques ou items réparties dans 10 domaines correspondant aux principaux facteurs de risque : passé criminel, contexte familial et éducatif, conditions socio-économiques (ressources, emploi, logement), les habitudes (loisirs, fréquentations, problème de drogue ou d'alcool), des traits psychologiques et de la personnalité.

²² V. Gautron, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté », AJP 2009, p. 56 : selon l'auteur, « Reconnaître la fiabilité des échelles actuarielles supposerait un consensus scientifique concernant les prédicteurs de récidive, ce qui est loin d'être le cas. Les études internationales reconnues évoquant un taux de fausses prédictions compris entre 54 % et 99 %, faire croire à la validité des grilles prédictives de récidive est une véritable imposture ».

²³ P. Morvan, *Criminologie*, Lexisnexis, 2013, p. 272, n° 277.

²⁴ P. Morvan, *op. cit.*, p. 273, n° 277.

²⁵ A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », RSC 2011, p. 21.

²⁶ S. Raoult, « L'évaluation du risque de récidive », RSC 2014, p. 656.

autorités face aux individus dangereux, et, pour être au cœur de notre sujet, elle permet aux gouvernements de justifier leur politique sécuritaire par des arguments en apparence rationnels, mais il n'est pas certain qu'elle participe véritablement à endiguer les criminels les plus dangereux. Pour Vincent Sizaire à nouveau, « *tout se passe comme si la médecine et, en particulier, la psychiatrie, n'étaient convoquées que pour réhabiliter la figure du fou dangereux, support de la revendication d'un surcroît de répression qui n'a rien de thérapeutique* »²⁷.

Sécuritaires, ces mesures de suivi post-carcéral le sont encore, non plus au regard de leur caractère préventif, mais au regard de leur caractère punitif qui atteste une répression accrue et une extension du filet pénal. En effet, bien que le Conseil constitutionnel ait considéré que ni la surveillance judiciaire, ni la surveillance et la rétention de sûreté ne puissent être qualifiées de peines ou de sanctions ayant le caractère d'une punition et bien qu'en droit ces mesures soient qualifiées de mesures de sûreté, on ne saurait totalement nier leur caractère punitif. Certes, elles ne se fondent pas sur l'infraction commise et la culpabilité du délinquant mais sur sa dangerosité au moment de sa libération, encore que ce point puisse déjà être discuté car il s'agit alors d'apprécier une dangerosité persistante révélée initialement par la nature et la gravité de l'infraction commise et pour laquelle l'individu a été condamné si bien qu'un lien, même ténu, subsiste avec l'infraction d'origine ; de fait, comme l'écrit le professeur Dreyer, « *l'ombre de l'infraction commise pèse sur l'ensemble du dispositif même si elle ne suffit pas à le justifier* »²⁸. De même il est vrai que ces mesures ne sont pas prononcées par la juridiction de jugement mais par le tribunal de l'application des peines pour l'une et par la juridiction régionale de rétention de sûreté pour l'autre, ce qui souligne qu'elles ne s'inscrivent pas dans la fonction rétributive que l'on assigne à la peine. Mais si l'on s'attache au contenu concret de ces mesures et à leurs effets sur la personne, on avouera sans mal qu'on peine à les différencier d'autres mesures à caractère punitif. C'est particulièrement vrai pour la surveillance judiciaire qui n'est pour reprendre l'expression du professeur Jacques-Henri Robert qu'un « *ersatz* »²⁹ de la peine complémentaire de suivi socio-judiciaire instituée quelques années auparavant par la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. Originellement, le contenu de la surveillance judiciaire a en effet totalement été calqué sur celui de la peine

²⁷ V. Sizaire, « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ? », préc.

²⁸ D. Dreyer, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 4^{ème} éd., 2016, n° 1326.

²⁹ J.-H. Robert, « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales » : Dr. pén. 2006, étude 2.

complémentaire, l'idée étant précisément de permettre au juge, pour des personnes à l'encontre desquelles une peine complémentaire de suivi socio-judiciaire n'avait pas été décidée ou n'avait pas pu être prononcée en raison de faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1998, de mettre en place un suivi post-carcéral identique. Le surveillé peut ainsi, tout comme le condamné à une peine de suivi socio-judiciaire, être astreint à toutes les obligations et interdictions du sursis probatoire, être soumis à une injonction de soins ou encore être placé sous surveillance électronique mobile.

