

Liste des abréviations

§: Paragraphe

AJ pénal: Actualité juridique pénal

c/: Contre

CEDH: Cour européenne des droits de l'Homme

Chron.: Chronique

CIVI: Commission d'indemnisation des victimes d'infractions

CNCDH: Commission nationale consultative des droits de l'Homme

Cass.: Cour de cassation

coll.: Collection

Cons. const.: Conseil constitutionnel

CPT: Comité de prévention de la torture du Conseil de l'Europe

Crim.: Chambre criminelle de la Cour de cassation

D.: Recueil Dalloz

DC: Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées

DDHC: Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

Ed.: Edition

ENS: Ecole normale supérieure

FIJAIS: Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles

Gaz. Pal.: Gazette du Palais

IFJR: Institut français pour la justice restaurative

JAP: Juge d'application des peines

JCP G.: Juris-Classeur périodique, Semaine juridique, édition générale

JUDEVI: Juge délégué aux victimes

LGJD: Librairie générale de droit et de jurisprudence

n°: Numéro

obs.: Observation

p.: Page

pp.: Pages

PSAP: Procédure simplifiée d'aménagement de peine

PUF: Presses universitaires de France

QPC: Question prioritaire de constitutionnalité

RDPC: Revue de droit pénal et de criminologie

RPDP: Revue pénitentiaire et de droit pénal

RSC: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

s.: Suivants

sect.: Section

SEFIP: Surveillance électronique de fin de peine

SFOIP: Section française de l'Observatoire international des prisons

SME: Sursis avec mise à l'épreuve

SPIP: Service pénitentiaire d'insertion et de probation

t.: Tome

TTR: Traitement en temps réel des procédures pénales

v.: Voir

vol.: Volume

Sommaire

PARTIE I. L'orientation de la peine: le sens idéal de la peine?

CHAPITRE I. La consécration des fonctions et finalités de la peine par le législateur

SECTION 1. Les fonctions de la peine

SECTION 2. Les finalités de la peine

CHAPITRE II. Les écueils du sens textuel de la peine

SECTION 1. Une définition incohérente des fonctions et finalités de la peine

SECTION 2. Une définition équivoque des fonctions et finalités de la peine

PARTIE II. Les représentations de la peine: le sens réel de la peine?

CHAPITRE I. La perte de sens de la peine pour le condamné

SECTION 1. L'échec de la prison: signe de la perte de sens de la pénalité

SECTION 2. Les distorsions de la pénalité: peine prononcée et peine exécutée

CHAPITRE II. La privatisation de la peine par la victime et la société

SECTION 1. La progression de la victime dans le paradigme punitif

SECTION 2. Les représentations de la peine par la société et ses dangers

Introduction

«Le sens des peines a été à lui seul dans l'Histoire un formidable révélateur politique. Apparaissant ça et là en positif ou en négatif, il a suivi l'évolution de la législation, ainsi que les contradictions de son application. Il est surtout un outil de mesure des tensions sociales, des résistances et des impuissances: les années passant, les objectifs et les pratiques se rejoignent ou se tournent le dos, trahissent une succession d'hésitations idéologiques»¹.

C'est ainsi que le compositeur de musique contemporaine Nicolas FRIZE, dont les activités musicales l'ont amené à s'intéresser à l'univers carcéral, traduit toute la difficulté mais également tout le besoin des penseurs et acteurs de la pénalité moderne d'apporter une raison d'être à la peine. Il n'est sans doute pas anodin qu'une retranscription aussi accomplie de la complexité que revêt le sens de la peine soit l'oeuvre d'un musicien.

Celui-ci a ce talent qui consiste à combiner les sons et silences pour faire une mélodie et cela ne s'éloigne pas de la recherche et de l'analyse des sons et silences de la peine.

Les questionnements autour du sens de la peine sont anciens car ils font appel à des fondements aussi primitifs que la vengeance. Toutefois, c'est réellement à partir du siècle des Lumières, là où l'on a pu commencer à parler de *«pensée pénale moderne»*, que les théoriciens pénaux ont édifié des modèles destinés à donner du sens à la pénalité notamment pour le condamné, la société, la victime, le législateur et le juge.

Depuis lors, les conceptions et modèles philosophiques de la peine se confrontent aux pratiques faites au sein de l'institution pénale, et de cet ensemble disparate, le sens de la peine semble être insaisissable.

Cela peut également s'expliquer par les contradictions de la pénalité moderne.

Dès lors, bien qu'il soit fort possible que la question du sens de la peine ait précédé celle de la peine elle-même, il nous faut nous pencher sur la notion de peine et tenter d'en définir la nature et d'en délimiter les contours (I) si nous souhaitons en comprendre les sens (II).

1 N. Frize, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, éd. Leo Scheer, 2004, p. 13.

I. La notion de peine

Ainsi, le terme «*peine*» vient du grec «*poiné*» ou «*poinè*» selon différentes transpositions, ainsi que du latin «*poena*». La «*peine*» désignerait ainsi le «*prix d'un meurtre*» ou le «*prix du sang*». D'autres significations font de la peine une «*rançon destinée à racheter un meurtre*», une «*expiation*», une «*vengeance*» ou un «*châtiment*». «*La poiné est le châtiment et la réparation dus pour la violation du serment. Les formes comparables, hors du grec, [...] se rapportent toutes à la punition: c'est le cas du latin «poena», terme du droit criminel, emprunt ancien à la forme grecque «poina» [...]*» précise ainsi *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*².

Ici, ce sont donc deux notions de la peine qui sont présentées à travers les origines étymologiques du terme: la sanction et la réparation. Quand bien même il semblerait que la réparation soit acquise par la sanction, selon une conception vindicative de la peine ancienne, la peine a plusieurs origines étymologiques qui renvoient à différents fondements, ce qui complexifie encore davantage sa compréhension.

Au regard d'une définition de la peine moderne, peut-être pourrions nous identifier sa nature et ses contours. Si l'on s'en tient au *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, la peine est définie comme «*le châtiment édicté par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction*»³.

Plusieurs éléments de cette définition permettent ainsi de déterminer ce qu'est une peine aujourd'hui.

Cette définition renvoie tout d'abord à différentes caractéristiques de la peine.

Ainsi, l'un des caractères les plus fondamentaux de la peine est sa légalité, issue du principe de légalités des délits et des peines proposé par le juriste italien BECCARIA⁴. Le critère essentiel de la peine est la loi: ce qui fait une peine est sa consécration dans la loi⁵.

Le principe de légalité est inscrit à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (DDHC) qui dispose que «*la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment*

2 E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Pouvoir, droit, religion, t. 2, Paris, Ed. De Minuit, 1969, p. 55.

3 G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, p. 751

4 C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, ENS Editions, 2009.

5 E. Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, Paris, Litec, 2010, p. 26.

nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée».

Le principe de légalité criminelle a donc d'autres incidences. Un comportement ne pourra être qualifié d'infractionnel, et dès lors être punissable, que si un texte le prévoyait antérieurement à la commission de cette infraction, de la même manière que la durée d'une peine doit être strictement fixée par la loi.

L'article 8 de la DDHC prévoit également d'autres caractères attachés à la peine, à savoir sa stricte et évidente nécessité, ainsi que sa proportionnalité. Si ces deux principes peuvent puiser leur origine dans ledit article, c'est avant tout la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui y fait référence⁶.

La légalité criminelle est aussi à mettre en corrélation avec le principe d'égalité de la peine qui indique que, la loi étant la même pour tous les citoyens, la peine doit l'être tout autant, sous réserve que celle-ci soit adaptée à la personnalité du délinquant ou que l'individu puisse être responsable de ses actes.

Ainsi, seule la peine encourue est identique pour tous tandis que la peine prononcée et la peine exécutée pourront faire l'objet d'adaptation. Il s'agit du principe hautement important aujourd'hui de personnalisation de la peine, ou devrait-on dire d'*individualisation*, au regard de la formulation utilisée dans les derniers textes pénaux.

Un autre caractère fondamental de la peine est sa personnalité. Toute peine est personnelle mais il ne faut toutefois pas confondre ce principe avec celui de personnalisation ou d'individualisation de la peine. Une peine personnelle signifie que l'on ne peut pas condamner un individu pour une infraction qu'il n'a pas commise. Seul l'infacteur reconnu en tant que tel est punissable.

Aussi, si la peine présente des caractères permettant de préciser sa nature, elle revêt également des fonctions et poursuit des finalités.

La question des fonctions et finalités de la peine est essentielle, puisque, nous le verrons, elle concerne directement les sens de la peine.

Il importe que nous effectuions une distinction de ces deux notions. En effet, dans les théories de la peine d'hier et d'aujourd'hui, comme dans la loi, des confusions ont souvent lieu entre ces deux

6 *Cons. const.*, n°96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*.

termes qui ont pourtant des significations différentes.

Le terme «*fonction*» renvoie à un «*service d'un but supérieur et commun*», ou est «*parfois synonyme plus vaguement de mission*»⁷. Le *Littre* parle «*d'action propre à chaque emploi*»⁸.

Pour le professeur Michel VAN DE KERCHOVE, la fonction de la peine «*[...] se distingue de ses objectifs à la fois par le fait qu'elle n'a pas en elle-même un caractère intentionnel et par le fait qu'elle ne désigne pas un idéal poursuivi, mais un rôle effectivement rempli. Elle se distingue cependant aussi partiellement des effets de la peine, à la fois par le fait que la fonction se réfère à un rôle caractéristique et essentiel de la peine, par le fait qu'elle désigne un rôle auquel elle semble particulièrement adaptée, et enfin par le fait qu'elle se réfère à un rôle répondant positivement aux exigences du système auquel elle appartient*».

Les fonctions traduisent donc ce à quoi la peine sert. Elles sont une réalisation.

Quant aux finalités, celles-ci traduisent ce vers quoi la peine tend. Elles sont un projet.

Pour le terme «*finalité*», il s'agit de «*ce à quoi est ordonnée une action et l'action d'y tendre; ce qu'il s'agit d'obtenir; ce qui est attendu d'une entreprise pour finir*», du «*critère important pour juger de l'orientation, des tendances, de la nature et de la valeur d'une réforme, d'une opération commerciale, d'un montage financier, de toute activité consciente et organisée*»⁹.

Il nous importe de présenter succinctement les fonctions et finalités traditionnelles de la peine, et de les approfondir respectivement dans les développements du présent écrit.

S'agissant des fonctions de la peine, certaines ont été classiquement reconnues comme telles par la doctrine ou le législateur, tandis que d'autres fonctions, nouvelles, se révèlent et interrogent.

Si la peine est qualifiée de «*châtiment*» c'est parce qu'elle est à la fois afflictive et infamante, ce qui renvoie à l'une des premières fonctions de la peine, à savoir la rétribution.

La peine est afflictive, en ce qu'elle impose une souffrance à l'auteur d'une infraction, dans sa liberté, ses droits ou son patrimoine, et infamante car elle en appelle à la réprobation générale de la société envers l'individu condamné, ce qui se fait notamment aujourd'hui par la publicité de la

7 G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, p. 465.

8 J. Pruvost (sous la direction scientifique de) et C. Blum (sous la direction générale de), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, p. 581.

9 G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, p. 461.

décision judiciaire rendue. Elle impose donc «une souffrance qui varie au gré des sanctions, elles-mêmes fluctuantes en fonction de la gravité de l'infraction commise»¹⁰.

A la différence de la fonction rétributive tournée vers le passé, la peine comporte également une fonction devenue primordiale aujourd'hui, celle de resocialisation, tournée vers l'avenir du délinquant.

Renforcée aujourd'hui par le principe d'individualisation, la resocialisation du délinquant doit être permise par une peine adaptée à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et professionnelle. La peine doit ainsi être utile pour le condamné et lui permettre de se réinsérer dans la société une fois celle-ci effectuée.

Cette fonction humaniste de la peine est aujourd'hui l'une des clés de voûte de notre système répressif, notamment sous l'influence de la pensée du magistrat Marc ANCEL¹¹.

La fonction d'intimidation de la peine fait également partie des fonctions essentielles de la peine. Les théories classiques de la peine l'ont considérablement développée, notamment sous la plume de BECCARIA et de BENTHAM. L'auteur britannique affirmera que «le but principal des peines, c'est de prévenir des délits semblables»¹².

Aujourd'hui, cette fonction est scindée en deux avec d'une part, la dissuasion générale, applicable à tout individu dans une société et d'autre part, la dissuasion spéciale qui s'adresse aux individus déjà condamnés afin qu'ils ne réitèrent pas leur comportement infractionnel.

Une fonction neutralisatrice ou éliminatrice est également reconnue à la peine, même si la neutralisation est aujourd'hui relative puisque la peine capitale n'existe plus en France et que la peine de réclusion criminelle à perpétuité n'est plus véritablement mise en œuvre.

Toutefois, la neutralisation des condamnés par la peine se poursuit encore aujourd'hui, notamment par la peine privative de liberté qui sépare les condamnés du reste de la société.

S'il est vrai que cette fonction est traditionnellement reconnue à la peine, il faut néanmoins reconnaître qu'elle fait appel à des notions positivistes, se fondant sur la dangerosité des délinquants. Dès lors, elle revêt une certaine forme d'ambiguïté.

D'autres fonctions tendent à se développer et c'est notamment le cas de la fonction réparatrice de la

10 E. Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, Paris, Litec, 2010, p. 2.

11 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981.

12 J. Bentham, «Principes du code pénal», in *Oeuvres de Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Ed. E. Dumont, t. I, Bruxelles, Coster et Cie, 1829, p. 143.

peine qui peut être illustrée par la création de la sanction-réparation à l'article 131-8-1 du Code pénal. Cette fonction peut également faire écho au développement de la justice restaurative en France.

S'agissant des finalités de la peine, elles dépendent globalement des différentes représentations de la peine que véhicule un Etat de droit et des différents objectifs de la politique pénale de cet Etat, à une époque donnée.

Aujourd'hui, en France, les finalités de la peine se rattachent essentiellement à la prévention de la récidive, à la protection de la société et à la restauration de l'état social antérieurement à la commission de l'infraction. La peine se donne ainsi pour finalité générale de concilier les intérêts de la société, du condamné et de la victime.

Ainsi, au regard des caractères, fonctions et finalités de la peine, il devrait être possible d'établir des critères de la peine. Didier FASSIN retranscrit ainsi l'un des discours du philosophe britannique HART en tant que président de *l'Aristotelian Society* en 1959¹³. Celui-ci reconnaît ainsi cinq critères au châtement: *«Il doit impliquer une souffrance ou d'autres conséquences normalement considérées comme désagréables; il doit répondre à une infraction contre des règles légales; il doit s'appliquer à l'auteur réel ou supposé de cette infraction; il doit être administré intentionnellement par des êtres humains autres que le contrevenant; il doit être imposé par une autorité instituée par le système légal contre lequel l'infraction a été commise»*¹⁴.

Ainsi, une peine serait celle qui est appliquée par une autorité publique dans le seul but de réprimer l'auteur d'une infraction légalement prévue.

Toutefois, si cette définition permet en effet d'établir des critères formels de la peine, elle ne prend pas en compte des évolutions de notre droit de la peine et du développement de nouvelles formes de sanction, pénale ou non. Aujourd'hui, les contours de la peine ne sont plus parfaitement nets et certaines sanctions peuvent répondre positivement à certains critères de la peine sans pour autant en être une.

Aussi, si la peine est une sanction pénale, toute sanction pénale n'est pas une peine.

Le développement des mesures de sûreté dans notre arsenal pénal rend poreux les contours de la

13 D. Fassin, *Punir: une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017, p. 44.

14 D. Fassin, *Punir: une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017, p. 43.

peine. Elles peuvent se rejoindre dans leur mise en œuvre mais elles ne font pas appel aux mêmes fondements.

La peine se fonde sur la responsabilité morale de l'auteur d'une infraction, à savoir sa culpabilité, à la différence des mesures de sûreté qui se fondent sur sa responsabilité sociale, à savoir sa dangerosité. L'une appelle donc à la punition tandis que l'autre en appelle au traitement.

La confusion règne donc entre la peine et la mesure de sûreté, et cela est problématique étant donné que ce ne sont pas les mêmes principes directeurs qui s'appliquent selon que l'on a affaire à une peine ou une mesure de sûreté.

En effet, les rédacteurs du Code pénal de 1994 ont inclus des mesures de sûreté dans le vocable des peines. Certaines peines complémentaires sont par nature des mesures de sûreté, comme les injonctions de soin de l'article 131-10 du Code pénal, le suivi-socio judiciaire ou même l'interdiction du territoire national.

La distinction sémantique entre ces deux sanctions est véritablement apparue lorsque le législateur a décidé d'inscrire la nature de ces mesures dans leur dénomination, avec la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté, mais certaines peines ont conservé leur vocation éliminatrice.

Le curseur de la signification de la peine se place donc à tort sur des mesures dont seul le nom laisse apparaître qu'elles sont des peines. Le développement du concept de dangerosité est inquiétant et peut ainsi se répandre à de nouvelles peines, brouillant les sens que l'on souhaite leur donner.

De la même manière, toute sanction ne peut être une peine. Certaines sanctions administratives, disciplinaires ou para-pénales peuvent ainsi avoir les traits d'une punition mais il ne s'agit pas pour autant de peine.

Dès lors, il convient de préciser ici qu'il ne sera question dans le présent écrit que de la peine *stricto sensu* et non des mesures de sûreté ou des sanctions autres que pénales pouvant s'apparenter à une forme de punition.

Les évolutions complexes et contradictoires qui ont affecté et qui affectent la peine aujourd'hui ont une incidence considérable sur le ou les sens que l'on souhaite lui attribuer. L'obsession sécuritaire qui affecte le champ de la peine et le populisme pénal sont de cet ordre et amène à changer nos perceptions de pénalité.

Quoi qu'il en soit, si l'étude des sens de la peine nécessitait de s'intéresser à la définition de la peine, il faut toutefois comprendre ce que l'on entend par «*sens de la peine*», et ce qui justifie l'usage de sa

forme plurielle selon nous.

II. Les sens de la peine

Etymologiquement, la question du sens à donner aux sens de la peine n'est pas chose aisée... D'après le Littré, le terme «*sens*» a plusieurs définitions. Il est notamment défini comme une «*signification, une manière de comprendre*», comme «*une direction*» ou encore comme «*la faculté de comprendre les choses et d'en juger sainement*»¹⁵.