Le constat est identique pour la surveillance de sûreté qui peut désormais prendre la suite d'une surveillance judiciaire³⁰ ou d'un suivi socio-judiciaire³¹ lorsque ceux-ci arrivent à leur terme : la mesure permet alors à la juridiction régionale de la rétention de sûreté de prolonger tout ou partie des obligations auxquelles est astreinte la personne, au-delà de la durée initialement prévue, en la plaçant sous surveillance de sûreté pour une durée de deux ans, renouvelable. Seules changent au final la dénomination et la nature de la mesure à laquelle le condamné est soumis, mais les contraintes qui pèsent sur lui restent les mêmes. Alors sans doute peut-on en théorie considérer que le suivi socio-judiciaire est une peine, la surveillance de sûreté une modalité d'exécution de la peine et la surveillance judiciaire une mesure de sûreté, toutes ces mesures n'en sont pas moins ressenties de la même manière par le condamné et participe d'un mouvement répressif sécuritaire qui tend, pour reprendre l'expression du professeur Pierrette Poncela, à rendre les peines « extensibles »³². Il en va de même, dans une moindre mesure, pour la rétention de sûreté : la mesure n'est réellement préventive que si elle remplit la fonction qui lui est impartie c'est-à-dire seulement si les centres socio-médico-judiciaires de sûreté sont en capacité de proposer de façon permanente « une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinées à permettre la fin de cette mesure »³³. A défaut, faute de moyens suffisants, faute de différenciation nette avec le régime de la détention ordinaire, il sera alors difficile de masquer le caractère punitif d'une telle privation de liberté, ce que de nombreux observateurs ont souligné en qualifiant la mesure de « peine après peine », de « double peine » ou encore de « peine infinie »³⁴.

On a en réalité le sentiment d'une utilisation essentiellement utilitariste de la notion de mesure de sûreté, le déploiement de ces mesures permettant de contourner, au stade post-

³⁰ C. proc. pén., art. 723-37.

³¹ C. proc. pén., art. 763-8.

³² P. Poncela, « Les peines extensibles de la loi du 15 août 2014 », RSC 2014, p. 611.

³³ C. proc. pén., art. 706-53-13.

³⁴ V. not. Ch. Lazerges, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel », RSC 2008, p. 731 et R. Badinter, « La prison après la peine », Le Monde, 27 nov. 2007.

sentenciel le régime des peines et les principes les plus établis du droit pénal à commencer par le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. De fait, en instaurant la surveillance judiciaire des personnes dangereuses, la loi de 2005 n'avait au départ pas d'autres objectifs que de venir pallier l'impossibilité de prononcer la peine complémentaire de suivi socio-judiciaire pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998. L'application immédiate de la mesure de sûreté, validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 décembre 2005³⁵, permet alors une mise en œuvre rapide et effective de la politique sécuritaire au détriment de la prévisibilité de la réponse pénale et de la protection des libertés individuelles. L'entorse restait toutefois limitée, la durée de la surveillance judiciaire ne pouvant excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires n'ayant pas fait l'objet d'une décision de retrait, ce qui à l'époque avait été un élément retenu par le Conseil constitutionnel pour qualifier la mesure de modalités d'exécution de la peine et la faire échapper au régime des peines. Mais ce que le législateur n'a pu obtenir en 2005, lui a, on le sait, ensuite été accordé en 2008 avec la surveillance de sûreté auxquels le Conseil ne reconnaît à nouveau ni la qualité de peine ni la qualité de sanction ayant le caractère d'une punition, ce qui autorise l'application immédiate d'une mesure permettant un suivi post-carcéral renouvelable sans limite et dont la violation peut conduire à une rétention de sûreté, alors même que le Conseil a jugé qu'une telle rétention ne pouvait quant à elle s'appliquer de manière rétroactive en raison de sa nature privative de liberté³⁶. Très clairement, les mesures de sûreté post-sentencielles servent d'appui à une politique sécuritaire qui souhaite une entrée en vigueur aussi rapide et effective que possible des nouveaux suivis instaurés³⁷.

³⁵ Décision n° 2005-527 DC du 8 déc. 2005, Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

³⁶ Décision n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

³⁷ Une autre illustration de ce contournement du principe de non-rétroactivité à des fins sécuritaires nous semble pouvoir être puisée dans l'avis rendu le 22 septembre dernier par la Cour de cassation et par lequel la Haute juridiction estime que, pour ce qui est de l'aménagement d'une peine d'emprisonnement en cours d'exécution, l'obligation pour les conjoints violents du port du dispositif électronique mobile anti rapprochement nouvellement créée par la loi du 28 décembre 2019 et désormais prévue par les articles 132-45, 18° bis et 132-45-1 du Code pénal s'applique aux condamnations prononcées pour des faits commis avant son entrée en vigueur. La Cour fonde sa décision sur le fait que ces nouvelles obligations, qui relèvent d'une loi relative au régime d'exécution et d'application des peines, n'ont pas pour résultat d'aggraver la situation du condamné lorsqu'elles permettent l'aménagement d'une peine. On peut toutefois ne pas être pleinement convaincu par ce raisonnement qui laisse à penser que toute nouvelle obligation introduite au sein de l'article 132-45 du code pénal, même si elle contraint davantage le condamné, n'aurait pas pour résultat d'aggraver sa situation, puisqu'elle assortit un aménagement de peine, par définition plus « favorable ». Aussi peut-on se demander si la Cour n'a pas plus simplement voulu dire, qu'en l'occurrence, la loi nouvelle, par le dispositif qu'elle crée, n'aggrave pas la situation du condamné puisqu'elle ne permet en réalité que de renforcer, par la pose d'un bracelet anti-rapprochement, l'effectivité du contrôle d'une interdiction d'entrer en relation avec une personne que le juge pouvait déjà ordonner. En ce cas, c'est alors la finalité sécuritaire du nouveau dispositif qui *in fine* justifierait son application immédiate.