Dans son ouvrage *Sens et non-sens de la peine*, Michel VAN DE KERCHOVE cherche à répondre à la question du sens en faisant une analogie avec les questions que nous nous posons au sujet du sens de notre existence: «*Que sommes-nous? D'où venons-nous? Où allons-nous? A quelles conditions notre existence est-elle réussie ou notre vie est-elle «bonne»? »*»¹⁶.

C'est ainsi en terme de «*significations*» et «*direction*» que l'on s'intéressera aux sens de la peine. Il ne s'agira donc pas de savoir ce qu'est la peine mais ce qu'elle veut dire et où elle semble se diriger.

Si la question des sens de la peine emporte forcément celle de la détermination de la nature et des contours de la peine, c'est parce que les sens *stricto sensu* de la peine s'intéressent à ses fonctions et finalités. La détermination des fonctions et finalités de la peine, c'est déjà donner du sens à la peine. Autrement dit, les sens de la peine s'intéressent aux questions du «*pourquoi*» (*quia peccatum*) et du «*pour quoi*» (*ne peccetur*).

Aussi, dans le présent écrit, nous ne chercherons pas à identifier de manière précise les sens de la peine mais plutôt à mettre en lumière ce que sont ces fonctions et finalités, ce sur quoi elles se fondent. Il s'agira également de s'intéresser aux transformations dont elles ont fait l'objet, au regard des évolutions du droit de la peine.

Ces évolutions doivent notamment être prises en compte au regard des différents paradigmes punitifs qui ont gouverné notre conception de la pénalité, mais également au regard des effets de la peine et des représentations que la personne condamnée, la société et la victime peuvent s'en faire. C'est à cet égard que nous parlons *des* sens de la peine et non *du* sens de la peine: le sens de la peine

15 J. Pruvost (sous la direction scientifique de) et C. Blum (sous la direction générale de), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, p. 1285.

16 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 10.

pour le condamné ne correspondant ni à celui poursuivi par le législateur, ni à celui perçu par la victime ou la société.

Cette analyse est acceptée par certains auteurs comme le professeur Claire SAAS qui affirme que *«le sens de la peine ne peut certainement plus être saisi au singulier, tant la nature des sanctions pénales et les modes d'aménagements se sont multipliés au cours des quinze dernières années. Il apparaît fuyant, fugace, et certainement multiple selon que l'intéressé est celui qui propose, défend, prononce, aménage, subit, accepte, accompagne ou regarde la peine»*¹⁷.

Ainsi, s'il est vrai qu'il faut parler de plusieurs significations de la peine, parce que celle-ci a une signification différente pour chaque intéressé au regard de ses effets, il faut toutefois parler d'une pluralité d'orientations de la peine.

Ces orientations sont avant tout le fruit des différentes théories pénales d'hier qui ont été et qui continuent d'être la «*boussole*» de la peine. Cependant, ces orientations sont également celles choisies par le législateur et les acteurs de la politique pénale qui sont en train de tracer le chemin que prendra la peine de demain.

La tâche ne sera sans doute pas aisée et peut-être nous perdrons nous quelque peu sur ce sentier mais l'intérêt est grand.

Tout d'abord, parce qu'il s'agit d'un domaine que le législateur avait délaissé mais dans lequel il tend à s'immiscer de plus en plus, notamment depuis les années 2000¹⁸.

Cette question du sens de la peine a été explicitement posée à travers la consécration dans les textes de ses fonctions et finalités, à l'issue de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Cette question semble encore être préoccupante pour le législateur puisque l'un des rapports au sujet de la réforme de la justice à venir se nomme *«sens et efficacité de la peine»*.

Cela fait notamment écho à la situation alarmante de nos prisons, sources de ce nouvel intérêt qu'ont le législateur et les pouvoirs publics pour le sens de la peine.

Ensuite, si nous nous sommes intéressés à ce sujet, c'est avant tout parce qu'il pose l'une des questions les plus fondamentales du droit pénal: Que veut dire la peine et dans quelle direction va-t-elle?

17 C. Saas, «Le juge, artisan de la peine», *Les cahiers de la justice*, 2010, n° 4, p. 71

18 B. Cotte et J. Monkowski, «Chantiers de la justice: Sens et efficacité des peines», Paris, *La Documentation française*, 2018.

Tout praticien du droit pénal ne devrait-il pas se poser cette question?

Ne devrait-il pas se demander si le sens tel qu'il est poursuivi par le législateur et les acteurs de la politique pénal correspond ou non à celui qui est réellement perçu?

La peine réussit-elle à concilier les intérêts du condamné, de la société et de la victime, et avoir du sens pour chacun d'entre eux? Pourquoi devrait-on parler d'une pluralité de sens de la peine?

La profondeur de ces questionnement est d'une grande complexité et la présente démonstration ne peut avoir l'ambition d'apporter une réponse à chacune de ces question. Toutefois, il aura, nous l'espérons, le mérite de révéler les divergences qui peuvent exister entre le sens chimérique et le sens perçu, le sens théorique et le sens pratique de la peine.

Ainsi peut-être résumé cette problématique: *«Ce constat demeure valable aujourd'hui comme si le langage dans lequel s'est constituée la rationalité pénale moderne avait perdu son évidence et son caractère opératoire, comme si un fossé s'était creusé entre les justifications classiques de la peine et les pratiques au sein de l'institution pénale»*¹⁹.

Dès lors, dans une approche à la fois téléologique, il nous faut nous intéresser au sens idéal de la peine, tel qu'il est poursuivi par le législateur qui l'a récemment consacré dans la loi pénale, en se fondant notamment sur l'ensemble des modèles punitifs proposés par la pensée pénale moderne, depuis le siècle des Lumières (**Partie I**).

Cette étude du sens théorique devra être accompagnée de celle des sens ou représentations faites de la peine par le condamné, la victime et la société, et des conséquences que celles-ci peuvent avoir sur l'évolution de la peine et ses perceptions (**Partie II**).

19 C. Béal et L. Delia, «Punir a-t-il un sens ?», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, p. 2

Première partie. L'orientation de la peine: le sens idéal de la peine?

La recherche du sens de la punition est une question que tout Etat de droit s'est posée et continue à se poser. Si la pénalité moderne est devenue la réponse à une infraction à la loi, elle conserve toutefois ses questionnements philosophiques les plus anciens.

Ainsi, il importe pour le législateur d'en rechercher la raison d'être, d'en traduire les fondements dans la loi. Il lui faut se plonger complètement dans les différentes théories qui forment la pensée pénale moderne et qui ont cherché à découvrir la raison de «*l'acte de punir*».

Cependant, pour le législateur, il ne s'agit pas uniquement d'un travail d'identification des significations de la peine. Le législateur n'est pas un philosophe mais un traducteur. La norme est déclarative mais elle est surtout pratique. C'est pour cela que l'on parle de «*fonctions*» et «*finalités*» de la peine pour exprimer son sens, ces derniers étant des termes extrêmement pragmatiques et structurels.

Dès lors, établir un sens légal de la peine c'est également choisir une orientation, une direction prise par la pénalité au regard de ses fondements et des principes existant dans un Etat démocratique.

Cela doit ensuite se concrétiser dans sa mise en œuvre par la politique pénale.

Le sens idéal de la peine est donc le sens tel qu'il est poursuivi par le législateur, qui a fait le choix de s'attacher à certains fondements théoriques et objectifs pratiques plutôt que d'autres.

Ainsi, la loi n°2014-896 du 15 août 2014 est venue consacrer les fonctions et les finalités de la peine dans un nouvel article 130-1 du Code pénal. Il serait même plus exact de dire que la loi du 15 août 2014 a consacré *une nouvelle fois* ces fonctions et finalités de la peine étant donné que celles-ci étaient apparues pour la première fois dans la législation, à l'ancien article 132-24 du même code, à la suite de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005.

Celui-ci dispose ainsi que:

«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».

L'étude du sens idéal de la peine nous pousse donc à nous interroger sur les fonctions et finalités au regard des différents paradigmes punitifs de la pensée pénale moderne et des objectifs de la politique pénale (**Chapitre I**).

Cependant, l'association du théorique au pratique n'est pas chose aisée, et nombre d'écueils s'agissant du sens de la peine poursuivi par l'article 130-1 du Code pénal peuvent être relevés (**Chapitre II**).

Chapitre I. La consécration des fonctions et finalités de la peine par le législateur

Ainsi, à la suite des recommandations de la Conférence de consensus appelant à s'interroger de nouveau sur le sens de la peine²⁰, le Gouvernement a considéré que *«cette question fondamentale [des fonctions et finalités de la peine] n'[était] en effet pas traitée de manière satisfaisante par le code actuel, qui n'en [parlait] que de façon très parcellaire et au surplus inexacte à l'article 132-24»*²¹.

On peut ainsi se féliciter d'un nouvel article 130-1 du Code pénal qui, contrairement à l'ancien article 132-24, a une portée générale, *«[...] donnant le «la» et valant pour tous les stades de la «vie» de la peine (encourue, prononcée, exécutée)»*²².

La forme initiale du texte que portait ce projet de loi n'a quasiment pas changé à la suite de son passage au Parlement.

Bien que les premières lignes de ce texte soient consacrées implicitement aux finalités de la peine, il conviendra de s'intéresser en premier lieu à ses fonctions, étant donné que celles-ci se réfèrent à des caractéristiques essentielles de la peine et au rôle que la peine remplit (**Section 1**).

En second lieu, seront donc traitées les finalités de la peine, qui se détachent de la substance même de la peine car elles correspondent à des objectifs idéaux vers lesquels la pénalité doit tendre (**Section 2**).

Section 1. Les fonctions de la peine

D'après l'article 130-1 du Code pénal, la peine a pour fonctions de:

«1° De sanctionner l'auteur de l'infraction;

2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion».

20 F. Tulkens, «Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive – Conférence de consensus: principes d'action et méthodes», Paris, *La Documentation française*, 2013, p. 3.

21 «Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines», 9 octobre 2013, p. 6.

22 J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 10.

La sanction de l'auteur de l'infraction renvoie ici au fondement le plus ancien de la peine qu'est la rétribution. Celle-ci est avant tout d'ordre symbolique et moral, tandis que la fonction d'amendement, d'insertion ou de réinsertion est plus récente et tend à attribuer une utilité à la pénalité.

A la lumière des dispositions de l'article 130-1, il s'agira donc d'étudier, à travers le terme «*sanction*», la fonction rétributive de la peine (§ 1) puis d'aborder sa seconde fonction qu'est la resocialisation du condamné (§ 2).

§ 1. La sanction de l'auteur de l'infraction

Si le terme «*peine*» a étymologiquement une connotation de souffrance, c'est parce que la rétribution, fonction première de la peine, constitue son fondement le plus ancien, de la vengeance privée d'autrefois à la justice publique d'aujourd'hui (A).

Toutefois, il convient de remarquer que l'utilisation du terme «*sanction*» pour qualifier la fonction rétributive de la peine est extrêmement ambiguë. Les rédacteurs de l'article 130-1 du Code pénal ont sans aucun doute préféré un terme neutre qui dit absolument tout comme il ne dit rien, témoignant d'un détachement assumé du législateur de la vocation primaire de la peine au profit de l'autre fonction essentielle de la peine, à savoir la resocialisation du délinquant.

La formulation utilisée dans l'article 130-1 sous-entend que législateur n'entend plus «*la sanction de l'auteur de l'infraction*» comme «*le désir de rendre le mal pour le mal*»²³ mais plutôt comme le moyen de transformer le condamné (B).

23 M. Cusson, *Pourquoi punir*, Paris, Dalloz, 1987, p. 82.

A. La rétribution: entre essence et fonction de la peine

En vérité, bien plus qu'une simple fonction, la rétribution constitue l'essence même de la peine, comme ont pu le dire certains auteurs, comme Pierrette PONCELA pour qui «*la notion de rétribution est l'autre nom de la peine: punir c'est toujours rétribuer*»²⁴, ou encore Maurice CUSSON qui parle de «*rétribution formelle*» et qui écrit que «*par définition, le crime est un acte punissable. Si on cesse de le punir, il cesse d'être un crime*»²⁵.

Autrement dit, une peine sans punition ne peut être puisque c'est l'acte rétributif qui constitue en lui-même la pénalité. Par la rétribution, la peine est à la fois afflictive et infamante.

Ainsi, BECCARIA et BENTHAM embrassaient cette conception rétributive de la peine en ce qu'ils la voyaient tous deux comme «*un mal, une douleur infligée à l'auteur de l'infraction*»²⁶. Toutefois, pour les deux auteurs, ce caractère afflictif de la peine devait essentiellement servir à prévenir la commission d'une nouvelle infraction. En effet, pour ces auteurs, la peine devait faire craindre une souffrance importante, la souffrance apparente devant même être plus fortement ressentie par l'opinion publique que la souffrance réellement subie par le condamné.

Bien entendu, ce mal ne peut être exécuté sans raison et de manière gratuite. Dans le cas contraire il ne pourrait être qualifié de châtiment ou de peine. Ainsi, il se fonde, selon Michel VAN DE KERCHOVE, «*sur une certaine idée de la justice qui veut que l'on considère le mal inhérent à l'acte constitutif de l'infraction et qu'on lui fasse correspondre un mal au moins symboliquement équivalent à titre de sanction, de la même façon que le bien inhérent à une action appelle un bien correspondant à titre de récompense*»²⁷.

Il y a réellement une idée d'échange qui apparaît. Cette idée d'équivalence entre l'action et la réaction s'exprime originellement par la vengeance, au sens de *vendetta*, qui a pu être constatée par les anthropologues et les historiens dans toutes les sociétés humaines, sur tous les continents.

Ainsi, CUSSON rappelle que celle-ci existait chez les Grecs de l'époque homérique, tout comme elle existait chez les tribus germaniques, les Hébreux, les Amérindiens, les sociétés européennes

24 P. Poncela, «Par la peine, dissuader ou rétribuer», *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, p. 65.

25 M. Cusson, *Pourquoi punir*, Paris, Dalloz, 1987, p. 30.

26 F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal: Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 15.

27 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 159.

médiévales²⁸... Toute civilisation humaine, à un moment de son histoire, a donc pratiqué la vengeance.

La littérature scientifique s'accorde pour dire que la vengeance, notamment en réponse à un homicide familial, n'était pas le seul fait d'une passion vindicative dont les auteurs de fictions et récits romanesques raffolent mais bien une obligation coutumière dont il fallait s'acquitter comme on doit s'acquitter d'une dette, sous peine d'être déshonoré.

L'exemple qui illustre ce rapprochement sans équivoque entre la pénalité et la vengeance est la loi du talion dont les premiers signes ont été retrouvés à ce jour dans le Code de Hammurabi du royaume de Babylone, et dont la formule «*oeil pour œil, dent pour dent*» présente le principe d'équivalence du crime et de la peine.

Par conséquent, le rapport que cultivent la peine moderne et la vengeance ne peut être un rapport d'indifférence. Ce rapport est primitif, voire culturel, et beaucoup aujourd'hui ne réalisent pas l'influence qu'a encore la vengeance dans les couloirs des Palais de justice. «*Les raisons que l'on avait de se venger ne sont pas tellement différentes de celles que nous avons de punir*» poursuit ainsi Maurice CUSSON²⁹.

Pour autant, il serait incorrect d'affirmer que la peine et la vengeance ne font qu'un, puisque la première repose sur un socle de légitimités que la seconde écarte de par sa nature même, quand bien même nous aurions pu constater que la vengeance n'était pas qu'animée par la colère et qu'elle était également le fruit d'une pression sociale qui contraint l'offensé à agir.

La légitimité sur laquelle repose la peine est double: d'une part, la légitime de la peine est avant tout morale en ce que la peine s'applique à l'auteur d'une infraction qui a librement choisi de ne pas respecter le contrat social qui l'engageait avec le reste de la société, et d'autre part, elle est légale, puisque c'est ainsi que sont qualifiés les termes de l'incrimination et l'autorité qui prononce la peine. Par «*moral*», nous n'entendons pas que la peine se fonde sur la morale mais que l'acte infractionnel ne respecte pas la moralité, conformément aux valeurs sociales protégées dans une société donnée. Cette double légitimité est mise en lumière par Didier FASSIN qui la tire des critères du châtement, entendu comme peine, énoncés par le philosophe du droit britannique HART dans son discours en tant que président de *l'Aristotelian Society* en 1959³⁰, et que nous avons déjà retranscrit dans les

28 M. Cusson, *Pourquoi punir*, Paris, Dalloz, 1987, p. 30.

29 M. Cusson, *Pourquoi punir*, Paris, Dalloz, 1987, p. 41.

30 D. Fassin, *Punir: une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017, p. 44.

propos introductifs de cet écrit.

D'après HART, la définition du châtement repose sur cinq critères: *«il doit impliquer une souffrance ou d'autres conséquences normalement considérées comme désagréables; il doit répondre à une infraction contre des règles légales; il doit s'appliquer à l'auteur réel ou supposé de cette infraction; il doit être administré intentionnellement par des êtres humains autres que le contrevenant; il doit être imposé par une autorité instituée par le système légal contre lequel l'infraction a été commise»*³¹.

Comme l'indique Didier FASSIN, HART paraît uniquement fournir une définition du châtement alors qu'en réalité il lui apporte également cette légitimité qui repose sur la responsabilité morale de l'auteur de l'infraction, sur la loi pénale et sur l'organe public, légalement établi, qui la prononce.

Là sont donc toutes les subtilités qui gravitent autour de la peine et de sa fonction essentielle qu'est la rétribution.

Nous disons *«fonction essentielle»*, ou bien devrait-on dire *«essence fonctionnelle»*, car c'est bien là le double visage du *«mal pour un mal»*, de la rétribution, qui se trouve être à la fois l'essence de la peine, la rapprochant inexorablement de sa forme première qu'est la vengeance et dont elle ne pourra jamais réellement se détourner, au risque de se dénaturer, et fonction de la peine, de par le rôle effectivement rempli, et non l'objectif de sanction d'une infraction légalement établie vers lequel elle tend, par l'intermédiaire d'un organe public et légal.