L'on pourrait toutefois objecter, pour nuancer ce tournant sécuritaire opéré entre 2005 et 2010, que ce concept de « *peine après la peine* », cette idée selon laquelle « *un condamné n'en a jamais totalement fini avec la justice dès lors que sa dangerosité révélée par l'infraction n'a pas disparu* »³⁸ ne sont pas tout à fait nouveaux, le Code pénal de 1810 connaissant déjà de la surveillance de haute police qui permettait précisément un contrôle post-carcéral des individus perçus alors comme dangereux³⁹. De même que l'on pourrait observer que l'évolution s'inscrit dans un mouvement de sans doute plus grande ampleur car c'est finalement la loi de 1998 instituant le suivi socio-judiciaire⁴⁰ qui a ouvert la voie vers l'extension des suivis post-carcéraux, laquelle, complétée par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, permet *de facto* d'instaurer un suivi post-carcéral potentiellement très long puisqu'il peut aller, sur décision spéciale de la juridiction de jugement jusqu'à 20 ans en matière correctionnelle et 30 ans en matière criminelle et même s'appliquer sans limitation de durée lorsque la réclusion criminelle à perpétuité est encourue. Du reste, ces mesures de sûreté post-pénales, aussi décriées soient-elles, n'ont depuis jamais été remises en question et ce malgré l'alternance politique. Discutée un temps, la suppression de la rétention de sûreté n'a finalement pas été envisagée par la loi Taubira du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. A l'inverse même, la loi a, dans une moindre mesure, poursuivi cette extension des mesures de suivi post-carcéraux en permettant lorsqu'une personne ayant son discernement altéré au moment des faits n'a pas été condamnée à une peine de suivi **socio-judiciaire** de la soumettre, après sa libération, à une obligation de soins pendant une durée variable de 5 ans à 10 ans selon que l'on soit en matière délictuelle ou criminelle⁴¹. Pareillement, la loi du 15 août 2014 a étendu les hypothèses de réductions de peine conditionnelles lorsque le condamné n'a pu bénéficier ni d'une libération sous contrainte, ni d'une libération conditionnelle. En pareilles circonstances, le JAP peut alors ordonner qu'il soit soumis, pendant la durée des réductions de peines qu'il a obtenues, aux mesures de contrôle de l'article 132-44 du Code pénal ainsi qu'à certaines des interdictions prévues par l'article 132-45. Il est vrai que la mesure visant à éviter les sorties sèches et à compenser l'absence d'aménagement de la peine peut se lire plus comme une mesure tournée vers la réinsertion du condamné que comme une mesure à finalité essentiellement sécuritaire, et ce

³⁸ D. Dreyer, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 4^{ème} éd., 2016, n° 1332.

³⁹ C. pén. 1810, art. 44.

⁴⁰ C. pén., art. 131-36-1 s.

⁴¹ C. proc. pén., art. 706-136-1.

d'autant plus que le JAP peut également prononcer les mesures d'assistance de l'article 132-46⁴². Mais lorsqu'on détaille les contraintes visées parmi celles énoncées à l'article 132-45 qui peuvent être prononcées, on se rend compte qu'il s'agit surtout de mesures à visée sécuritaire : établir sa résidence en un lieu déterminé, s'abstenir de conduire certains véhicules, ne pas se livrer à l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, s'abstenir de paraître en certains lieux, ne pas engager de paris, ne pas entrer en relation avec certaines personnes, ne pas détenir une arme. La mesure semble dès lors relever plus d'une logique répressive sécuritaire que d'une logique réinsérante. A nouveau donc on observe une extension du filet pénal même si, tout comme en cas de surveillance judiciaire des personnes dangereuses, l'extension reste limitée au quantum de la peine initialement prononcée puisqu'en tout état de cause ces mesures ne jouent que pendant la durée correspondant aux réductions de peines acquises par le condamné.

L'on pourrait également objecter, toujours pour relativiser cette évolution sécuritaire de l'application des peines, que celle-ci fait figure de dérogation, d'exception au droit commun de l'application des peines en ce sens qu'elle reste cantonnée à certaines catégories de délinquants bien déterminées que ce soit par référence à la nature et à la gravité de l'infraction commise, à la durée de la peine qu'ils doivent subir et/ou à leur qualité de récidivistes. La surveillance et la rétention de sûreté ne peuvent ainsi être appliquées qu'à des individus condamnés à au moins 15 ans de réclusion criminelle pour assassinat, meurtre, torture ou acte de barbarie, viol, enlèvement ou séquestration commis sur une victime mineure ou, à défaut, si la victime est majeure, lorsque ces crimes sont aggravés ou, depuis la loi du 10 mars 2010, s'ils sont commis en état de récidive légale. La mesure ne concerne donc par définition qu'une catégorie restreinte de la population pénale jugée dangereuse en raison de la gravité de l'acte commis. Et encore ne s'applique-t-elle que de manière subsidiaire lorsque l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes et les obligations susceptibles d'être ordonnées dans le cadre d'une surveillance judiciaire ou d'un suivi socio-judiciaire, notamment l'injonction de soins ou le placement sous surveillance électronique mobile, apparaissent insuffisants pour prévenir la réitération des crimes. Autrement dit, la rétention ne peut être prononcée que si elle constitue l'unique moyen de prévenir la commission de ces crimes. Sans ces précautions attestant son caractère