Par conséquent, comme le dit VAN DE KERCHOVE, la fonction rétributive de la peine est une absurdité car cela correspond à utiliser une formule tautologique telle que *«il faut punir pour punir»*³².

Cette perception de la rétribution tend à s'affaiblir au regard du terme utilisé par le législateur pour la décrire.

Effectivement, comme nous avons pu le souligner plus tôt, le terme *«sanctionner»* utilisé par le législateur pour qualifier la fonction rétributive de la peine n'est pas anodin.

Paradoxalement, alors que depuis plusieurs décennies le droit pénal français tend à renforcer sa sévérité à l'égard de la criminalité par l'élaboration de nouvelles peines et la mise en œuvre de procédures dérogatoires, en particulier contre les délinquants considérés comme particulièrement

31 D. Fassin, *Punir: une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017, p. 43.

32 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 171.

dangereux tels que les délinquants sexuels, les terroristes et de manière plus générale les multi-récidivistes, le législateur semble vouloir détourner la fonction primaire de la peine, cette dernière ne devant plus être un mal infligé en réponse à la commission d'une infraction, et donc être tournée vers le passé, mais être un outil de transformation du condamné, tourné vers l'avenir, la répression de l'acte infractionnel devenant un simple prétexte à la resocialisation du délinquant.

B. Une «*sanction*» obscure tournée vers l'avenir

Il est des textes de loi dont le sens réel apparaît lorsque l'on sait lire entre les lignes. Il en est ainsi pour l'article 130-1 du Code pénal.

En effet, la formulation utilisée dans l'article 130-1 du Code pénal laisse clairement sous-entendre que le législateur cherche à éclipser la fonction rétributive de la peine, comme avaient pu le faire les promoteurs de la défense sociale nouvelle, même si cette fonction est inscrite avant la fonction de resocialisation.

Certains auteurs de la doctrine ont ainsi montré du doigt l'usage du terme «*sanctionner*» dans les dispositions de cet article. C'est notamment le cas du professeur Emmanuel DREYER dans un article dans lequel il constate une évolution de l'objet de la peine, celui-ci se déplaçant de l'acte infractionnel vers la personne du délinquant, et un renouvellement des fonctions de celle-ci³³.

D'après Emmanuel DREYER, dire que la peine a pour fonction de sanctionner l'auteur de l'infraction est une évidence même qui a pour effet, non pas de renforcer ce rôle rétributif de l'infraction, mais de l'affaiblir. Une formule aussi générale se prête ainsi à toutes les interprétations possibles ne permettant pas d'identifier véritablement le but poursuivi par la peine.

«C'est sans doute ce flou, permettant des interprétations multiples, qui explique le maintien d'une telle formule: les défenseurs du texte n'envisageaient pas là une fonction d'expiation qui est majoritairement perçue aujourd'hui comme contraire au respect dû à la dignité de la personne humaine, ni même une fonction de rétribution dont l'automatisme entre en conflit avec la logique d'individualisation désormais portée au pinacle» poursuit le professeur DREYER qui estime que la sanction opérée par la peine doit avant tout permettre de mieux cerner le délinquant et ce indépendamment de l'acte commis.

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

«L'objectif véritable de ce texte est ailleurs: la sanction pénale doit permettre une transformation du condamné (amendement) et son intégration dans la société (insertion ou réinsertion)» conclût-il³⁴.

Dans son avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) reconnaît également la neutralité du terme *«sanctionner»* utilisé pour décrire la fonction rétributive de la peine.

Toutefois, contrairement à la position adoptée par le présent écrit, la CNCDH se réjouit justement de la neutralité de ce terme: *«La CNCDH ne peut que s'en réjouir. En outre, l'emploi du verbe «sanctionner» doit être approuvé en raison de sa neutralité»*³⁵.

Bien que l'on puisse comprendre que la CNCDH adopte sa propre conception de la peine et qu'elle ne souhaite pas que la fonction rétributive de la peine soit qualifiée par un terme qui aurait, d'après elle, une connotation négative, il est assez déconcertant de la voir se réjouir de la généralité du terme *«sanctionner»* alors que celle-ci recommande dans ce même avis 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»*.

Drôle de position que de se féliciter du flou, certes neutre, que suscite le mot *«sanctionner»* alors que l'on appelle le législateur à ce qu'il clarifie explicitement les fonctions de la peine.

D'aucuns mettent en lumière la crise que connaît la pénalité aujourd'hui et se demandent s'il ne serait pas nécessaire de se détacher des modèles classiques de la peine, de les réinterpréter au regard des évolutions juridiques et sociétales auxquelles nous assistons³⁶. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette analyse mais renouveler la peine, à travers la transformation de ses fonctions et finalités, ce ne doit pas mener à une dénaturation de celle-ci.

Ainsi, pourrait notamment être justifié l'affaiblissement volontaire de la fonction rétributive de la peine qui est perçue comme archaïque et contraire à nombre de droits les plus fondamentaux. Pourtant, si la fonction rétributive est atteinte en ses fondements et détournée de sa raison même d'être, à savoir infliger un mal à l'auteur d'une infraction, c'est la peine elle-même qui n'en est plus une. Si la pénalité de demain ne rétribue plus mais tend schématiquement à protéger la société par la prévention de la récidive et la réinsertion de l'auteur de l'infraction, elle aura alors vécu.

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

35 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», 27 mars 2014, p. 8.

36 C. Béal et L. Delia, «Punir a-t-il un sens ?», *Rue Descartes*, 2017/3, n° 93, p. 3.

Afin de ne pas reconnaître cet affaiblissement de la fonction rétributive de la peine, une justification est souvent mise en avant, tant par les acteurs de la politique pénale que dans la doctrine, à savoir que la peine n'aurait pas les mêmes fonctions au stade de son prononcé et au stade de son exécution. En effet, selon cette analyse, au stade du prononcé de la peine, la fonction rétributive resterait intacte, tandis qu'elle laisserait sa place à la fonction de resocialisation au stade de l'exécution par la mise en œuvre du principe d'individualisation.

Or, comme le souligne, une nouvelle fois, le professeur Emmanuel DREYER, *«les fonctions de la peine ne peuvent être différentes au stade du prononcé et de l'exécution: la peine ne remplit aucune des fonctions qui lui sont attribuées au stade de son prononcé si elles ne se vérifient pas au stade de l'exécution»*³⁷. Ce raisonnement fallacieux sert ainsi l'argument selon lequel la rétribution est fortement atténuée.

Toutefois, il semblerait à première vue que cet affaiblissement de la rétribution puisse être relativisé au regard d'un certain retour de la rétribution.

Comme nous avons pu le souligner, la France, comme d'autres pays occidentaux, connaît une recrudescence de la répression dans une politique pénale que l'on peut qualifier de sécuritaire.

Or, si le régime des peines appliquées aux délinquants a bien gagné en sévérité, il ne repose pas sur la conception morale de la rétribution comme nous avons pu le décrire dans les lignes précédentes.

En France, ce mouvement que l'on connaît depuis quelques décennies ne peut être assimilé au rétributivisme qui a pour seul principe de répondre à l'accomplissement de l'infraction pénale.

En réalité, la sévérité de la politique pénale que nous mettons en lumière porte sur certains types de délinquance, et donc de délinquants, se fonde davantage sur des objectifs sécuritaires de protection de la société, de prévention de la récidive et de neutralisation des délinquants jugés dangereux, et répond simplement à la question du *«pour quoi»* car elle tend vers des objectifs³⁸.

Cette sévérité se fonde donc davantage sur des concepts positivistes ou même de défense sociale, et est poussée par une opinion publique favorable à la répression³⁹, mais nous aurons l'occasion d'en consacrer quelques lignes ultérieurement.

Quoi qu'il en soit, n'en déplaise aux tenants utilitaristes, dont nous ne remettons jamais en doute la légitimité philosophique, qui souhaitent que la peine soit teintée d'humanisme et donc

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

38 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 171.

39 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 40.

essentiellement portée vers la prévention et l'utilité tant pour la société que pour les condamnés, la fonction rétributive de la peine, qui a une portée légale et morale essentielle, ne peut être éteinte. Alain CUGNO a pu ainsi dire que «[...] la punition existera toujours, même et surtout dans un Etat de droit, mais aussi qu'un certain nombre de traits ne pourront pas lui être arrachés. Ainsi et malgré quelques apparences, une punition ne sera jamais pour le condamné, mais d'abord contre lui»⁴⁰. Nous nuancions ce propos en affirmant toutefois que la peine doit, à notre sens, être à la fois pour et contre le condamné, la recherche de l'équilibre entre les deux étant une réelle difficulté pour le juge.

Selon nos modestes recommandations, le législateur devrait ainsi nommer la rétribution telle qu'elle est réellement et doit être: afflictive, infamante et tournée exclusivement vers le passé, à savoir l'acte infractionnel, et non tournée vers le futur.

Pour que la fonction rétributive soit véritable, elle doit conserver sa force pure, fondée sur la seule réponse à la commission d'une infraction et non sur la volonté de poursuivre des objectifs.

C'est bien pour cela qu'elle doit jouer son rôle de concert avec l'autre fonction essentielle de la peine que le législateur a inscrit à l'article 130-1 du Code pénal, à savoir la resocialisation du délinquant, et qui, elle, tend vers des finalités précises.

§ 2. L'amendement, l'insertion ou la réinsertion du délinquant

Il s'agira donc ici de s'intéresser à la seconde fonction de la peine que le législateur a inscrit à l'article 130-1 du Code pénal qui dispose que la peine a pour fonctions, s'agissant de l'auteur de l'infraction, de «favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion».

L'idée selon laquelle la peine a pour fonction de resocialiser le délinquant est apparue il y a bien longtemps, notamment dans l'esprit des penseurs chrétiens, mais elle se concrétise véritablement dans notre système répressif avec les défenseurs du courant de défense sociale nouvelle portée par le magistrat Marc ANCEL⁴¹.

Selon cette conception de la peine, la fonction de resocialisation du délinquant doit être la fonction première de la peine, au détriment de sa fonction rétributive. Cette resocialisation doit ainsi passer

40 A. Cugno, «Quel sens donner au droit de punir ?», *Les cahiers de la justice*, 2010, n° 4, pp. 33-46.

41 M. Ancel, *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981, 381 p.

par un effort effectué par le condamné qui doit passer par un apprentissage de sa responsabilité (A).

La fonction de resocialisation de la peine est également surélevée par le principe d'individualisation qui est devenu le porte-étendard de la politique pénale actuelle. Les textes de lois l'invoquant se sont multipliés, exprimant ainsi la volonté du législateur d'individualiser sans cesse la peine.

Le fondement philosophique que représente la défense sociale nouvelle est ainsi complété par un fondement juridique qu'est l'individualisation, permettant l'adaptation de la peine à la personnalité et à la situation du condamné (B).

A. Le souffle humaniste de la défense sociale nouvelle sur la peine

Parce que le droit pénal n'est pas *«une simple projection dans l'ordre juridique positif des conceptions de la philosophie pénale»*⁴², il n'est pas chose aisée d'affirmer que tel ou tel courant doctrinal de pensée a eu une influence sur le droit pénal, tant celui-ci évolue au gré de facteurs complexes et pratiques qui peuvent se détacher des apports théoriques.

Loin d'être l'exception d'une telle vérité, la défense sociale nouvelle peut toutefois se détacher des autres courants de pensée, en ce qu'elle ne se considère pas comme une école, un mouvement dogmatique mais comme une contestation universelle d'humanisme dont les idées imprègnent bel et bien la pénalité contemporaine depuis 1945.

Effectivement, le mouvement de défense sociale nouvelle porté par ANCEL est profondément marqué par une coloration humaniste qui considère que l'on doit s'assurer de la protection et de la dignité d'un être humain même reconnu délinquant. A cet égard, l'approche novatrice d'ANCEL s'est située en rupture avec les différentes conceptions pénales portées par les doctrines passées.

L'une de ces ruptures fait directement référence au nom porté par le mouvement d'ANCEL, la *«défense sociale nouvelle»*. *«Nouvelle»* qui sous-entend qu'il y a eu une école, ou du moins, un courant de pensée *«ancien»*.

42 R. Gassin, «L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain», *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, A. Pedone, 1975, t. II, pp. 3-17.

«Ainsi en est-il notamment des conceptions que le président Ancel qualifie «d'anciennes» et qui, du droit romain archaïque à celui de l'ancien régime, prétendent fonder la légitimité de la répression pénale sur la seule nécessité pour la société de se défendre des agressions que représentent les actes de délinquance et promeuvent, pour ce faire, une réponse délibérément arbitraire et démesurée» indique l'universitaire et magistrat Vincent SIZAIRE⁴³.

L'autre *«raison d'être»* du mouvement de défense sociale nouvelle repose sur son opposition aux doctrines classiques et positivistes, dites *«modernes»*, qui ont influencé la criminologie et le politique pénale de ces derniers siècles.

Ainsi, pour les tenants de l'école positiviste italienne, le délinquant est un individu dont le comportement et les caractéristiques psychologiques le prédestinent à la déviance et à la criminalité. C'est le courant de pensée déterministe, opposé à l'idée selon laquelle l'individu devient un délinquant parce qu'il est libre. De sorte que la dangerosité d'un individu était déterminée dès sa naissance et devait être traitée, substituant une réponse judiciaire fondée sur la responsabilité morale à une responsabilité sociale par une réponse scientifique, de traitement tendant vers la neutralisation de ces *«déviants»*.

La défense sociale nouvelle a aussi, en moindre mesure comparée à son opposition affirmée du courant positiviste italien, souhaité se détacher des doctrines classiques fondées sur le libre-arbitre et le contrat social.

Si la contestation de la défense sociale nouvelle vis-à-vis des doctrines classiques est moindre comparée à la contestation des idées positivistes fondées sur la dangerosité, c'est parce que le mouvement d'ANCEL a conservé certains apports du droit classique que sont la légalité, l'égalité, la personnalité et la proportionnalité des peines.

Ce mouvement a tout de même pour identité une rupture avec les dogmatismes classiques et positivistes.

«La défense sociale se présente d'abord historiquement et fondamentalement comme une contestation [...]. Elle est un mouvement, ce qui postule une marche en avant, un dynamisme constant, une insatisfaction critique délibérément maintenue» disait ainsi Marc ANCEL, preuve de l'origine contestataire de la défense sociale nouvelle⁴⁴.

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

44 C. Lazerges, «La défense sociale nouvelle a 50 ans», RSC, 2005, p. 165.

Mais bien plus qu'une contestation de conceptions et pratiques jugées anciennes, Marc ANCEL a voué son existence à la promotion de cette humanisation de la peine.

L'idée principale portée par ANCEL est que, pour obtenir la réadaptation sociale du délinquant, il faut que le délinquant acquiert des mécanismes lui permettant l'apprentissage de sa propre responsabilité, de sa faute.

Ainsi, le choix du législateur d'utiliser le terme «*amendement*», que certains auteurs ont d'ailleurs pu juger anachronique de par sa nature religieuse⁴⁵, trahit aisément cette influence de la défense sociale nouvelle sur la pénalité.

En effet, il n'échappera à personne que le mouvement de défense sociale nouvelle porté par ANCEL se rattache au courant de pensée de la tradition chrétienne. L'idée de rédemption du condamné, que l'on peut qualifier de *pêcheur*, est très prégnante. Celui-ci doit donc effectuer un effort personnel de resocialisation pour obtenir le pardon de la société, pour obtenir le rachat de la faute qu'il a commise⁴⁶. Il doit réaliser pleinement le tort qu'il a causé.

D'autres éléments vont dans le sens d'un décalage entre l'idéal porté par la défense sociale nouvelle et ce qui est réellement mis en œuvre par la politique pénale.

C'est notamment le cas de la peine privative de liberté qui, selon la volonté de Marc ANCEL, devait être prononcée qu'*ultima ratio*. Or, malgré l'échec flagrant de la peine d'incarcération, tant au niveau des effets qu'elle a sur les condamnés, que sur le manque de moyens matériels, humains et financiers dans sa mise, elle constitue toujours aujourd'hui, en France, comme dans le monde, la peine de référence.

Toutefois, ce souffle d'humanisme qu'a eu en France le mouvement de défense sociale nouvelle sur la pénalité contemporaine, et plus globalement sur le droit pénal, est tout à fait relatif, et ce à plusieurs égards.

En effet, il a notamment pu être montré du doigt que la fonction de réadaptation sociale est écrasée par le progressif développement en France de mesures particulièrement répressives, et faisant notamment appel à des procédures d'exception pour des types de délinquances jugées «*exceptionnelles*» au nom d'une lutte obsessionnelle contre l'insécurité et la récidive.

Cette obsession répressive et sécuritaire trouve ses fondements dans l'exacerbation d'un sentiment

45 J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 10.

46 A-L. Michel, *L'influence de la défense sociale nouvelle sur la matière pénale moderne*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2008, p. 13.

d'insécurité exprimée par l'opinion publique et attisée par les médias, dont les politiques se saisissent pour légiférer.

L'influence de la défense sociale nouvelle sur la conception de la peine et sur le droit positif français est certaine mais doit donc être nuancée par ce mouvement parallèle qui va dans le sens inverse de l'idée portée par Marc ANCEL.

Il faut toutefois reconnaître que la conception humaniste portée par ANCEL dans son mouvement de défense sociale nouvelle a pu être détournée par la mise en œuvre de mesures et concepts pénaux qui ont eu la prétention de découler de idées de la défense sociale nouvelle alors que, dans les finalités qu'ils poursuivaient, ils s'en sont profondément écartés⁴⁷.

Autrement dit, la parole et la pensée originelles de la défense sociale nouvelle ont pu être détournées.

Il ne faut donc pas effacer aussi aisément la force des idées portées par la défense sociale nouvelle. Comme a pu l'écrire Vincent SIZAIRE, *«certes, l'héritage humaniste de notre modèle pénal est indéniablement mis en cause par la logique répressive sécuritaire. Mais, parce qu'ils ont acquis une force juridique supra-légale, ses principes en ressortent paradoxalement confortés comme piliers de l'ordre pénal démocratique»*⁴⁸.

Bien qu'entachée par une ambition limitée par le manque de moyens matériels, humains et financiers et par le développement de mouvements contraires de politiques pénales, l'essence même de la défense sociale nouvelle, à savoir ce vent d'humanisme exprimé par ANCEL, est maintenant ancré dans les esprits des acteurs de la politique pénale et de la doctrine.