⁴² C. proc. pén., art. 721-2, I.

exceptionnel, la mesure n'aurait du reste jamais pu se voir décerner un brevet de constitutionnalité.

Mais comme toujours, la crainte tient dans le fait, une fois la mesure instituée dans son principe, de voir cette la liste limitative des personnes susceptibles d'y être soumises étendue au gré notamment d'évènements largement médiatisés et suscitant un émoi populaire. Pour n'en donner qu'un exemple⁴³, c'est ainsi on le sait que la liste des personnes pouvant être placées sous surveillance judiciaire, initialement cantonnée aux seules personnes condamnées à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à 10 ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, a depuis été élargie, tout d'abord par la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle qui a abaissé le seuil des 10 ans à 7 ans, et ensuite par la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011 aux personnes condamnées à une peine privative de liberté d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale. Cette deuxième extension est particulièrement importante car elle étend la mesure au-delà de sa finalité initiale qui était de compléter le suivi socio-judiciaire, lequel n'était applicable à l'origine qu'aux seules infractions sexuelles et/ou de violences ; elle permet ainsi d'appliquer la surveillance judiciaire à bien d'autres catégories de délinquants, par exemple aux auteurs de vol aggravé ou de trafic de stupéfiants dès lors que la répétition de leur forfait traduit une dangerosité dont il convient de prémunir la société. Couplé aux faits que la catégorie des infractions pour lesquels la peine de suivi socio-judiciaire est encourue a elle aussi, largement été étendue bien au-delà des infractions qui en justifiaient à l'origine le prononcé, par exemple aux délits de trafics d'armes ou encore aux actes de terrorisme, on mesure assez aisément l'application amplifiée qui en résulte⁴⁴.

⁴³ L'observation peut encore être reproduite à propos du placement sous surveillance électronique mobile qui au départ ne pouvait s'appliquer, à titre de mesure de sûreté, qu'aux condamnés à une peine privative de liberté d'une durée supérieure ou égale à 7 ans et qui peut, depuis la LOPPSI II du 14 mars 2011, s'appliquer aux personnes condamnées à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale et, depuis la loi du 9 juillet 2010 visant à renforcer la lutte contre les violences commises au sein des couples, modifiée sur ce point par la loi de programmation pour la justice du 23 mars 2019, également être prononcé à l'encontre d'une personne condamnée à une peine privative de liberté d'au moins deux ans pour des violences ou des menaces intrafamiliales punies d'au moins 5 ans.

⁴⁴ V. CPP, art. D. 147-1 pour la liste des infractions pour lesquelles le SSJ est encouru et qui peuvent donner lieu à la SJPD dès lorsque la peine privative de liberté prononcée est supérieure à 7 ans.

Et c'est aujourd'hui à l'encontre d'une autre figure du délinquant dangereux que se déploie cette utilisation sécuritaire des mesures de sûreté post-pénales ; l'on songe bien évidemment au terroriste. Après un premier échec en 2020, suite à la censure par le Conseil constitutionnel de la loi instaurant des mesures de sûretés à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine⁴⁵, le législateur a revu sa copie et est parvenu, par la loi du 20 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, à créer une « mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion »⁴⁶. La mesure qui n'a vocation à concerner que les condamnés pour acte de terrorisme, à l'exception des actes de provocation et d'apologie, à une peine privative de liberté ferme d'une durée au moins égale 5 ans ou à 3 ans en cas de récidive, pourra être décidée par le TAP de Paris, après avis motivé de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, à l'encontre des condamnés présentant, à la fin de l'exécution de leur peine, « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme, faisant ainsi obstacle à leur réinsertion* ». L'individu pourra alors être soumis pendant une période d'un an, renouvelable dans la limite de 5 ans si des éléments nouveaux ou complémentaires le justifient, à différentes interdictions et obligations, notamment celle de respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique destinée à permettre la réinsertion de la personne concernée et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté, cette prise en charge pouvant, le cas échéant, intervenir au sein d'un établissement d'accueil adapté c'est-à-dire dans un centre de prise en charge individualisée des personnes radicalisées.

Très clairement, il s'agit à nouveau, en se fondant sur la dangerosité criminologique, d'éviter que des condamnés pour acte de terrorisme prochainement éligibles à une libération ne puissent sortir de détention sans aucun suivi. La mesure n'est d'ailleurs pas applicable aux personnes condamnées à un suivi socio-judiciaire ou faisant l'objet d'une mesure de surveillance judiciaire, de surveillance de sûreté ou de rétention de sûreté et, -gage de son caractère exceptionnel et subsidiaire - ne peut être décidée que si elle apparaît « *strictement nécessaire pour prévenir un nouveau passage à l'acte et assurer la réinsertion* » du condamné. Mais elle vise aussi et surtout à pallier les difficultés qu'il y a actuellement à prononcer d'autres mesures de suivi pour ces individus, notamment la peine de suivi socio judiciaire qui ne s'applique aux condamnés pour actes de terrorisme que depuis la loi du 3

⁴⁵ Cons. const., 7 août 2020, n° 2020-805 DC.

⁴⁶ CPP, art. 706-25-16 à 706-25-22.

juin 2016 et dont le prononcé n'est obligatoire, sauf décision contraire spécialement motivée de la juridiction de jugement, que depuis la loi du 10 août 2020. Il était donc nécessaire que la mesure soit considérée comme une mesure de sûreté immédiatement applicable pour répondre dès à présent aux impératifs sécuritaires. Et c'est donc désormais chose faite, le Conseil constitutionnel ayant dans sa décision du 30 juillet 2021 considéré, suivant une formule désormais éprouvée, que « *la mesure ne constitue ni une peine, ni une sanction à caractère punitif* » et n'est donc pas soumise au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁴⁷. Et bien que reconnaissant l'atteinte portée par cette mesure à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale, le Conseil ne l'en a pas moins cette fois-ci validé au nom de l'objectif de lutte contre la récidive et des conditions et garanties entourant son prononcé et attestant son caractère exceptionnel. A ce titre, il a notamment été tenu compte de l'originalité de la mesure qui allie, afin de prévenir la récidive, l'objectif de surveillance des terroristes et l'objectif de réinsertion ordinairement réservé aux peines, avec cette précision notamment qu'il ne peut être recouru à un tel suivi que si le condamné a été mis en mesure, pendant son incarcération, de bénéficier de mesures destinées à préparer sa réinsertion.

Mais c'est là peut-être précisément que la logique sécuritaire trouve ses limites ou à tout le moins dévoile ses paradoxes, car le mouvement sécuritaire initié depuis quelques années à l'encontre des condamnés pour actes de terrorisme a également conduit le législateur à limiter considérablement leurs possibilités d'obtenir en cours d'exécution de leur peine un aménagement de celle-ci si bien qu'en pratique la condition risque d'être difficilement remplie.

Il s'agit là du reste du deuxième signe d'une évolution sécuritaire dont nous voulions faire état avec la multiplication, pour certaines catégories pénales, d'obstacles ou de freins aux aménagements de peine.

II. Deuxième signe d'une évolution sécuritaire : les obstacles ou freins aux aménagements de peines

Le principe énoncé à l'article 707 du Code de procédure pénale d'un retour progressif à la liberté et de la nécessité, chaque fois que cela est possible, d'aménager les peines privatives de liberté afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire est un principe qui reçoit en réalité une application à géométrie variable et laisse de côté un certain

⁴⁷ Décision n° 2021-822 DC du 30 juillet 2021.

nombre de condamnés, notamment les condamnés considérés comme dangereux pour lesquels comme on vient de le voir c'est la voie d'un suivi post-carcéral fondé sur une mesure de sûreté et non sur un aménagement de peine qui est le plus souvent privilégiée, mais aussi plus largement pour les condamnés à de longues peines qui font figure pour reprendre une expression d'Alain Blanc de « grands oubliés »⁴⁸ de l'application des peines.

Ces dernières décennies, plusieurs textes ont ainsi contribué à rendre plus complexes les procédures d'aménagement de peine, à durcir pour certains condamnés les conditions d'octroi de ces aménagements ou, de manière plus radicale, à les exclure de tout aménagement, au nom d'une politique sécuritaire explicitement affichée.

L'on pense notamment à la période de sûreté qui, en faisant obstacle à la grande majorité des aménagements de peine et en garantissant ainsi pendant un temps plus ou moins long un enfermement ferme, participe, à des fins sécuritaires, à la neutralisation des condamnés. Or précisément, les impératifs sécuritaires ont ces dernières années conduit le législateur à étendre le champ d'application de la mesure. Tout d'abord, en multipliant les hypothèses dans lesquelles la période de sûreté s'applique de plein droit et, pour n'en donner qu'un seul exemple particulièrement significatif, on mentionnera ici la loi du 3 juin 2016 relative à la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme qui a généralisé l'application de plein droit à tous les crimes terroristes, ainsi qu'à tous les délits terroristes punis d'au moins dix ans d'emprisonnement⁴⁹. Ensuite, en étendant l'emprise temporelle de cette période de sûreté jusqu'à parfois couvrir l'ensemble de la peine prononcée lorsque celle-ci consiste en une réclusion criminelle à perpétuité. La peine devient alors incompressible et perpétuelle et garantit pleinement, par l'élimination du condamné, la sécurité de la société. La mesure, particulièrement rigoureuse, n'avait, lors de sa création par la loi du 1^{er} février 1994, été prévue qu'en cas de meurtre ou d'assassinat sur un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol⁵⁰. Il s'agissait notamment de réagir au viol et au meurtre d'une mineure de 8 ans par un multirécidiviste qui, l'année précédente, avait suscité un vif émoi dans la population. Mais depuis, le législateur est intervenu par deux fois pour en étendre le champ d'application. Une première fois, avec la LOPPSI II du 14 mars 2011, qui permet le prononcé d'une période de sûreté perpétuelle en cas de meurtre commis en bande organisée ou