La nécessité d'adapter la peine au condamné afin de lui permettre de se réinsérer n'est plus contestable et cela est incarné aujourd'hui par le principe d'individualisation dans le droit positif, preuve de la survivance des idées humanistes de la défense sociale nouvelle. Dès lors, la peine doit s'adapter au condamné.

47 B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 17.

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

B. Le «relèvement» du condamné par l'adaptation de sa peine

Un autre élément fondamental de la fonction d'amendement, d'insertion ou de réinsertion du condamné repose sur l'adaptation de la peine à la personnalité du condamné, à sa situation matérielle, familiale et sociale. Cela se concrétise en droit positif par le principe d'individualisation de la peine.

Le concept d'individualisation apparaît dans l'ouvrage de SALEILLES, *L'individualisation de la peine*⁴⁹, pour qui la peine ne doit plus être seulement de «*frapper pour un fait passé*» mais de «*promouvoir un résultat à venir*».

En vérité, cette idée centrale d'individualisation de la peine sera reprise et reformulée par Marc ANCEL sous l'idée de «*resocialisation*»⁵⁰ car SALEILLES comme ANCEL partagent la même conception de l'Homme. De là découle la nécessité d'adapter la pénalité à la personnalité du délinquant, personnalité qui devra être étudiée à l'issue d'études scientifiques et sociales.

Le principe d'individualisation s'inscrit donc bien dans le souffle humaniste qu'a eu la défense sociale nouvelle. Toutefois, à notre sens, il s'est sublimé et a su acquérir une autonomie et une force propres, de par sa consécration juridique.

Le professeur Raymond GASSIN distinguait d'ailleurs le fondement juridique et le fondement philosophique de la réinsertion, et disait que «*[...] il importe de relever que le fondement juridique d'une solution ou d'une institution doit être distingué d'autres sortes de fondements que l'on recherche - ou que l'on peut rechercher - pour asseoir la validité de celles-ci. Il convient à cet égard de distinguer d'abord le fondement juridique des fondements philosophiques ou idéologiques*»⁵¹.

La loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 a notamment retranscrit juridiquement la philosophie humaniste portée par la défense sociale nouvelle, en disposant que l'administration pénitentiaire était garante du respect de la dignité et des droits des personnes détenues.

Cette première loi avait ouvert la voie à la montée du principe d'individualisation mais c'est

49 R. Saleilles, *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, 1927, F. Alcan, 288 p.

50 B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 65.

51 R. Gassin, «Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français», *RSC*, 1996, n° 1, pp. 155-182.

réellement la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, dont nous allons préciser le contenu, qui a consacré juridiquement la philosophie d'ANCEL⁵².

Aujourd'hui, le principe d'individualisation est devenu incontournable dans le droit pénal français, à tel point que le Conseil constitutionnel lui a donné une valeur constitutionnelle⁵³. Il l'a rattaché à l'article 8 de la DDHC qui consacre les principes de légalité et nécessité de la peine⁵⁴.

Cela fait suite à sa première consécration dans le droit positif par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, à l'article 132-24 du Code pénal.

En réalité, le principe d'individualisation existait déjà dans le droit positif dès 1994.

En effet, dans le Nouveau Code pénal, était apparue une certaine formulation dans la Section II du Titre III du Livre Premier intitulée *«des modes de personnalisation des peines»*, dont la première version de l'article 132-24 faisait partie. Nous serions donc passé du concept *«d'individualisation»*, qui renvoie naturellement à *l'individu*, proposé par SALEILLES à celui de *«personnalisation»* proposé par le législateur de 1992, qui renvoie à *la personne*.

Les deux termes ne sont toutefois pas synonymes. Le terme *«personnalisation»* a le mérite d'être applicable tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales, alors que le terme *«individualisation»* semble davantage révélateur d'un choix de politique pénale ayant changé sa représentation de l'individu délinquant, personne physique.

Etrangement, la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales semble aller en arrière et préfère, comme son nom l'indique, le terme *«individualisation»* à celui de *«personnalisation»*. Dans la doctrine, on peut aussi s'en étonner: *«la loi du 15 août 2014 s'écarte du vocabulaire adopté lors du vote du Code pénal de 1994 qui se référait à la «personnalisation» au motif que les personnes morales, nouveaux sujets de droit pénal, ne sont pas des «individus». Mais la loi ne se soucie pas du tout de leur sort»*⁵⁵.

52 J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, pp. 1642-1649.

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

54 *Cons. const.*, n°2005-520 DC du 22 juillet 2005, § 3.

55 J-H. Robert, «Réforme pénale - Punir dehors - Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014», *Droit pénal.*, 2014, Etude 16.

L'article 132-24 du Code pénal a d'ailleurs été vidé de sa substance par cette loi pour des raisons de rationalisation. L'article 132-1 retranscrit ainsi le principe d'individualisation en disposant que *«toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée»*. Le législateur de 2014 a estimé que c'était cet article qui devait être le nouveau siège de l'individualisation.

La CNCDH s'était ainsi réjouie de cette consécration du principe constitutionnel d'individualisation à l'article 132-1, estimant que les dispositions le concernant à l'article 132-24 relatif aux modes de personnalisation des peines n'étaient pas suffisamment claires⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, l'idée portée par la loi du 15 août 2014 est bien d'utiliser la technique de l'individualisation pour permettre l'amendement et la réinsertion de l'individu, ce dernier devant réellement devenir un acteur de sa peine. C'est ce qu'indique également le professeur Muriel GIACOPELLI dans son commentaire de la loi du 15 août 2014 lorsqu'elle affirme que *«le législateur fait donc de l'individualisation, le levier de la réforme pour remplir la fonction prioritaire d'insertion et de réinsertion du condamné»*⁵⁷.

Le professeur Jean PRADEL parle même d'une *«sublimation de l'individualisation»* par cette loi⁵⁸.

La réinsertion permise par l'individualisation de la peine vaut donc au stade du prononcé, comme l'indique l'article 132-1 du Code pénal, mais également au stade de l'exécution, comme l'indique l'article 707 du Code de procédure pénale.

Ainsi, l'individualisation de la peine, telle qu'inscrite dans les textes aujourd'hui, découle bien de la pensée humaniste que portait la défense sociale nouvelle. Principe constitutionnel dont le droit de la peine ne peut plus se passer, l'individualisation apporte toutefois son lot d'illusions et de facilités.

User de ce principe pour aménager les peines de manière excessive au stade de l'exécution de la peine avec pour seule volonté de vider les centres pénitentiaires n'est pas un paradigme que le droit française doit suivre. Nous aurons l'occasion d'aborder ceci dans des développements ultérieurs.

De la même manière, ce principe ne saurait être effectif si le système pénal français ne se donne pas les moyens de ses ambitions. Encore faut-il que les moyens, tant humains, matériels et financiers,

56 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», 27 mars 2014, p. 4.

57 M. Giacomelli, «La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué», *AJ pénal*, 2014, n° 10, p. 449.

58 J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-8896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, pp. 1642-1649.

de la justice soient un jour conséquents.

Dans le cas contraire, les fonctions de la peine ne permettront pas d'atteindre les finalités que l'article 130-1 du Code pénal a fixé, et que nous allons aborder à présent.

Section 2. Les finalités de la peine

Le législateur a prévu trois finalités de la peine à l'article 130-1 du Code pénal, à savoir la protection de la société, la prévention de la récidive et la restauration de l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime. L'ordre choisi par le législateur pour les énumérer traduit une primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, et nous ne pouvons que nous en féliciter.

Nous faisons le choix ici d'étudier les finalités de protection de la société et de prévention de la récidive sous le même paragraphe, étant donné que nous verrons que ces dernières semblent renvoyer aux mêmes fonctions et aux mêmes évolutions contemporaines de la peine, comme la notion de dangerosité qui a fait son chemin dans le droit pénal français (§ 1).

La finalité de restauration de l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime, dont la formulation peut paraître étonnante, sera traitée dans le paragraphe suivant (§ 2).

§ 1. La protection de la société et la prévention de la récidive

A notre sens, la complémentarité de ces deux finalités de la peine ne permettait pas de les étudier de façon séparée, tant les notions qu'elles mettent en jeu sont identiques ou proches, notamment quant à la vocation dissuasive (A) ou éliminatrice de la peine, cette dernière renvoyant à la notion de dangerosité (B).

A. L'objectif dissuasif de la peine

Certains ont ainsi pu s'interroger sur le sens que voulait donner le législateur à ces deux finalités.

A première vue, celles-ci ne semblent pas poser de difficultés particulières quant à leur sens, mais leur mise en œuvre relève de nombreuses et complexes évolutions du droit de la peine, dont

certaines peuvent être inquiétantes.

Concernant la prévention de la récidive, cette formule n'est absolument pas inconnue du législateur français. En effet, depuis la fin du XXe siècle, nombre de textes de lois ont porté dans leur nom ou leurs dispositions une référence à la prévention de la récidive.

De nombreux textes pourraient illustrer cette obsession qu'a le législateur pour la récidive et sa prévention.

Les deux dernières décennies ont ainsi été marquées par un florilège de lois dont certaines ont été spécialement consacrées au traitement de la récidive, comme la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005. Cette dernière a d'ailleurs modifié l'article 132-24 du Code pénal qui, sans utiliser expressément cette formule de prévention de la récidive, évoquait «*la nécessité de prévenir la commission de nouvelles infractions*».

D'autres lois tendaient également vers un renforcement de la lutte contre la récidive, comme la loi n°2007-1198 du 10 août 2007, ou vers un amoindrissement du risque de récidive, comme la loi n°2010-242 du 10 mars 2010. Nous pourrions continuer ainsi et retranscrire de nombreuses autres dispositions dont la prévention de la récidive est devenue le maître mot mais il ne s'agit pas ici d'en faire une énumération exhaustive.

Quoi qu'il en soit, les récidivistes ont ainsi vu le régime des peines, que cela concerne leur inscription dans la loi, leur prononcé ou leur exécution, se durcir progressivement.

La sévérité de la répression démontre donc que le récidiviste, tout comme le délinquant sexuel ou le terroriste, qui peuvent d'ailleurs être en plus des récidivistes, est devenu la figure du délinquant dangereux pour la société. Néanmoins, ce ne sont pas seulement les auteurs des crimes les plus graves qui sont assimilés aux récidivistes mais également tous les «*petits délinquants*» dont l'opinion publique est convaincue qu'ils sont complètement insensibles à la dissuasion qu'est censée avoir comme finalité la peine. Dès lors, grands comme petits délinquants sont considérés comme des «*dégénérés*» qui menacent notre société et contre qui il faut *lutter* absolument. Car l'obsession contemporaine pour la récidive s'explique bien par la crise sécuritaire que connaît la France, exacerbée par un sentiment d'insécurité alimenté par les médias et les politiques⁵⁹.

Au gré de ces lois, la lutte contre la récidive a été entendue largement⁶⁰, se détachant de sa

59 P. Robert, «Peine, récidive et crise sécuritaire», in *La peine, dans tous ses états – Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 260.

60 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.

définition et de ses conditions légales, pour être perçue tant par les acteurs de la politique pénale que par les profanes comme l'inscription d'un individu dans un parcours de délinquant d'habitude dont il ne peut se sortir, se détachant donc de toute condition matérielle ou temporelle prévue par la loi.

Concernant la finalité de protection de la société, étant donné que la finalité préventive de la peine est expressément visée par la prévention de la récidive, le professeur Jocelyne LEBLOIS-HAPPE a ainsi pu s'interroger quant à sa signification pour le législateur. *«Que faut-il comprendre par là? Vraisemblablement que la peine doit s'efforcer de mettre la société à l'abri d'autres atteintes susceptibles de lui être portées par le délinquant lui-même ou par un autre, tenté de l'imiter. La finalité préventive de la peine étant visée immédiatement après, on peut penser que c'est uniquement à la vocation éliminatrice ou neutralisatrice de la sanction qu'il est fait ici allusion»*⁶¹. Cette formule est directement reprise de celle qui apparaissait à l'article 132-24 du Code pénal, de 2005 à 2014. Celui-ci disposait que la détermination de la peine devait prendre en compte divers intérêts et objectifs tels que *«la protection effective de la société»*. L'adjectif *«effectif»* a donc été écarté en 2014, sans doute parce que la protection de la société a été édictée comme une finalité et non comme une fonction de la peine, la réalisation d'un objectif n'étant pas une certitude.

Ce peut être également une notion paradoxale assimilée à la peine. Comment la peine peut-elle avoir pour finalité de protéger la société sachant que son existence est postérieure à la survenance d'un comportement infractionnel ayant déjà porté atteinte à la société? Cette finalité serait alors vouée à l'échec constant car si la peine protège, ce serait seulement d'une seconde blessure qui pourrait être infligée, soit parce qu'elle a neutralisé le premier attaquant soit parce qu'elle a dissuadé le second de l'imiter.

La prévention de la récidive recouvrant l'hypothèse d'une seconde blessure effectuée par le même assaillant, on en déduit que la finalité de protection de la société s'adresse à tous les autres, ces seconds, qui pourraient être tentés d'imiter le précédent.

BECCARIA dira à ce sujet que *«le but des peines ne saurait être de tourmenter un être sensible, ni de faire qu'un crime commis ne soit pas commis. Les châtimens n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société, et de détourner ses concitoyens de la voie du crime»*⁶².

61 J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 2.

62 C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, ENS Editions, 2009, p. 179.

BENTHAM adoptera le même propos en affirmant que *«le but principal des peines, c'est de prévenir des délits semblables. L'affaire passée n'est qu'un point; l'avenir est infini. Le délit passé ne concerne qu'un individu; des délits pareils peuvent les affecter tous»*⁶³.

Là, se distinguent donc les deux formes de la dissuasion, à savoir la dissuasion générale qui semble correspondre à la finalité de protection de la société, et la dissuasion spéciale qui semble correspondre à la finalité de prévention de la récidive.

En matière de dissuasion générale, la peine encourue joue ainsi le rôle de première menace, mais aussi étrange que cela puisse paraître ce sont les peines prononcées, par l'intermédiaire des peines de sursis, qui ont sans doute l'effet dissuasif le plus fort. En revanche, pour les récidivistes, il semblerait que seule la peine à exécuter ait réellement un effet dissuasif, mais il est déjà trop tard...

«La peine doit être dissuasive, aussi bien individuellement – elle doit ôter au coupable l'envie de répéter son méfait (c'est la «prévention spéciale») – que collectivement – elle doit être suffisamment redoutable pour intimider les aspirants à la délinquance et les arrêter dans leur élan (c'est la «prévention générale»)» écrit ainsi le professeur Jocelyne LEBLOIS-HAPPE dans son commentaire de l'article 130-1 du Code pénal⁶⁴.

La dissuasion générale repose sur les théories pénales classiques. D'après ces théories, l'individu est considéré comme *«un être à la fois sensible et rationnel, dont l'action est mue par le plaisir et la douleur, et régie par le calcul rationnel de son plus grand intérêt»*⁶⁵.

Autrement dit, avant de commettre une infraction, l'individu va faire un calcul des coûts et des avantages que la commission de l'infraction va produire. Les coûts sont donc représentés ici par l'intensité, la proximité, la certitude et la durée de la peine.

Cette crainte que doit susciter la peine chez le délinquant potentiel renvoie à ces deux caractères essentiels de la peine que sont l'affliction et l'infamie.

Les auteurs ont ici des conceptions différentes et variées.

63 J. Bentham, «Principes du code pénal», in *Oeuvres de Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Ed. E. Dumont, t. I, Bruxelles, Coster et Cie, 1829, p. 143.

64 J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 2.

65 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 196.

Tout d'abord, pour MONTESQUIEU, le caractère afflictif de la peine est la marque des gouvernements despotiques. Dès lors, seule l'infamie de la peine, dans son utilité dissuasive, est valorisée par MONTESQUIEU qui affirme que *«dans les Etats modérés, l'amour de la patrie, la honte et la crainte du blâme sont des motifs réprimants, qui peuvent arrêter bien des crimes»*⁶⁶.

Ensuite, de manière totalement inverse, BECCARIA paraît préférer le caractère afflictif de la peine à son caractère infamant. Pour lui, de la dimension afflictive de la peine dépend son efficacité. *«Pour qu'une peine obtienne son effet, il suffit que le mal de la peine excède le bien résultat du délit, dans cet excédent de mal on doit calculer l'infailibilité de la peine et la perte du bien que le délit produirait. Tout ce qui est en plus est donc superflu, et par là même tyrannique»*⁶⁷.

Sans écarter le caractère infamant de la peine, BECCARIA conseille au législateur de faire coïncider la réprobation sociale produite par la peine avec la réprobation sociale que suscite la commission même de l'infraction. Il l'invite également à ne pas abuser du caractère infamant de la peine car *«[...] l'emploi trop fréquent du pouvoir de l'opinion affaiblit la force de l'opinion même et, [...] l'infamie d'un grand nombre n'est bientôt l'infamie de personne»*⁶⁸.

Enfin, pour l'Anglais BENTHAM, la force dissuasive de la peine ne peut se passer ni de son caractère afflictif ni de son caractère infamant, car c'est l'essence même de la peine que d'être un mal réprouvé par la société. Toutefois, il souligne que ce n'est pas la *«peine réelle»* mais la *«peine apparente»* *«qui influe sur la conduite des sujets»*. Par conséquent, bien qu'il faille infliger des peines réelles, il conclut que *«c'est principalement pour l'exemple, parce que la réalité de la peine est nécessaire pour en produire l'apparence»*⁶⁹.

Toutefois, même si l'objectif de prévention de la peine a été reconnu par les théories pénaux dominantes durant les deux derniers siècles, il faut toutefois comprendre que la dissuasion générale ou la dissuasion spéciale n'est qu'un postulat rationnel dont il est impossible d'estimer la réalité pratique.

L'efficacité de la prévention générale est bien incertaine, comme l'illustre ce propos paradoxal de KELLENS qui dit que *«la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les*

66 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, nouvelle éd., Paris, Garnier, 1871, p. 79.