⁴⁸ A. Blanc, « Les longues peines, au risque de l'oubli », RSC 2016, p. 47 ; « Les longues peines, ou le risque de l'oubli », AJ pén. 2015, p. 284.

⁴⁹ C. pén., art. 421-7.

⁵⁰ C. pén., art. 221-3 et 221-4.

d'assassinat sur une personne dépositaire de l'autorité publique⁵¹, puis plus récemment avec la loi du 3 juin 2016 qui ajoute le cas des crimes terroristes punis de réclusion criminelle à perpétuité⁵². A la figure du délinquant sexuel et, pour reprendre l'expression de certains politiques, du « tueur de flic », s'ajoute ainsi désormais la figure du terroriste, et la liste pourrait potentiellement s'allonger dans quelques années si une nouvelle figure criminelle venait à cristalliser les tentations sécuritaires. La dangerosité révélée par la gravité de l'acte et confirmée par la sévérité de la condamnation prononcée est alors telle que toute idée de réinsertion laisse place aux fonctions plus primaires d'élimination et de neutralisation.

Le sentiment est renforcé par le durcissement des conditions exigées dans de tels cas pour obtenir un relèvement de la période de sûreté. Outre l'exigence que le condamné manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale, le relèvement n'est en effet possible qu'après 30 années d'incarcération et après qu'une expertise médicale réalisée par un collège de 3 experts se soit prononcée sur la dangerosité du condamné⁵³ et ces conditions, déjà particulièrement rigoureuses, deviennent drastiques lorsque le relèvement est demandé par un terroriste : en plus des conditions précitées, le TAP ne peut en effet décider d'un relèvement que sur avis d'une commission de 5 magistrats de la Cour de cassation et après avoir recueilli l'avis des victimes parties civiles et ne peut l'accorder que lorsque la réduction de la période de sûreté n'est pas susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public. La référence ainsi faite à un trouble, non pas avéré mais potentiel, à l'ordre public et la lourdeur du mécanisme sont à la mesure du message sécuritaire que le législateur entend faire passer : il s'agit avant toute chose de convaincre l'opinion publique que les terroristes échapperont difficilement à la « perpétuité réelle ». Mais l'on peut alors se demander si le mécanisme mis en place suffira pour obtenir, comme cela a été le cas pour les autres hypothèses de périodes de sûreté perpétuelles, l'onction de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁴. Car de fait, si la possibilité légale d'un relèvement rend la peine *de jure* compressible et peut ainsi satisfaire aux exigences européennes, l'application pratique de conditions aussi exigeantes risque à l'inverse de conduire les juges de Strasbourg à considérer que la peine est *de facto* incompressible⁵⁵ et constitue alors une peine inhumaine ou dégradante au sens de l'article 3 de la Convention. En tout état de cause, quand bien même un tel relèvement serait obtenu et

⁵¹ C. pén., art. 221-3 et 221-4.

⁵² C. pén., art. 421-7.

⁵³ C. proc. pén., art. 720-4.

⁵⁴ CEDH, Bodein c/ France, 13 nov. 2015, req. n° 40014/10.

⁵⁵ V. not. CEDH, gde ch., Murray c/ Pays-Bas, 26 avr. 2016, req. n° 10511/10.

que, par la suite, le condamné bénéficierait d'une libération conditionnelle, il ne réintégrerait pourtant pas le droit commun puisque par dérogation aux dispositions de l'article 732 du Code de procédure pénale, le TAP pourrait alors prononcer des mesures d'assistance et de contrôle sans limitation dans le temps. La surveillance sécuritaire demeure donc.

Cette évolution sécuritaire de l'application des peines se perçoit encore dans la volonté du législateur de réduire à la portion congrue les facultés d'aménagement de peine pour certains condamnés jugés dangereux. Un temps réservée aux récidivistes, cette « obsession carcérale » s'appuie aujourd'hui sur la figure du terroriste désormais soumis à un régime d'exécution de peine particulièrement rigoureux sur le seul fondement de la qualification relevée à son encontre. Depuis la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, les condamnés pour une infraction terroriste, toujours à l'exclusion des infractions de provocation et d'apologie du terrorisme, sont ainsi tout simplement exclus du bénéfice des mesures de suspension et de fractionnement de peine⁵⁶ et ne peuvent non plus voir leur peine aménagée sous le régime de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur⁵⁷. Seule la détention à domicile sous surveillance électronique, plus rassurante en termes de contrôle, leur est ouverte lorsqu'il leur reste moins de deux années de détention à subir, mais la possibilité paraît dans les faits relever plus de la théorie que de la pratique. Quant à la libération conditionnelle, la loi du 3 juin 2016 en a considérablement durci les conditions d'octroi, la mesure ne pouvant être ordonnée qu'après avis d'une commission chargée de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne condamnée – il s'agit en l'occurrence de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté complétée par un fonctionnaire de la police ou un militaire de la gendarmerie en charge de la lutte contre le terrorisme et d'un représentant d'une association d'aide aux victimes⁵⁸ - et surtout le TAP pouvant s'opposer à cette libération lorsqu'elle est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public. L'impératif sécuritaire peut ainsi à nouveau s'ériger en obstacle à la libération anticipée.