67 C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, ENS Editions, 2009, p. 227.

68 C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, ENS Editions, 2009, p. 215.

69 J. Bentham, «Théories des peines légales», in *Oeuvres de Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Ed. E. Dumont, t. II, Bruxelles, Coster et Cie, 1829, p. 20.

catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile»⁷⁰. Autrement dit, la prévention ne serait efficace que dans sa forme générale, c'est-à-dire à l'encontre des individus qui ne seront jamais des délinquants ou du moins qui ont pu l'être de manière anecdotique.

Concernant la dissuasion spéciale, celle-ci repose également sur la fonction rétributive de la peine, en ses caractères afflictif et infamant mais également sur d'autres notions.

En effet, le professeur Michel VAN DE KERCHOVE relève qu'il est traditionnel depuis l'avènement de la pensée utilitariste de distinguer, outre l'intimidation de la personne condamnée elle-même de par la rétribution, la neutralisation chez la personne de son pouvoir de nuire et sa réhabilitation, qui devrait éteindre son désir criminel⁷¹.

Nous avons pu évoquer la fonction de resocialisation de la peine dans des développements antérieurs. A l'origine, cette resocialisation doit être comprise dans un sens exclusivement moral et pédagogique. Toutefois, lorsqu'elle est assimilée à l'idée de traitement scientifique, elle peut rapidement basculée vers le dernier socle sur lequel repose la dissuasion spéciale, à savoir la neutralisation chez la personne délinquante de son pouvoir de nuire.

Ainsi, c'est ici que l'on pénètre dans une part inquiétante de l'évolution de la pénalité contemporaine qui semblent davantage tournée vers la dangerosité des individus, c'est-à-dire à raison de ce qu'ils sont, plutôt que vers la culpabilité, qui repose sur la responsabilité morale d'un individu auteur d'une infraction. *«On peut d'ailleurs constater que toute la philosophie de prévention spéciale qui a soutenu les principales transformations de notre politique criminelle jusqu'il y a peu, a précisément consisté à déplacer le fondement de la peine de la gravité de l'infraction vers la dangerosité du délinquant, aboutissant à réduire d'autant la fonction rétributive de la peine au profit d'une fonction de neutralisation ou de réhabilitation»*, lit-on ainsi de la plume des professeurs TULKENS et VAN DE KERCHOVE⁷².

70 G. Kellens, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, p. 94.

71 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 209.

72 F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal: Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 321.

B. L'élimination du délinquant fondée sur sa dangerosité

Contrairement à ce qu'avance la CNCDH dans son avis sur la réforme de 2014, qui estime que la consécration des finalités de protection de la société et de prévention de la récidive ne saurait être interprétée comme une nouvelle manifestation d'un «*droit pénal perméable à une certaine criminologie et donc à la notion floue de dangerosité*»⁷³, nous croyons que la dangerosité se cache bien derrière ces deux finalités inscrites par le législateur.

L'emprise de plus en plus forte de la dangerosité sur le droit pénal français est un sujet ô combien intéressant, qui appelle à être analysé sous un prisme pluridisciplinaire, allant de l'étude des doctrines pénales à la philosophie du droit, en passant par la médecine, et qui nécessiterait des recherches et études étendues. Par conséquent, devant la complexité et l'ambiguïté de la notion de dangerosité, nous nous contraindrons à lui consacrer modestement les quelques lignes suivantes.

D'un point de vue théorique, la notion de dangerosité n'est pas nouvelle.

Apparue en même temps que la notion de criminologie, la notion de dangerosité est le fondement qu'a développé l'Ecole positiviste italienne, à la fin du XIXe siècle, avec des auteurs comme GAROFALO, LOMBROSO et FERRI.

Les tenants des théories positivistes préconisaient ainsi de remplacer la pénalité inscrite dans les textes de loi par des mesures dites de «*sûreté*» dont la durée est indéterminée de manière à neutraliser par l'exclusion de la société les individus dangereux, qui ne peuvent être *corrigibles*.

Le droit positif français a ainsi pu s'imprégner de ces théories. Avant même la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, que le professeur PRADEL, dans son commentaire du texte, a d'ailleurs qualifié de «*loi des criminels dangereux*»⁷⁴, la notion de dangerosité faisait déjà partie intégrante du droit pénal français.

A titre d'exemple, elle apparaissait ainsi de manière implicite dans certaines dispositions des codes répressifs, comme à l'article 706-53-2 du Code de procédure pénale, au sujet du fichier judiciaire

73 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», 27 mars 2014, p. 7.

74 J. Pradel, «Une double révolution en droit pénal avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux», *D.* 2008, Chron., p. 1000

national automatisé des auteurs d'infraction sexuelles ou violentes (FIJAIS), dont certaines dispositions sont justifiées par «*la dangerosité de la personne*» depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

Cet article a été pourtant été modifié à plusieurs reprises, par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, la loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs et la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, et la mention relative à la dangerosité est toujours présente dans le texte.

Toutefois, c'est réellement à partir de la loi du 25 février 2008 que l'on a pu parler «*d'intégration plus systématique de la dangerosité parmi les critères de la politique criminelle et du traitement des procédures*»⁷⁵.

Cette loi met en œuvre la rétention de sûreté et prévoit deux applications procédurales selon que l'on a affaire à un délinquant jugé dangereux sur le plan criminologique, concept extrêmement flou et ambiguë, ou à un individu jugé dangereux sur le plan psychiatrique.

Pour la dangerosité criminologique, la loi prévoit qu'un délinquant, après exécution d'une peine de réclusion criminelle de quinze ans, pourra faire l'objet d'une rétention de sûreté, sorte de «*peine après la peine*». Pour la dangerosité psychiatrique, l'individu atteint d'un trouble mental devra comparaître devant une juridiction pénale qui pourra apprécier l'imputabilité matérielle des faits et ainsi appliquer des mesures de sûreté à son encontre.

A la suite du vote de la loi par procédure d'urgence dans un climat houleux et des critiques négatives du texte provenant tant des professionnels de la justice que de la doctrine, l'opposition fit appel au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur sa constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a entretenu la confusion qui existe toujours aujourd'hui entre les mesures de sûreté et la peine dans sa décision n°2008-562 DC du 21 février 2008.

Validant le texte de loi à quelques points près, il a notamment indiqué que la surveillance de sûreté n'était ni une peine ni une sanction à caractère punitif, et que dès lors elle était d'application immédiate. Il a également considéré que la rétention de sûreté présentait toutes les caractéristiques d'une peine et que, dès lors, elle devait se soumettre au principe de non-rétroactivité applicable aux

75 J-P. Garraud, «Réponses à la dangerosité», Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier ministre sur la prise en charge des individus dangereux, Paris, *La Documentation française*, 18 octobre 2006, p. 15.

peines. Cette décision confuse exprime ainsi le malaise qui habite le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les mesures de sûreté et plus largement sur la notion de dangerosité, dans sa forme psychiatrique comme criminologique⁷⁶.

L'idée est donc bien de protéger la société, en prévenant tout risque de récidive, par la neutralisation du délinquant jugé dangereux, dans le sens criminologique, c'est-à-dire qui présente une forte probabilité de commettre de nouvelles infractions.

La dangerosité est donc une notion qui participe à la définition des finalités poursuivies par la peine ou du moins par les mesures de sûreté, dont seul le nom permet aujourd'hui de les différencier d'une peine. Par exemple, certaines peines complémentaires, comme la contrainte pénale, sont des peines dont le régime peut être assimilé à celui qui est prévu pour les mesures de sûreté.

Mais comment évaluer cette dangerosité supposée? Et si cette évaluation était possible, qui, entre les professionnels de la justice et les professionnels de la psychiatrie, aurait la légitimité pour la réaliser?

A la veille des prochaines réformes de notre droit pénal portées par le gouvernement Philippe⁷⁷, il est intéressant de se demander ce que nos gouvernants prévoient de faire ou de ne pas faire vis-à-vis des mesures de sûreté créées par la loi du 25 février 2008.

Or, le rapport sur le sens et l'efficacité de la peine réalisé par le magistrat Bruno COTTE et l'avocate Julia MINKOWSKI est extrêmement évasif et flou lorsqu'il s'agit des mesures de sûreté. Ainsi, peut-on lire, que *«sans vouloir entrer dans les vifs débats qu'ont suscités ces mesures lors de leur adoption, force est de constater qu'elles posent de réels problèmes au regard des dispositions de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme et que la question de leur maintien dans le corpus législatif actuel demeure posée»*⁷⁸.

Si ces quelques lignes reflètent la pensée du législateur de ces futurs textes, nous pouvons légitimement douter de la réelle remise en cause des mesures de sûreté.

Plutôt que de chercher à éviter le juste courroux des professionnels de la justice et de la doctrine, fondamentalement défavorables à la survie de telles mesures, le législateur et les acteurs de la politique pénale d'aujourd'hui semblent vouloir poursuivre cette chasse aux récidivistes et à tous

76 C. Lazerges, «La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel», *RSC*, 2008, p. 731.

77 M. Lena, «Chantiers de la justice: synthèse des propositions», *AJ Pénal*, 2018, n° 2, p. 79

78 B. Cotte et J. Monkowski, «Chantiers de la justice: Sens et efficacité des peines», Paris, *La Documentation française*, 2018, p. 18.

ceux que le bon peuple voudrait bien jeter en pâture à des fins sécuritaires et de protection de la société. Le jeu en vaut-il seulement la chandelle?

Une autre finalité a été prévue par le législateur, celle de «*restauration de l'équilibre sociale dans le respect des intérêts de la victime*». Cette formulation étonnante renferme en vérité une autre évolution du sens de la pénalité pour le législateur.

§ 2: La restauration de l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime

D'après le professeur Jocelyne LEBLOIS-HAPPE dans son commentaire de l'article 130-1 du Code pénal, cette troisième finalité de la peine établie par le législateur est la plus intéressante car sa formulation même est nouvelle et interroge⁷⁹ (A).

Certains auteurs ont ainsi pu reprocher à l'article 130-1 un manque de clarté, s'agissant notamment de la mention des «*intérêts de la victime*»⁸⁰, mais il semblerait, au regard des nouveautés qu'apportent la loi du 15 août 2014, que cette finalité fasse appelle à des notions de justice restaurative (B).

A. Une finalité nouvelle et sibylline

En effet, l'article 132-24 du Code pénal, qui était l'ancien texte reprenant les fonctions et finalités de la peine, ne comportait pas cet objectif d'apaisement social mais comprenait bien «*les intérêts de la victime*» qui devaient être conciliés avec les autres objectifs de la peine. De même, à la différence du nouvel article 130-1, l'article 132-24 semblait faire de la considération des intérêts de la victime une finalité autonome de la peine, équivalente à la protection effective de la société et la sanction du condamné.

Nous pouvons nous demander si cela démontre un recul de la position qu'occupaient les intérêts des victimes jusqu'en 2014. A notre humble avis, cela n'est pas le cas dans la pratique et notamment au

79 J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 2.

80 J. Sellin. «Définir le sens de la peine: un travail de Sisyphe? Le point de vue du juriste», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n° 3, p. 124.

regard de l'évolution de la place de la victime, tant dans le procès pénal que dans la phase d'exécution de la peine.

Le sens de cette finalité étant très vague, il nous importe donc de nous intéresser aux sens même des mots qui ont été formulés, et c'est le terme «*restauration*» qui semble être le plus évocateur.

D'après le dictionnaire *Littré*, la restauration signifie «*réparation*», et restaurer signifie «*remettre en bon état, en vigueur*»⁸¹.

Il s'agirait donc pour la peine de réparer ou rétablir «*l'équilibre social*». Sans aucun doute, il est question ici du déséquilibre social qui a été causé, à la société et surtout à la victime, par la commission de l'infraction. Il faut donc que la peine replace les membres de la société atteints par la commission de l'infraction dans la situation antérieure à celle-ci.

Nous visons spécifiquement la victime car c'est l'article 130-1 lui-même qui complète la formulation de «*restauration de l'équilibre social*» par «*dans le respect des intérêts de la victime*». Car, en l'absence de cette mention, la restauration de l'équilibre social semble davantage faire référence au rétablissement de l'ordre public qui incombe à l'Etat.

L'assimilation étymologique de la restauration avec la réparation ne laisse supposer aucun doute quant à l'objectif de réparation que la peine se doit poursuivre.

L'étude d'impact réalisée au Parlement au sujet du projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines énonce à ce sujet que «*la peine a pour principale finalité de restaurer durablement l'équilibre social mis à mal par la commission de l'infraction, c'est-à-dire non seulement de réparer le préjudice causé à la société, mais d'éviter que la réponse pénale ne l'aggrave*»⁸².

Néanmoins, cette troisième finalité reste obscure, même si elle renvoie explicitement à la notion de réparation car, comme l'indiquent certains auteurs, le terme «*réparation*» est devenu protéiforme aujourd'hui et cache donc de nombreuses réalités différentes⁸³.

Cette finalité ferait ainsi appel à la notion civiliste de réparation, qui est incarnée en droit pénal par l'action civile. En effet, depuis la Révolution française, le droit de la peine sépare l'action publique

81 J. Pruvost (sous la direction scientifique de) et C. Blum (sous la direction générale de), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, pp. 1214-1215.

82 «Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines: Étude d'impact», 7 octobre 2013, p. 69.

83 B. Paillard, *La fonction réparatrice de la fonction pénale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 27.

de l'action civile qui, aux termes de l'article 2 du Code de procédure pénale, sert à *«la réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention»*.

Le lien ténu qui peut encore unir l'action publique à l'action civile est essentiellement procédural, même si la nature répressive de l'action civile est parfaitement reconnue aujourd'hui.

Si l'action civile a une finalité répressive c'est avant tout parce qu'elle permet à la victime constituée partie civile de mettre en mouvement l'action publique.

Devant une juridiction pénale, la réparation que la victime constituée partie civile peut demander, se fera pas l'allocation de dommages-intérêts à hauteur du dommage causé par l'infraction commise.

Il semblerait toutefois que la réparation permise par la pénalité puisse dépasser sa seule dimension civiliste. Effectivement, depuis la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, l'article 131-8-1 du Code pénal prévoit une nouvelle peine, à savoir la sanction-réparation.

Selon cet article, cette peine consiste dans *«l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime»*.

Comme le souligne le professeur Muriel GIACOPELLI au sujet de la sanction-réparation, *«la réparation érigée en peine ne semble pas se confondre avec l'action en réparation de l'article 2 du code de procédure pénale»*⁸⁴. Autrement dit, le fondement de l'action civile reste la responsabilité civile et elle ne peut être confondue avec la réparation prévue à titre de punition par la sanction-réparation.

Toutefois, nous pouvons nous demander si la restauration de l'équilibre social ne dépasse pas la simple compensation pécuniaire de la victime pour également se fonder sur une réparation dite symbolique. En effet, la finalité de *«restauration de l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime»* semble faire écho à l'article 10-1 du Code de procédure pénale instauré par la loi du 15 août 2014 qui semble consacrer ce que l'on appelle la justice restaurative (B).

B. Le développement de la justice restaurative

Avant la loi du 15 août 2014, aucune disposition légale en France ne portait sur la justice restaurative.

⁸⁴ M. Giacopelli, «Libres propos sur la sanction-réparation», *D.*, 2007, p. 1551.

La loi du 15 août 2014 a ainsi créé un Sous-titre II dans la partie préliminaire du Code de procédure pénale, intitulé *«De la justice restaurative»*, situé entre le Sous-titre Ier relatif à l'action publique et l'action civile et le Sous-titre III relatifs aux droits des victimes.

Cette loi a donc créé l'article 10-1 du Code de procédure pénale qui se situe dans ce nouveau Sous-titre II.

Son alinéa 1er dispose que *«à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative»*. Cet article constitue donc bien le fondement textuel de la justice restaurative.

Le champ d'application des mesures de justice restaurative s'étend donc à tous les stades de la procédure pénale, bien que la phase post-sentencielle semble être le temps privilégié pour rapprocher la personne condamnée et la victime.

En outre, l'article 707 IV alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose qu'au stade post-sentenciel *«la victime a le droit d'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, en se voyant proposer une mesure de justice restaurative»*.

Ainsi, *«une marge de manœuvre est laissée à tous les professionnels de la justice, qui pourront dès lors recourir à une telle mesure au cours de l'enquête, de l'instruction, au cours de l'audience de jugement et aussi durant l'exécution des peines»*⁸⁵. L'autorité judiciaire compétente ou les professionnels chargés de la mise en œuvre des mesures de justice restaurative pourront ainsi être saisis, mais ce droit n'appartient qu'à la victime de l'infraction et non pas à la personne condamnée, ce qui est assez regrettable dans le cadre d'une justice ayant pour objectif de restaurer un certain équilibre social entre plusieurs protagonistes⁸⁶. Le déséquilibre social est-il uniquement celui de la victime?

A cet égard, la finalité de restauration de l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime inscrite dans l'article 130-1 du Code pénal semble donc prendre davantage de sens.

Mais quelle est donc la réelle philosophie portée par la justice restaurative?

Ses principes reposent sur la participation volontaire des victimes, de leurs proches et des condamnés à un processus de réparation et de responsabilisation. Le consentement de ces différents acteurs est donc fondamental. Le but n'est pas de contraindre ces acteurs à se rapprocher les uns les autres mais

85 I. Heck, *La justice restaurative*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2016, p. 81.

86 R. Cario et B. Sayous, «La justice restaurative dans la réforme pénale: de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales», *AJ pénal*, 2014, n° 10, p. 465.

de les informer, via des professionnels formés et diligents, des possibilités offertes par les mesures restauratives afin qu'ils soient suffisamment préparés si jamais ils consentent à y participer.

La justice restaurative nécessite ainsi une recherche de pardon, chez le condamné, et une ouverture d'esprit et un certain altruisme chez la victime et ses proches.

L'objectif est avant tout de rétablir une certaine harmonie sociale, entre les différents protagonistes qui sont en proie à des souffrances et des remords. Cette forme de dialogue doit être bénéfique pour chacun des acteurs qui y participent. Le sens de la peine doit ainsi être partagée par la victime et le condamné. Mieux encore: le sens de la peine est conjointement construit par chacun des deux protagonistes.

Ainsi, *«les délits ne sont plus considérés uniquement comme des transgressions de la loi faisant l'objet de sanctions légales imposées par l'autorité publique mais plutôt comme des conflits dont les répercussions personnelles doivent être réparées en prenant en considération les besoins et les intérêts des personnes concernées»⁸⁷.*

La justice restaurative ne se focalise pas uniquement sur le duo victime et délinquant. Elle fonctionne aussi avec des *«communautés»*, entendues comme des groupes de discussion et d'écoute dont les membres peuvent partager les mêmes souffrances et ainsi se reconstruire ensemble.

La justice restaurative doit donc reposer avant tout sur la participation volontaire et active des protagonistes. L'autorité judiciaire ou l'administration pénitentiaire a pour seul rôle d'accompagner les acteurs et de contrôler la mise en œuvre des mesures restauratives par le milieu associatif compétent.

La diversité des mesures restauratives devrait permettre de trouver les solutions les plus adaptées aux besoins de chacun, tout en respectant les droits de la victime et du condamné.

Néanmoins, près de quatre années après l'établissement formel dans la loi de la justice restaurative, sa mise en œuvre reste difficile. Cela peut notamment s'expliquer par le fait qu'elle reste encore très peu connue du grand public. Cette méconnaissance repose notamment sur un manque de volonté des institutions étatiques et judiciaires de la promouvoir, de l'évaluer et de la comprendre, car la culture judiciaire française est encore profondément attachée à la loi et au monopole étatique sur le droit pénal, l'Etat ayant du mal à déléguer une partie du droit de la peine à des acteurs privés, même encadrés.

87 C. Béal, «Justice restaurative et justice pénale», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, p. 58.

Seuls un développement encadré des droits de la victime et un changement de perception du système judiciaire pourraient permettre l'épanouissement d'une justice dont les avantages humanistes sont certains.

Il ne fait aucun doute que le législateur a apporté une conception bienvenue de la peine, et que la justice restaurative a de belles perspectives devant elle.

De manière générale, dans l'article 130-1 du Code pénal, le législateur a le mérite de se positionner sur les fonctions et finalités de la peine, ces dernières permettant de comprendre le sens même qu'il souhaite attribuer à la pénalité.

De plus, il est évident que la définition des fonctions et finalités de la peine apportée par le législateur en 2014 dans l'article 130-1 du Code pénal est formulée d'une bien meilleure manière que celle qui apparaissait dans l'article 132-24 du Code pénal, permettant notamment de les différencier les unes des autres dans le texte. De même, l'article 130-1 donne une définition des fonctions et finalités valable pour tous les stades de la «vie» de la peine (encourue, prononcée et exécutée).

Néanmoins, tout n'est pas parfait dans cet article 130-1. Les fonctions et finalités de la peine telles qu'inscrites dans ce texte témoignent d'une confusion dans la pensée du législateur et d'un manque certain de cohérence, et ce à de nombreux égards.

Chapitre II. Les écueils du sens textuel de la peine

La définition des fonctions et finalités de la peine apportée par le législateur au sein de l'article 130-1 du Code pénal peut paraître claire dans sa structure, notamment parce qu'elle permet en apparence de séparer les fonctions et finalités de la peine, ce que l'article 132-24 du même code ne faisait pas.

En réalité cette nouvelle définition reflète d'une part, une incohérence qui ne permet pas à la pénalité d'être conforme à la réalité de la pratique (**Section 1**) et d'autre part, une certaine équivocité des fonctions et finalités de la peine au regard de la pensée pénale moderne, dans toute sa diversité, et des évolutions contemporaines de la pénalité (**Section 2**).

Section 1. Une définition incohérente des fonctions et finalités de la peine

Bien qu'ayant fortement gagné en clarté en comparaison des anciennes dispositions de l'article 132-24 du Code pénal, l'article 130-1 du même code présente de nombreuses incohérences.

Ainsi, au lieu d'avoir consacré un sens unique de la punition, le législateur aurait du embrasser sa pluralité, notamment afin de correspondre à la diversité des peines existantes (§ 1).

De même, la structure de l'article 130-1 du Code pénal et l'ordonnancement des fonctions et finalités de la peine ne permet aux acteurs du système répressif, et en particulier le juge, d'en tirer un sens pragmatique, nécessaire lors du temps du prononcé et de l'exécution de la peine (§ 2).

§ 1. La nécessité d'un sens pluriel de la peine

Là est le principal écueil de l'article 130-1 du Code pénal.

Le sens de la peine était autrefois unique car il était essentiellement entendu à l'égard de la peine privative de liberté qui a été un temps la peine d'excellence, solution à tous les maux de la société. Lorsque le législateur a consacré pour la première fois les objectifs de la peine, dans la seconde moitié du XXe siècle, par exemple à l'ancien article 728 alinéa 2 du Code de procédure pénale, il limitait de manière quasi-exclusive sa réflexion à la seule peine privative de liberté. Certes, la

question du sens de la peine est profondément liée à la crise de nos prisons mais il ne s'agit pas de restreindre cette réflexion au seul prisme carcéral.

Le nouveau Code de procédure pénale entré en vigueur au 1er mars 1994, que l'on a pourtant appelé «*le Code des peines*», n'a pas non plus été favorable au développement d'une définition exhaustive des objectifs des peines au regard de leur diversité.

Aujourd'hui, le système répressif se compose donc d'un éventail de peines diverses et variées et dès lors, il semble plus adéquat de parler d'une pluralité de sens de la peine.

Cette multiplication des peines, et donc de leur nature, peut s'expliquer par différentes raisons.

Cela est notamment dû à la volonté du législateur et des acteurs de la politique pénale au cours du XXe siècle de prendre davantage en compte la personnalité de l'auteur de l'infraction au regard du développement post-guerres mondiales des droits de l'Homme. Dès lors, certaines natures de la peine ont été écartées comme la peine de mort ou les peines perpétuelles incompressibles car contraires aux droits les plus fondamentaux de l'Homme⁸⁸.

De même, devant l'échec de la peine privative de liberté en France, dont l'effet criminogène est indiscutable aujourd'hui et les conditions de mises en œuvre indignes, le législateur a souhaité développer de nouvelles pénalités qui permettraient aux personnes condamnées d'éviter la peine privative de la liberté ou de la raccourcir, afin de permettre à ces individus de se réinsérer plus facilement dans la société. Il s'agit notamment des peines dites de probation, dont la contrainte pénale est l'une des émanations les plus récentes.

Dès lors, la position adoptée par le législateur dans l'article 130-1 du Code pénal est problématique au regard de la richesse des peines, comme l'affirme SELLIN, d'après laquelle «[...] *ce texte pose question, au regard de la diversité des peines contenues dans notre arsenal répressif*»⁸⁹.

La structure de l'article 130-1 du Code pénal permet d'appréhender de manière plus claire le sens de la peine mais d'un point de vue substantiel, cet article demeure perfectible.

En effet, certaines fonctions et finalités de la peine n'ont pas de portée générale. Il faut comprendre ici qu'elles ne peuvent être appliquées à toutes les peines existantes aujourd'hui.

88 M-A. Cochard, «La multiplication des peines: diversité ou dilution?», *Droit pénal*, n° 9, Septembre 2015, dossier 9, pp. 9-10.

89 J. Sellin. «Définir le sens de la peine: un travail de Sisyphe? Le point de vue du juriste», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, p. 120.

La seule exception pourrait concerner la fonction de sanction de l'auteur de l'infraction étant donné que par principe toutes les peines ont pour caractères d'être afflictives, même si la «*souffrance*» causée par l'obligation d'effectuer un stage, dont le coût est tout de même supporté par le condamné, n'est pas comparable à celle que l'on peut retrouver en incarcération, étant donné que pour les stages c'est leur dimension pédagogique qui prévaut. Néanmoins, cette dimension afflictive peut manquer pour certaines peines comme la peine d'affichage de la décision prononcée ou de diffusion de celle-ci prévue à l'article 131-35 du Code pénal qui ne comporte qu'une dimension infamante.

De même, la fonction «*d'amendement, d'insertion ou de réinsertion*» est inadéquate pour certaines peines et certaines personnes juridiques. Comment celle-ci peut-elle s'appliquer à des personnes morales? Certaines juridictions ont pu reconnaître que des personnes morales pouvaient souffrir⁹⁰ ou être atteintes dans leur honneur⁹¹, mais il ne s'agit ici que de décisions d'opportunité qui restent marginales. Dès lors, la fonction de resocialisation ne semble pas être adaptée aux peines applicables aux personnes morales.

En outre, certaines peines répondent davantage à une fonction de neutralisation de la peine, dont nous verrons dans les prochaines lignes qu'elle n'est pas explicitement consacrée par le législateur, qu'à une fonction d'amendement du délinquant. Par exemple, c'est notamment le cas des peines d'annulation et de suspension du permis de conduire qui «*se préoccupent bien davantage d'écartier du volant les conducteurs constituant un danger pour le public que d'en faire des automobilistes normaux*»⁹².

Il est vrai que l'article 130-1 du Code pénal présente un sens de la peine formellement lisible, nous permettant de distinguer les fonctions de ses finalités telles qu'inscrites par le législateur. Néanmoins, au regard de la diversité des peines aujourd'hui mais également de la variété des auteurs d'infractions, qu'il s'agisse de personne physique ou morale, ou même de majeur ou mineur, il semblerait qu'un sens unique de la peine ne puisse être adéquat et correspondre à ce que l'institution pénale met en œuvre.

Par conséquent, il n'est pas plus adapté au travail du juge qui, au regard des récentes jurisprudences, peut rencontrer des difficultés lorsqu'il doit motiver le choix de la peine prononcée.

Un certain pragmatisme est donc également absent de l'article 130-1 du Code pénal.

90 Cass. Crim., 27 mai 2003, n° 02-84.136.

91 Cass. Crim. 22 juin 1999, n° 98-80.593.

92 B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2017, p. 49.

§ 2. La nécessité d'un sens pragmatique de la peine

Le sens de la peine tel qu'inscrit à l'article 130-1 du Code pénal présente sans aucun doute un caractère idéaliste. Or, au regard de la diversité des peines que nous avons évoqué antérieurement, il apparaît nécessaire de consacrer un sens de la peine qui puisse être compris et utilisé par les acteurs du système répressif, et en particulier par les juges.

En plus des autres modifications apportées par la loi n°2014-896 du 15 août 2014, cette dernière a également consacré les fonctions et finalités de la peine à tous ses stades. Autrement dit, le sens de la peine, tel qu'il est défini à l'article 130-1 du Code pénal, est applicable à tous les stades de la «vie» de la peine, à savoir la peine encourue, la peine prononcée et la peine exécutée.

Il importe donc au juge, qu'il s'agisse du juge de la juridiction de jugement ou du juge de l'application des peines (JAP), de maîtriser le sens de la peine.

Dès lors, la motivation de la peine devient le temps où ses fonctions, mais surtout ses finalités, peuvent être utilisées pour justifier le choix de la peine prononcée. Il nous faut donc revenir sur la motivation de la peine et sur les évolutions qu'elle a connues ces dernières années.

Autrefois, le principe en la matière était l'absence de motivation de la peine, ce qui correspondait au choix discrétionnaire de la peine par le juge. Ce principe pouvait connaître quelques exceptions étant donné qu'il existait des hypothèses d'exigences spéciales et exceptionnelles de motivation de la peine dans le droit français, comme par exemple la motivation spéciale en droit des étrangers pour écarter la peine d'interdiction du territoire national.

De même, une motivation spéciale était exigée en matière correctionnelle si le juge prononçait une peine d'emprisonnement sans sursis, conformément à l'article 132-19 du Code pénal. Cet article était resté lettre-morte jusqu'à la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 par lequel le législateur avait souhaité faire de la peine d'emprisonnement ferme une peine exceptionnelle. L'article 132-24 avait été modifié à cette occasion et présentait le caractère *ultima ratio* de la peine d'emprisonnement ferme. Ainsi, le juge devait expliquer non seulement que la peine d'emprisonnement prononcée était nécessaire et que toute autre sanction était inadéquate mais également expliquer le cas échéant pourquoi il n'avait pas pu aménager la peine d'emprisonnement ferme prononcée.

Or, un revirement de jurisprudence a eu lieu au mois de février 2017. Trois arrêts du 8 février 2017⁹³ ont créé une nouvelle exigence prétorienne de motivation générale dans le choix de la peine correctionnelle par le juge, mettant fin au principe d'absence de motivation de la peine.

Seule une motivation générale de la peine correctionnelle, d'emprisonnement ou de toute autre nature, était alors exigée par la Cour de cassation.

En matière criminelle, ce revirement jurisprudentiel n'était pas applicable et seule la motivation sur la décision de culpabilité était exigée, la motivation de la peine étant systématiquement censurée par la Cour de cassation.

Toutefois, par une décision du 2 mars 2018 répondant à une QPC, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur de la motivation des peines par les Cours d'assises⁹⁴.

Faisant appel à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les Sages ont affirmé que *«le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de cette déclaration, implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine»*. L'alinéa 2 de l'article 365-1, qui prévoit ce que devenait contenir la motivation de la déclaration de culpabilité en Cour d'assises, a ainsi été déclaré inconstitutionnel, et sera abrogé le 1er mars 2019.

Dès lors, en Cour d'assises, la motivation sur la déclaration de culpabilité s'accompagnera de la motivation sur la peine prononcée.

Devant cette obligation qui pèse sur les tribunaux et cours en matière correctionnelle et en matière criminelle, il est nécessaire de rendre plus pratique l'article 130-1 du Code pénal.

Cependant, les fonctions et finalités prévues par l'article 130-1 sont entendues comme cumulatives et non alternatives il n'est pas possible pour la juridiction de prononcer une peine sans faire référence à toutes ses fonctions et finalités. La juridiction ne peut ainsi renvoyer, par exemple, à la seule fonction de resocialisation de la peine. Or, c'est bien le juge, dans la peine prononcée, qui a la possibilité de donner une part de sens à la peine, l'autre part revenant au condamné lui-même.

Jennifer SELLIN présente ainsi dans son commentaire téléologique cette limite de l'article 130-1 du

93 Cass. crim., 8 fév. 2017, n°15-86914, Cass. crim., 8 fév. 2017 n°16-80389, Cass. crim., 8 fév. 2017 n°1680391.

94 Cons. const., n°2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises].

Code pénal, en enjoignant le législateur français à prendre exemple sur le législateur canadien qui, dans l'article 718 du Code criminel, distingue les finalités individuelles des finalités collectives de la peine et les prévoit de manière alternative. *«Un tel catalogue permettrait aux juridictions de choisir – au moment du prononcé – la justification la plus pertinente»*.⁹⁵.

Le sens de la peine est, depuis le début de ce siècle, une interrogation qui revient constamment dans l'esprit des législateurs successifs. Peut-être est-il enfin temps d'inscrire dans la loi des fonctions et finalités de la peine qui pourront être adaptées à l'éventail des peines de notre système répressif, et ce pour que les juges puissent user des justifications adéquates dans le prononcé de la peine. Cette possibilité permettrait de donner davantage de sens au travail qu'effectuent les juges mais également de donner un sens à la peine intelligible pour les condamnés.

L'article 130-1 du Code pénal présente également une autre difficulté.

Les fonctions et finalités de la peine telles que le législateur les a définies illustrent une certaine confusion dans sa pensée et ne permettent pas de retranscrire un sens clair et distinct de la peine.

Section 2. Une définition équivoque des fonctions et finalités de la peine

Le caractère équivoque de la définition des fonctions et finalités de la peine apportée par le législateur se traduit par une confusion entre les fonctions et finalités de la peine (§ 1).

Cette confusion s'explique notamment par l'hétérogénéité des paradigmes de la peine, d'hier comme d'aujourd'hui, et les évolutions que connaît la pénalité, dont le législateur et les politiques pénales contemporaines se nourrissent malgré leurs contradictions (§ 2).

§ 1. La confusion entre les fonctions et finalités de la peine

«Reste à savoir si la distinction opérée par la loi entre les fonctions et finalités de la peine est pertinente» s'inquiétait le professeur LEBLOIS-HAPPE dans son commentaire de l'article 130-1 du Code pénal⁹⁶.

95 J. Sellin. «Définir le sens de la peine: un travail de Sisyphe? Le point de vue du juriste», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, pp. 124-125.

En effet, la simple lecture de l'article 130-1 du Code pénal, en comparaison de ce que les anciennes dispositions de l'article 132-24 du même code prévoyaient, nous invite à nous demander si les fonctions et finalités de la peine sont bien séparées les unes des autres par le législateur.

Les anciennes dispositions de l'article 132-24 mettaient ainsi sur le même pied d'égalité, sans les définir comme des fonctions ou finalités de la peine, *«la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions»*.

Les formulations utilisées dans l'article 130-1 s'éloignent très légèrement de celles que contenait l'article 132-24, mais cela nous permet de constater qu'une certaine confusion régnait déjà dans l'esprit du législateur de 2007 et que celle-ci s'est poursuivie dans celui du législateur de 2014, les finalités et fonctions de la peine variant au gré des *«modes»*.

En outre, il suffit de consulter les débats parlementaires ayant eu lieu au sujet de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 pour réaliser que, dans la pensée du législateur, les fonctions et finalités se confondent et se superposent. Ainsi peut-on lire dans le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines du 9 octobre 2013, que *«le projet distingue ainsi les finalités de la peine lors de son prononcé - sanctionner le condamné et favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion - et celles qui président à sa mise en œuvre»*⁹⁷. La sanction du condamné et sa resocialisation seraient ainsi des finalités et non plus des fonctions !

Certes, on se trouve ici à de nombreux mois de l'adoption définitive du projet de loi mais il est tout de même paradoxal de confondre les finalités et les fonctions de la peine dans les débats précédant l'adoption d'une loi alors même que le but premier de l'article 130-1 est d'apporter une définition claire et cohérente de celles-ci. La *«sanction»* infligée par la peine ne peut en aucun cas être qualifiée de finalité, étant donné qu'elle est effectivement le rôle joué par la peine.

De même, mais nous convenons que cela est subsidiaire, ce projet de loi discuté au Parlement utilise le terme *«objectifs»* pour qualifier les fonctions ou finalités de la peine, ceci pouvant causer de nouvelles confusions.