C'est la même logique sécuritaire qui, quelques années auparavant, avait conduit le législateur à durcir les conditions d'octroi d'une libération conditionnelle pour les condamnés à de longues peines entendus comme ceux ayant été condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité ou à une peine privative de liberté supérieure ou égale à quinze ans pour une

⁵⁶ C. proc. pén., art. 720-1, dernier al.

⁵⁷ C. proc. pén., art. 723-1.

⁵⁸ C. proc. pén., art. D. 527-3.

infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru ou encore à une peine supérieure ou égale à dix ans pour une infraction mentionnée à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale c'est-à-dire à une infraction pour laquelle une rétention de sûreté a été envisagée. Depuis la loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs⁵⁹, ils ne peuvent en effet bénéficier d'une telle libération qu'après avoir subi une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité, assortie d'une expertise médicale et doivent auparavant avoir exécuté, à titre probatoire, une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur ou de placement sous surveillance électronique pendant une période d'un an à trois ans, sauf si la libération conditionnelle est assortie d'un placement sous surveillance électronique mobile. En pratique, ces mesures probatoires et cette expertise de dangerosité, qui jusqu'à la loi de programmation pour la justice du 23 mars 2019 devait être complétée d'un avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, conduisent à retarder le prononcé d'une libération anticipée, de même que la longueur de la procédure met parfois à mal les projets de réinsertion envisagés et fait *in fine* tout simplement obstacle à l'élargissement envisagé. Mais c'est selon le législateur le prix à payer pour garantir la sécurité de nos concitoyens et éviter la libération de personnes potentiellement toujours dangereuses.

Participent encore de ce mouvement sécuritaire les diverses lois qui ont conduit à réduire le quantum des réductions de peines pour certains condamnés, voir de façon plus radicale, à les exclure de ce dispositif. La loi du 17 juin 1998 instaurant la peine de suivi socio-judiciaire avait initié le mouvement en excluant, sauf décision contraire du JAP pris après avis de la CAP, du bénéfice des réductions de peines supplémentaires certains délinquants sexuels récidivistes, plus exactement les personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale si, lorsque leur condamnation est devenue définitive, le casier judiciaire fait mention d'une telle condamnation⁶⁰. L'exclusion fût également étendue, par cette même loi de 1998 complétée par plusieurs lois postérieures, aux personnes condamnées à un suivi socio-judiciaire comprenant une injonction de soins qui refusent de suivre un traitement pendant leur incarcération⁶¹. Ce fut ensuite au tour de la loi

⁵⁹ Pour les réclusionnaires à perpétuité, l'exigence d'une évaluation de la dangerosité et d'un avis de la CPMS était déjà prévue par les lois du 25 février 2018 et du 10 mars 2010.

⁶⁰ C. proc. pén. art. 721-1, al. 3.

⁶¹ C. proc. pén., art. 721-1, al. 1^{er}. La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental est venue compléter ce dispositif en prévoyant des règles particulières pour les personnes condamnées pour avoir commis sur un mineur un meurtre, un assassinat, des tortures ou acte de barbarie, viol, une agression ou une atteinte sexuelle : en ce cas, si la personne refuse les soins

relative à l'individualisation des peines du 15 août 2014 d'en reprendre le principe pour exclure du bénéfice des réductions supplémentaires de peines les personnes condamnées qui étaient atteintes, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré leur discernement lorsqu'elle refusent les soins qui leur sont proposés en détention⁶². Puis vint la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste qui exclua du bénéfice des crédits de réduction de peine les personnes condamnées pour des infractions terroristes, à l'exclusion là encore des délits de provocation et d'apologie du terrorisme, seul l'octroi de réduction supplémentaire de peine restant envisageable⁶³. Enfin, dernier acte en date, en réponse notamment à l'assassinat d'un policier, la loi du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés emporte de nouvelles restrictions des réductions de peines susceptibles d'être accordées aux auteurs de meurtres ou de violences contre les représentants de l'autorité. Les crédits de réduction de peine leur sont ainsi désormais refusés et seules restent possibles des réductions de peine supplémentaires pour bonne conduite mais avec un quantum réduit par rapport au droit commun⁶⁴. La politique sécuritaire, très clairement affichée dans l'intitulé même de cette dernière loi, se traduit alors par une répression accrue visant à garantir un temps effectif d'incarcération aussi proche que possible de la durée de la peine prononcée.