Comme nous avons pu le rappeler dans notre introduction, par *«fonction»*, il faut comprendre le *«service d'un but supérieur et commun»*, *«parfois synonyme plus vaguement de mission»*⁹⁸.

96 J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 3.

97 «Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines», 9 octobre 2013, p. 6.

98 G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, p. 465.

Les finalités, quant à elles, correspondent à *«ce à quoi est ordonnée une action et l'action d'y tendre; ce qu'il s'agit d'obtenir; ce qui est attendu d'une entreprise pour finir»*, le *«critère important pour juger de l'orientation, des tendances, de la nature et de la valeur d'une réforme, d'une opération commerciale, d'un montage financier, de toute activité consciente et organisée»*⁹⁹. *«On admet que rien n'est et ne se fait que pour une fin voulue et déterminée»*¹⁰⁰,

Pour le professeur Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, à propos des fonctions et finalités de la peine *«les unes et les autres sont a priori distinctes. Les finalités de la peine sont ce vers quoi elle tend, ses fonctions traduisent ce à quoi elle sert. Ou, exprimé autrement: la finalité est un projet, la fonction une réalisation. Peut-on vraiment soutenir que la protection de la société, la prévention des infractions à venir et la restauration de l'équilibre social sont des objectifs à atteindre tandis que la sanction du condamné et sa réinsertion sociale sont ce à quoi la peine parvient nécessairement?»*¹⁰¹.

Etant donné que de la réunion des fonctions et des finalités de la peine découle son sens, il est inconcevable d'affirmer vouloir apporter un sens cohérent et éclairé de la pénalité en confondant ses fonctions et finalités.

Ces confusions, que le législateur ne peut légitimement ignorer, sont d'autant plus problématiques qu'elles effacent tout simplement certaines fonctions de la peine et ne prennent pas en compte certaines évolutions de la pénalité, engagées par le législateur lui-même lors des dernières décennies.

Tout d'abord, il en est ainsi de la vocation dissuasive de la peine qui est énoncée dans le code comme une finalité de la peine mais qui est présentée par les spécialistes du droit des peines comme une fonction de celle-ci. Ainsi, le professeur Michel VAN DE KERCHOVE présente la prévention comme *«la fonction de freiner, voire d'empêcher l'accomplissement de comportements jugés indésirables»*¹⁰².

99 G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, p. 461.

100 J. Pruvost (sous la direction scientifique de) et C. Blum (sous la direction générale de), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, p. 571.

101 J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 3.

102 M. van de Kerchove, «Les fonctions de la sanction pénale - Entre droit et philosophie», *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 8.

Ensuite, la fonction d'élimination, permise par la peine de mort, ou de neutralisation, notamment permise par l'incarcération, l'intensité étant le critère de distinction entre les deux, est également la grande absente de l'article 130-1 du Code pénal. Il faut toutefois préciser que les finalités de prévention de la récidive et de protection de la société, en plus d'incarner la fonction dissuasive de la peine, incarnent également cette fonction.

Aujourd'hui, le retour du concept de dangerosité dans notre système répressif lui permet d'être associée aux mesures de sûreté voire à certaines peines dont le régime s'y apparente.

La peine privative de liberté suppose elle-même une part de neutralisation.

Enfin, la fonction réparatrice de la peine n'est pas explicitement consacrée par l'article 130-1 du Code pénal mais celle-ci est extrêmement ambiguë, et se retrouve aisément à travers la notion de *«restauration de l'équilibre social»* du texte ou même de peine comme la sanction-réparation. Celle-ci apparaît également comme une condition de l'octroi de certains aménagements de peine.

A la lecture des débats parlementaires, cette consécration incomplète des fonctions de la peine peut s'expliquer par la conception, que nous avons déjà évoqué, selon laquelle la peine prononcée et la peine exécutée ne présenteraient pas les mêmes fonctions.

Ainsi, lit-on dans l'étude d'impact du projet de loi que ce dernier *«distingue ainsi les finalités de la peine lors de son prononcé - sanctionner le condamné et favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion - et celles qui président à sa mise en œuvre. [...] Sont ainsi distingués deux temps, celui du prononcé de la peine qui emprunte à la fois aux conceptions rétributives et utilitaristes de la peine, et celui de son exécution, au cours duquel la dimension éducative de la peine prend toute son ampleur»*¹⁰³.

Outre le fait que les parlementaires confondent une nouvelle fois les finalités et les fonctions de la peine, nous rappelons que ce raisonnement est erroné et que les seules fonctions jouées par la peine sont celles qu'elle effectue réellement, peu importe qu'il s'agisse du stade de son prononcé ou de son exécution.

Alors, comment s'explique une telle confusion entre les fonctions et finalités? Il semblerait que le législateur soit d'une certaine manière *«victime»* de la richesse et de la diversité des théories de la

103 «Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines: Étude d'impact», 7 octobre 2013, pp. 69-70.

peine moderne qui ont vu le jour depuis le XVIIIe siècle. Les différentes notions avancées par ces théoriciens ont pu entrer en contradiction les unes avec les autres et «troubler» la pensée du législateur et des acteurs de la politique pénale d'aujourd'hui.

De même, cette confusion peut aussi s'expliquer par certaines évolutions que traverse la pénalité et qui se retrouvent entre les lignes de l'article 130-1 du Code pénal.

§ 2. Le sens de la peine: carrefour de rationalités divergentes

Les termes «*carrefour de rationalités divergentes*» renvoient directement à une citation de Michel FOUCAULT dont la formulation reprend de manière concise la difficulté pour le législateur et les acteurs de la politique pénale de donner aujourd'hui un sens à la peine.

Cela est notamment le fruit des plusieurs siècles de théories sur la pénalité qui ont pu faire appel à des notions qui se superposent ou se contredisent.

«Dans nos sociétés contemporaines, on ne sait plus exactement ce qu'on fait quand on punit et ce qui peut, au fond, au principe, justifier la punition; tout se passe comme si nous pratiquons une punition en laissant voir, sédimentées un peu les unes sur les autres, un certain nombre d'idées hétérogènes qui relèvent d'histoire différentes, de moments distincts, de rationalités divergentes»¹⁰⁴.

Cette difficulté s'explique par la pluralité, et souvent la contradiction, des paradigmes de la peine d'autrefois, mais elle s'explique également au regard des différentes évolutions contemporaines que connaît la pénalité.

Ainsi, se justifie la confusion qui peut régner, à notre sens, dans l'article 130-1 du Code pénal au sujet des fonctions et finalités de la peine. Il est aisé pour le législateur de les confondre, de leur donner une dénomination qui ne correspond pas à ce qu'elles devraient réellement être, car le *sens d'une chose*, en terme de *signification*, s'acquiert par l'usage de mots, et lorsque la pratique se détourne du langage, les mots ne veulent plus rien dire.

Concernant l'hétérogénéité des théories sur la pénalité, comme nous avons pu l'évoquer dans les différents propos qui ont précédés, le sens de la pénalité a été questionné par différentes théories et mouvements à travers l'histoire et qui constituent les fondements de la pénalité d'aujourd'hui, telle que nous la connaissons.

104 M. Foucault, *Dits et écrits*, t. IV, Paris, Editions Gallimard, 1994, p. 691.

Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas ici de s'interroger sur les «*conceptions*» les plus anciennes et primitives de la peine, car cela reviendrait à faire un saut lointain dans le temps, mais de s'intéresser, sans aspirer à l'exhaustivité, aux théories dites *modernes* de la peine qui ont tenté depuis le siècle des Lumières de donner une raison d'être à la peine, afin de rendre accessible et intelligible son sens pour le législateur mais également pour tous les acteurs du système répressif, dont l'autorité judiciaire. C'est notamment le point de départ historique choisi par les professeurs TULKENS et VAN DE KERCHOVE dans leur manuel sur la «*généalogie de la pensée pénale*»¹⁰⁵.

Traditionnellement, l'ensemble des paradigmes dominants de la peine, depuis le siècle des Lumières, s'articulent autour de deux grandes théories, que sont les modèles déontologiques et les modèles conséquentialistes de la peine¹⁰⁶.

Dans les modèles déontologiques, on considère que l'individu reconnu comme l'auteur d'une infraction se doit nécessairement d'être condamné à une peine proportionnelle à la gravité de l'infraction commise. Ici, on retrouve donc la conception rétributive de la peine qui défend l'idée selon laquelle le mal infligé par l'auteur d'une commission de l'infraction appelle en réponse à un mal tout à fait équivalent. Autrement dit, on se trouve ici dans une conception «*juste*» de la peine.

Le droit de la peine est ici dans une dimension objective qui fait de l'acte commis le centre de gravité de la peine, et non la personne du condamné, qui trahit une dimension subjective du droit pénal. Le regard de la pénalité est fixé sur le passé, sur l'acte commis, et non sur l'avenir, sur le devenir de la personne du délinquant.

Les philosophes KANT et HEGEL font ainsi parties des tenants de ce modèle de justice rétributive et ces derniers ont toujours exprimé leur attachement aux principes de légalité, exprimé par BECCARIA, d'égalité et de proportionnalité.

Néanmoins, cette conception déontologique, qui avait pu être en recul à la suite de la Seconde guerre mondiale, a été d'une certaine manière réadaptée aujourd'hui à travers une obsession sécuritaire de lutte contre la criminalité qui rend notamment le système répressif de plus en plus sévère.

Dans le modèle conséquentialiste, la pénalité ne doit pas simplement punir le délinquant pour l'acte infractionnel qu'il aurait commis mais elle doit également avoir des effets utiles. La peine serait

105 F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal: Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, p. 5.

106 C. Béal et L. Delia, «Punir a-t-il un sens ?», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, p. 1.

ainsi tournée vers l'avenir et devrait produire des effets à l'encontre du condamné, de la société et de la victime. C'est une conception subjective de la pénalité, qui se fonde davantage sur les individus que sur l'acte infractionnel.

Cela a été conceptualisé dans de nombreuses théories notamment celle de l'utilitarisme classique défendu par BENTHAM mais aussi dans les théories de défense sociale nouvelle et les modèles réhabilitatifs... La prévention et la réhabilitation constituent les deux vocations de la peine dans cette conception conséquentialiste.

Ces deux modèles ont pu être reformulés à travers d'autres conceptions. Ces nouvelles conceptions n'ont pas détourné le sens originel de ces théories mais les ont en quelque sorte réadapté au regard des évolutions contemporaines.

Ainsi, le professeur GASSIN a pu assimiler ce modèle déontologique de la peine à ce qu'il a appelé «*les fonctions symboliques*» de la peine, qui s'opposeraient à ses «*fonctions instrumentales*» assimilées au modèle conséquentialiste¹⁰⁷.

Ces deux familles de fonctions constitueraient d'après Raymond GASSIN «*les fonctions sociales*» de la peine.

Les fonctions instrumentales seraient celles qui ont pour but de réduire la délinquance, par la dissuasion, la neutralisation, l'intimidation individuelle et la resocialisation.

Les fonctions symboliques correspondent aux fonctions qui font de la sanction pénale «*un symbole représentant et renvoyant à une valeur socio-culturelle fondamentale, abstraction faite de toute préoccupation d'efficacité*»¹⁰⁸.

Ces modèles ont également pu être «*fusionnés*» en des conceptions intermédiaires qui ont pu mêler «*le juste*» du modèle déontologique, et «*l'utile*» du modèle conséquentialiste.

Cette fusion peut être illustré par la fameuse maxime: «*punir ni plus qu'il n'est juste ni plus qu'il n'est utile*».

Quoi qu'il en soit, ces modèles ont donc été amenés à évoluer, à être reformulés, par différents auteurs de champs disciplinaires différents.

107 R. Gassin, «Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal», *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, p. 50.

108 R. Gassin, «Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal», *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, p. 52.

Ces réadaptations sont tout à fait légitimes en ce qu'elles s'expliquent par l'évolution même de notre monde et de nos sociétés, et la peine se doit d'être «mise à jour». Certaines évolutions sont à l'oeuvre aujourd'hui et ont sans doute un impact majeur sur les sens et la mise en œuvre de la peine.

Il serait impensable de répertorier les différentes évolutions que connaît la pénalité aujourd'hui, et encore moins celles qu'elle pourrait connaître demain. Pour autant, il semble possible de mettre en lumière certaines mouvances qui affectent notre droit de la peine et qui, de fait, changent profondément les sens de la peine.

En vérité, le sens de la peine inscrit à l'article 130-1 du Code pénal, à travers les fonctions et finalités de celle-ci, ne correspond pas à ce qui est réellement mis en œuvre, ce qui dénote une certaine confusion de la part du législateur.

Nous pensons notamment à ces dérives vindicatives où la société, exacerbée par le discours politique sécuritaire, se saisit tout azimut des affaires les plus horribles dont les médias se font un plaisir de relayer à foison, afin d'imposer sa propre justice privée, et ce au détriment des principes de droit et de justice les plus fondamentaux.

Nous aurons l'occasion d'aborder ces nouvelles représentations de la peine dans des développements ultérieurs.

Dès lors, poussée par cette obsession sécuritaire, se développe ainsi une pénalité fondée sur la surveillance et la traçabilité des individus jugés dangereux. Ce retour de la dangerosité, incarné par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, imprègne désormais le droit de la peine, sans pour autant que l'article 130-1 ne le reflète de manière explicite.

Dans la pratique, la présence des mesures de sûreté, dont certains pourraient nous dire avec raison qu'il ne s'agit pas ici de peine, le développement de peines complémentaires dont le régime n'est pas lointain de celui applicable aux mesures de sûreté, ou la multiplicité des fichiers judiciaires nationaux illustrent parfaitement ce nouveau paradigme de la dangerosité et des risques incarnés par cette autre conception de la finalité préventive de la peine. Car aujourd'hui, «*prévenir, c'est d'abord surveiller, c'est-à-dire se mettre en position d'anticiper l'émergence d'événements indésirables au sein de populations signalées comme porteuses de risques*»¹⁰⁹.

109 R. Castel, *La gestion des risques*, Paris, Ed. De Minuit, 1981, p. 145.

Nous pouvons également évoquer de nouveau le développement de la justice restaurative, ou encore l'émergence des modes alternatifs de règlement des conflits, qui tendent à démontrer qu'est concevable une autre justice privilégiant la médiation, la réparation et la réintégration.

En outre, tout ceci doit être concilié avec une nouvelle rationalité de la peine qui s'est imposée à tous et dont le législateur ne semble pouvoir et vouloir se détourner.

Il s'agit ici de l'idée d'une justice bradée, de résultats, qui s'explique notamment par le manque conséquent de moyens alloués à la justice, qu'ils soient financiers ou humains, et ce depuis plusieurs décennies déjà.

Ainsi, aussi ironique que cela puisse paraître, c'est la justice pénale même qui est devenue prisonnière de cette rationalité qui cherche davantage à être économe et rapide, au détriment des justiciables et professionnels de ce système.

Le développement d'une logique d'efficacité, terme que l'on peut retrouver dans la loi n°2014-896 du 15 août 2014 et qui est d'ailleurs confondu par le législateur et les politiciens avec l'efficacité, traduit cette nouvelle justice expéditive et toujours plus déjudiciarisée, voire dématérialisée.

Enfin, l'ultime évolution qui se produit sous nos yeux à une vitesse effarante et à laquelle la justice ne peut pas échapper, est l'avancée technologique. Celle-ci est si soudaine qu'elle pourrait même être qualifiée de «*révolution*».

Les avancées technologiques réinventent le droit et modifient le lien qu'il entretient avec ses acteurs et les justiciables. Concernant le droit pénal, les nouvelles technologies permettent la création ou l'aménagement de nouvelles peines, qui étaient impossibles de concevoir il y a quelques décennies. Dès lors, nous ne croyons pas nous méprendre en affirmant que les pénalités de demain se verront attribuer de nouvelles fonctions et finalités auxquelles les pénalités d'aujourd'hui ne peuvent répondre.

Nul doute que d'autres évolutions du droit pénal auraient pu être présentées ici mais il s'agissait moins de les énoncer dans leur totalité que d'affirmer la diversité de quelques unes.

Par conséquent, l'ensemble de ces paradigmes pénaux, entremêlés aux évolutions que connaît aujourd'hui notre pénalité, ne permettent plus réellement de donner des sens audibles à la peine.

Le présent écrit ne constitue sous doute pas une exception et n'a pas l'arrogance d'affirmer qu'il sait éviter certaines confusions et peut-être perdrons nous nos lecteurs dans l'immensité de la pensée pénale moderne.

Conclusion intermédiaire

A propos de la quête du sens de la peine par le législateur, le professeur Philippe ROBERT affirme que *«le risque est alors grand d'accorder trop de poids aux déclarations d'intention enflammées qui sont accoutumées en ce domaine ou encore aux idées ou aux théories criminologiques, et donc insuffisamment aux pratiques concrètes»*¹¹⁰.

Là est le risque de tout texte de loi ayant une portée symbolique comme l'article 130-1 du Code pénal. Le contenu des débats parlementaires reflète à merveille la volonté du législateur de s'intéresser davantage à la forme et aux mots choisis plutôt qu'au fond. Bien qu'il faille sans aucun doute avoir le sens de la formule notamment pour un texte qui a la prétention d'indiquer les fonctions et finalités de la peine, il aurait peut être été préférable d'adapter le texte à la réalité des pratiques plutôt que de chercher à adapter les pratiques à un texte qui repose sur des fondements théoriques de la philosophie du droit. D'autant plus qu'il est aisé pour le législateur de se perdre dans cet océan qu'est la pensée pénale moderne s'agissant de la peine et de ses sens.

«[...] La norme ne peut transformer à elle seule le réel et les vertus du déclaratif sont illusoires» affirme ainsi le professeur Martine HERZOG-EVANS¹¹¹.

Cela ne revient pas à affirmer que la consécration des fonctions et finalités de la peine à l'article 130-1 du Code pénal est inutile. Bien au contraire, même s'il présente certains écueils, le texte a le mérite d'apporter davantage de clarté que son prédécesseur sur les sens de la pénalité, et d'oser se positionner quant à ceux-ci.

Cependant, ce sens textuel, que nous avons qualifié *«d'idéal»*, est une chimère. En effet, la pénalité idéale devrait avoir les fonctions et devrait tendre vers de les finalités telles qu'inscrites dans le texte mais c'est faire preuve d'un certain fourvoiement que de croire ou faire croire que la peine réelle, telle qu'elle est réellement mise en œuvre, correspond effectivement aux termes de l'article 130-1.