La future loi pour la confiance dans l'institution judiciaire dont le texte vient d'être adopté par le Sénat hier reprend du reste toutes ces exclusions ou réductions des quantums des réductions à l'encontre des condamnés pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, des condamnés qui au moment de l'acte avaient leur discernement altéré, des condamnés pour actes de terrorisme ou pour faits de violences envers une personne dépositaire de l'autorité publique : tous voient les réductions de peine pouvant leur être octroyées limitées à 3 mois par année d'incarcération et 7 jours par mois pour les durées d'incarcération inférieures à un an, là où les autres condamnés peuvent prétendre jusqu'à 6 mois par année d'incarcération et 14 jours pour les reliquats de moins d'un an, ce qui correspond concrètement à l'exclusion antérieure du bénéfice selon les cas des crédits de réduction de peine ou des réductions supplémentaires de peine.

qui lui sont proposés en prison, la réduction ne peut excéder deux mois par année ou 4 jours par mois sachant que là encore, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Taubira du 15 août 2014 c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} janvier 2015, les récidivistes étaient moins bien traités puisque la réduction est limitée à un mois par année et 2 jours par mois.

⁶² C. proc. pén., art. 721-1, al. 1^{er}.

⁶³ C. proc. pén., art. 721-1-1.

⁶⁴ C. proc. pén., art. 721-1-2.

Il y aurait encore beaucoup à dire mais puisque le temps passe et qu'il faut conclure, l'on peut après ces quelques observations se livrer à deux ultimes réflexions.

La première est que l'évolution sécuritaire de l'application des peines ici décrite doit bien évidemment être replacée dans une perspective plus globale de l'application des peines. Et sous cet angle, il importe de souligner que ce mouvement sécuritaire est largement contrebalancé par d'autres orientations marquées de l'application des peines, que ce soit la juridictionnalisation ou l'individualisation de l'application des peines, la volonté de développer les alternatives à la privation de liberté, de lutter contre la surpopulation carcérale ou de rendre effectif au moins pour les courtes et moyennes peines privatives de liberté le principe du retour progressif à la liberté avec des mécanismes de libération anticipée tels que la libération sous contrainte. Les orientations pourraient du reste parfois paraître contradictoires : ainsi peut-on estimer qu'il est paradoxal de durcir les conditions d'octroi de la libération conditionnelle pour les condamnés à de longues peines et d'exiger dans le même temps qu'une fois parvenu au 2/3 de leur peine, leur situation soit obligatoirement examinée par les juridictions de l'application des peines pour apprécier l'opportunité d'une telle libération⁶⁵. De même qu'il peut paraître paradoxal de supprimer les réductions de peine aux condamnés les plus dangereux alors que c'est précisément sur la durée de ces réductions que pourrait venir s'adosser un suivi post-carcéral par le biais de la surveillance judiciaire⁶⁶.

La seconde observation tient au fait que ce mouvement sécuritaire est parfois fluctuant et peut, selon les époques, selon les évolutions de la criminalité et aussi, il faut le reconnaître, la médiatisation qui entoure parfois tel type de délinquance, varier de cibles. Aujourd'hui ce mouvement sécuritaire vise essentiellement on l'a dit les délinquants sexuels, les personnes souffrant de troubles psychiatriques ou d'un trouble grave de la personnalité et bien évidemment les terroristes à propos desquels certains vont jusqu'à évoquer un « droit pénal de l'ennemi »⁶⁷. Mais des figures nouvelles apparaissent, telles les personnes portant atteinte aux représentants de l'autorité publique ou encore les violents conjugaux désormais soumis à la mesure sécuritaire du bracelet anti-rapprochement et prochainement exclu du bénéfice de la libération sous contrainte automatique instaurée par la future loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, tandis que d'autres figures se font plus discrètes telles les récidivistes

⁶⁵ C. proc. pén., art. 730-3.

⁶⁶ C. proc. pén., art. 723-29.

⁶⁷ G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », RSC 2009, p. 7. Pour une critique de cette doctrine, V. not. G. Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité ; Droit pénal de l'ennemi », RSC 2010, p. 69.

qui, il y a quelques années encore, voyaient leur possibilité de bénéficier de réductions de peine ou de libération anticipée largement amenuisées par rapport au droit commun et qui aujourd'hui, sous l'effet combiné de la loi Taubira du 15 août 2014 et de la loi pour la programmation de la justice du 23 mars 2019, voient leur statut, au stade de l'application des peines, largement aligné sur celui des condamnés non récidivistes. Dans ces conditions, difficile de prévenir l'avenir : le droit de l'application des peines saura-t-il résister à cette tentation sécuritaire si souvent décriée ou sera-t-il comme ce vieux roi anglais qui s'asseyait près de l'océan et ordonnait à la marée de ne pas monter ? Personnellement, je serais bien en peine de répondre à cette question.