Mais peut-on réellement produire un texte exhaustif et complet, consacrant des sens de la peine correspondant à ce qu'elle est véritablement? Se poser la question du sens de la peine et croire que l'on peut y répondre parfaitement, c'est peut-être déjà une illusion.

Cependant, il est vrai que l'erreur fondamentale de ce texte, que nous avons pu mettre en lumière,

110 P. Robert, «Généalogies et recompositions pénales contemporaines», *Les cahiers de la justice*, 2010, n° 4, p. 22.

111 M. Herzog-Evans, «Loi Taubira: derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu», *AJ pénal*, 2014, pp. 456

est de croire que le sens de la peine est unique, tant pour celui qui propose la peine, l'aménage, la subit ou la regarde. Or, il est peu crédible d'affirmer que la peine a le même sens pour le juge, le condamné, la victime et la société.

Il semblerait donc que l'attribution *de* sens à la peine repose, encore une fois, sur les épaules des praticiens du droit de la peine, seuls ces derniers étant confrontés à ses réalités et à ses représentations par le condamné, la victime et la société.

Il apparaît donc inconcevable de chercher à donner du sens à la peine sans s'intéresser aux représentations que certains acteurs concernés par la peine se font de celle-ci.

Seconde partie. Les représentations de la peine: le sens réel de la peine?

Après avoir étudié le sens idéal de la peine qui correspond à l'orientation prise par la peine à travers le développement séculaire de la pensée pénale moderne et la consécration dans les textes des fonctions et finalités de la peine telles qu'entendues par le législateur, il nous faut à présent nous intéresser au sens de la peine tel qu'il est perçu par les principaux acteurs concernés par cette dernière au regard de certains des effets que celle-ci peut avoir. Nous n'avons pas souhaité intégrer tous les acteurs de celle-ci, et en particulier le juge, car cela aurait une réflexion trop vaste et peu lisible.

Si nous avons décidé d'aborder ces représentations de la peine, c'est avant tout parce que nous estimons que le sens de la peine ne peut être unique et qu'il doit aujourd'hui être saisi au pluriel.

Les sens de la peine ne peuvent être compris uniquement à travers le prisme de l'article 130-1 du Code pénal, fondé sur un socle important de fondements théoriques anciens et nouveaux.

Il a été justement qualifié d'*idéal* parce qu'il répond à la question de savoir ce que le sens de la peine devrait être, ce vers quoi il devrait tendre et, de ce fait, il donne un sens qui ne peut réellement exister, qui ne peut être conforme à ce qui est possible de faire.

Dès lors, il est inconcevable de s'intéresser au sens de la peine sans s'intéresser aux effets de la pénalité sur les personnes directement concernées et leur perception de ceux-ci. Toutefois, il ne s'agit pas ici de dire qu'elles détiennent *le* ou *les* sens de la peine, une représentation même d'une chose étant subjective et ne correspondant pas à ce qu'elle est vraiment.

Au regard des effets de la pénalités et ses évolutions, le sens de la peine a sans aucune doute était perdu pour le condamné (**Chapitre I**), tandis qu'il tend à s'affirmer de manière alarmante pour la victime et surtout la société (**Chapitre II**).

Chapitre I. La perte de sens de la peine pour le condamné

Le condamné, étant la personne qui subit les effets de la peine, semble être la seule personne qui peut donner le sens de la peine subie le plus exact et le plus authentique.

Nous ne disons pas qu'il existe un sens unique de la pénalité, sens que tous les condamnés finissent par saisir. En vérité, il y a autant de sens qu'il y a de peines et qu'il y a d'individus pour les subir. Nul doute que pour une même peine subie par deux individus différents, le sens que chacun d'entre eux percevra, encore faut-il qu'un sens soit véritablement perçu par au moins l'un d'eux, ne pourra être identique.

De même, il ne s'agit pas d'affirmer que subir une peine suffit à en comprendre son sens ou encore moins qu'il soit nécessaire d'en subir une pour pouvoir être à même d'en comprendre le sens.

Autrement dit, subir une peine n'est pas une condition pour en comprendre le sens, le cas contraire reviendrait à discréditer totalement le présent écrit ainsi que tous ceux qui, n'ayant jamais été condamnés pénalement, ont écrit à ce sujet, même parmi les juristes et philosophes les plus illustres. De même, subir une peine n'est pas non plus synonyme de compréhension de son sens puisque tous les condamnés ne veulent ou ne peuvent donner du sens à la peine qu'ils ont vécu, quelle que soit la peine.

Il ne sera pas possible d'étudier ici la parole de chacun des condamnés s'exprimant sur des peines différentes et sur le sens qu'ils lui donnent. En revanche, il sera possible de mettre en avant certains éléments, certains sentiments généraux partagés par la plupart des condamnés au regard des effets de leur peine, qui permettent de comprendre que la peine, peu importe sa nature mais spécifiquement la peine privative de liberté, n'a plus réellement de sens aujourd'hui.

Cette perte de sens de la peine d'un point de vue général est symboliquement la traduction de l'échec de la peine perçue par tous comme la peine de référence, à savoir la peine privative de liberté.

Ainsi, comme l'illustrent les débats parlementaires autour du projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines, si le sens de la peine est aujourd'hui remis en question par le législateur, les acteurs de la peine et la doctrine, c'est notamment le fruit de l'échec constaté de la peine de prison (**Section 1**).

De même, à travers l'écart entre la peine prononcée et la peine exécutée, la pénalité connaît aujourd'hui une distorsion qui conforte une certaine incompréhension de la justice pénale qui peut apparaître ineffective ou laxiste.

Ici, il s'agit de s'intéresser à la force symbolique de la peine prononcée qui est effacée par une peine inexécutée, exécutée tardivement ou profondément modifiée par le JAP (**Section 2**).

Section 1. L'échec de la prison: signe de la perte de sens de la pénalité

La caractéristique principale du système répressif français, bien que cette caractéristique soit partagée par la plupart des pays occidentaux, est la place incontournable de l'incarcération qui fait figure de peine de référence, dans les textes comme dans la société.

En effet, malgré le développement exponentiel de nouvelles peines dans notre système répressif, la peine privative de liberté reste la «*forme dominante de la punition*»¹¹².

Dès lors, elle représente le symbole même de la crise que connaît notre système répressif, et donc la crise de sens que connaît la pénalité.

A cet égard, ce sont en premier lieu les conditions déplorables de l'incarcération qui causent cette perte de sens de la pénalité aux yeux du condamné, au point qu'un rapport sénatorial en 2000 a pu qualifier la prison française «*d'humiliation pour la République*»¹¹³.

En premier lieu, les conditions déplorables de détention favorisent l'insécurité et la violence dans les établissements pénitentiaires plutôt que la poursuite d'un objectif d'insertion ou de réinsertion, ce qui rend inintelligible le sens de la peine de prison pour le condamné (§ 1).

En second lieu, les courtes peines privatives de liberté et les sorties dites «*sèches*», sans aménagements de peine, favorisent la désocialisation des individus sortants de prison et donc le risque de récidive. Dès lors, le législateur des dernières années s'est efforcé de développer les peines alternatives et les mesures pénales de probation (§ 2).

112 M. Giacomelli, «Approche critique de la courte peine d'emprisonnement», *Droit pénal.*, 2014, n° 2, p. 14.

113 G-P. Cabanel et J-J. Hyest, «Prisons: une humiliation pour la République», n°449, Paris, *Les rapports du Sénat*, 2000, 775 p.

§ 1. Les conditions indignes de détention en France

«*La société a le droit de punir mais non de corrompre ceux qu'elle châtie*» écrivait TOCQUEVILLE, affirmant que l'on jugeait de l'efficacité d'un système pénitentiaire à son taux de récidive¹¹⁴.

Or, à cet égard, le système pénitentiaire français est bel et bien un échec puisqu'il ne permet pas de réduire véritablement le taux de récidive chez les personnes condamnées à une peine privative de liberté.

Pire encore, la prison, terme générique que nous allons utiliser ici afin d'englober les différentes catégories d'établissements pénitentiaires existantes, peut produire même ce qu'elle est censée éviter, à savoir la commission de nouvelles infractions.

C'est en cela que la prison est qualifiée de «*paradoxe*» par certains auteurs¹¹⁵, car elle est censée permettre la réinsertion des délinquants tout en étant assimilée à l'école du crime.

Devant l'échec cuisant de la peine privative de liberté et alors que l'on cherche à faire du condamné l'acteur de sa peine, le sens de la peine échappe donc aux condamnées, et même parmi les acteurs de la politique pénale et la doctrine, on se demande si la prison a encore véritablement un sens.

Avant sa médiatisation excessive par la presse depuis le début de notre siècle sur-informé, la prison en France a longtemps été un univers inconnu, replié sur lui-même.

Néanmoins, les maux que présentent les prisons en France sont aujourd'hui bien connus. Nombre de rapports et d'études ont pu ainsi montrer du doigt ce qu'était la triste réalité pénitentiaire: surpopulation carcérale depuis les années 2000 atteignant des records comparables à la période de Libération de la France après la Seconde guerre mondiale, dégradations et vétusté des bâtiments pénitentiaires, climat de violences et hausse du taux de suicides, manque de personnels et surveillants pénitentiaires...

La liste est longue et la situation ne semble pouvoir être inversée par manque de moyens et de volonté politique sans doute.

La France, comme d'autres pays européens, fait ainsi l'objet de condamnations fréquentes par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur le fondement de l'article 3 de la Convention qui interdit aux Etats la pratique de la torture et le fait de soumettre une personne relevant de sa

114 A. de Tocqueville, Rapport d'Alexis de Tocqueville, député de la Manche, présenté le 5 juillet 1843, au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi relatif au régime des prisons

115 J-P. Céré, *La prison*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 127.

juridiction à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants¹¹⁶.

Le cas de la maison d'arrêt de Fresnes, qui fait l'objet aujourd'hui d'un recours par un détenu devant la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 3 de sa Convention, illustre parfaitement la situation générale que connaissent les prisons françaises car cette dernière «*crystallise toutes les atteintes possibles en matière de conditions de détention carcérale*»¹¹⁷.

A côté de la présence de nuisibles comme des rats, des punaises ou des puces, la Section française de l'Observatoire international des prisons (SFOIP) indique aussi que le taux d'occupation de la maison d'arrêt de Fresnes était de 198,7% le 1er mars 2018¹¹⁸.

La situation de la maison d'arrêt de Fresnes n'est pas un cas isolé et d'autres établissements pénitentiaires ont déjà été condamnés par la justice française et la justice européenne.

La surpopulation carcérale a ainsi pour première conséquence l'impossibilité de mettre en œuvre le principe d'encellulement individuel tant promu par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

La surpopulation carcérale des prisons françaises s'expliquent logiquement par une augmentation du nombre d'incarcérations annuelles depuis plusieurs décennies. Cette surpopulation ne concerne pas tous les établissements pénitentiaires et ce sont en grande partie les maisons d'arrêt qui sont concernées, celles-ci accueillant les prévenus en attente de jugement, les condamnés à de courtes peines inférieures à deux ans d'emprisonnement ou les condamnés en attente d'un placement dans un établissement pour peines.

Selon les chiffres clés de la justice communiqués par la Chancellerie, sur les trente dernières années, le nombre d'entrée en prison a fortement augmenté, dépassant même 85 000 en 1980 et au début des années 1990. Cette tendance était à la baisse il y a une dizaine d'années avec deux pics importants qui avaient également été constatés en 2006 avec 81 416 nouvelles entrées et en 2007 avec 83 015, mais celle-ci semble être de nouveau inversée avec près de 96 358 nouveaux entrants en prison en 2016¹¹⁹. Cet accroissement du nombre d'entrées en détention s'explique notamment par

116 V. notamment Cour EDH, 5ème sect., 25 avril 2013, *Canali c/France*, n° 40119/09; *AJ Pénal*, 2013, p. 403, obs. J.-P. Céré.

117 J. Mucchielli, «Surpopulation carcérale, insalubrité à Fresnes: Le recours au juge des référés est-il effectif ?», *Dalloz Actualité*, 13 juillet 2017.

118 Chiffres et données de la Section française de l'Observatoire international des prisons, 2018.

119 Données des chiffres clés de la Justice, 2017.

l'allongement de la durée moyenne de détention¹²⁰.

De même, le recours de plus en plus fréquent à la détention provisoire est une des causes majeures de cette surpopulation carcérale. Les propositions faites dans le rapport élaboré par le magistrat COTTE et l'avocate MINKOSWIKI afin d'augmenter le taux minimal encouru de la peine et de réduire les conditions pour placer un individu en détention provisoire sont extrêmement positives¹²¹.

Ces conditions de détention jugées indignes s'accompagnent également d'un climat de violences fréquentes qui, en plus de faire de la prison un lieu d'insécurité et de tensions quotidiennes, fragilisent psychologiquement les détenus, au point de mener certains au suicide. A cela s'ajoute également le développement dans la législation de régimes spécifiques de détention qui viennent restreindre les nouveaux droits acquis par les personnes détenues¹²².

Les détenus ne sont pas les seuls à souffrir de ces conditions puisque les surveillants pénitentiaires eux-même se retrouvent impuissant et fragilisés, leur voix n'étant pas ou peu entendue par nos gouvernants.

Ces conditions sont ainsi encore plus insoutenables pour les condamnés à de longues peines privatives de liberté.

Ces conditions de détention sont également marquées par une certaine liberté, acceptée et intégrée par tous, détenus et personnels pénitentiaires, et qui peut paraître étonnante dans un lieu de privation de libertés. Il s'agit ici des commerces intra-muraux de tabac, téléphones ou même de drogues entre les détenus, qui constituent la dernière manière pour les détenus de «résister» et qui sont aujourd'hui «tolérés» par les directeurs pénitentiaires, ces derniers craignant des violences ou révoltes dans leur établissement. Ainsi, Didier FASSIN, dans son ouvrage relatant son enquête de quatre ans en maison d'arrêt, retranscrit la parole de certains détenus à propos de ces trafics qui existent dans les prisons. «*Les maisons d'arrêt sont devenues de telles passoires!*» disait l'un d'eux alors qu'un autre évoquait même les plaisanteries de certains surveillants à ce sujet: «*-Tiens, tu peux me passer ton téléphone? J'ai un coup de fil à donner. -J'peux pas! Je l'ai oublié dans ma cellule!*»¹²³.

120 J-P. Céré, *La prison*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 132.

121 B. Cotte et J. Monkowski, «Chantiers de la justice: Sens et efficacité des peines», Paris, *La Documentation française*, 2018, pp. 9-10.

122 P. Poncela, «Peines et prisons: la régression», *RSC*, 2016, n°3, p. 565.

123 D. Fassin, *L'ombre du monde: une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Editions Points, 2017, p. 260.

Au regard de ces éléments, il paraît inconcevable d'attendre de la part des détenus une compréhension du sens de leur peine. Comment leur demander d'y voir une aide à la réinsertion lorsque la prison elle-même est la source de leur «*inadaptation sociale*» une fois sortis? Comment la peine de prison peut-elle remplir son rôle pédagogique lorsqu'elle permet le développement de trafics et violences tels qu'ouvertement décrits par les détenus et le personnel pénitentiaire? Quel symbole punitif la prison leur renvoie t-elle? En vérité, la prison conforte ou crée des vocations et parcours de délinquance qui se concrétisent ou se renouvellent une fois la liberté acquise.

Néanmoins, tout n'est pas synonyme d'échec dans la prison. La prison permet ainsi l'organisation en son sein d'activités professionnelles, culturelles, sportives ou artistiques qui permettent à des détenus d'acquérir certaines compétences ou de découvrir une passion qui pourra être un repère une fois sortis de prison. Certains parcours de détenus nous montrent que la prison, à défaut d'être un lieu digne de détention, peut être bénéfique voire salvatrice mais ces derniers ne représentent qu'une fraction des détenus.

Le compositeur Nicolas FRIZE, dont l'activité l'a mené à s'intéresser au monde carcéral et s'engager notamment dans la Ligue des droit de l'Homme, résume dans son ouvrage sur l'idéologie carcérale cette idée dominante selon laquelle ce serait au délinquant de donner du sens à sa peine: «[...] *une idée s'est peu à peu installée dans l'esprit des juges d'instruction: de confier le sens de la peine non plus à l'institution, mais au condamné lui-même! Qu'il fasse sa peine, qu'il l'invente, l'habite, la vide ou la comble, la refuse (suicide ou évasion) ou y succombe, il lui appartient de s'y adapter, de s'accommoder de sa perplexité, de sa souffrance, de sa nouvelle impuissance!*»¹²⁴.

Si nous voulons redonner du sens à la peine privative de liberté, peut-être faudrait-il mettre un terme à cette misère carcérale qui ne permet pas aux détenus de mettre en l'oeuvre cette peine dans des conditions décentes et favorables au développement personnel et aux questionnements. Le détenu doit être remis à sa juste place et se soumettre pleinement à une peine privative de liberté, et seulement privative de liberté, qui doit paradoxalement être respectueuse de ses droits et de sa dignité pour lui permettre d'obtenir cette «*seconde chance*». Le défi de la prison aujourd'hui est de concilier sécurité et réinsertion.

Aujourd'hui, l'espoir est mince car l'augmentation des moyens alloués à l'incarcération semble être une utopie. Seules les exigences européennes, à travers le travail d'enquête du Comité de prévention

124 N. Frize, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, éd. Leo Scheer, 2004, p. 27.

contre la torture du Conseil de l'Europe (CPT) et la jurisprudence de la CEDH, semblent pouvoir permettre ce renouvellement de la prison¹²⁵, mais les conditions d'incarcération ne sont pas les seuls facteurs de la perte de sens de la prison pour le condamné.

De manière plus pragmatique et moins ambitieux, peut-être devrait-on finir par accepter que la peine privative de liberté, dans l'état dans lequel elle se trouve aujourd'hui en France, ne peut permettre la poursuite de certains objectifs que l'on souhaite lui faire atteindre, notamment celui de réinsertion. C'est aussi en cela que se développent les peines alternatives à l'emprisonnement et il faut poursuivre ce développement, en s'assurant de sa réussite.

En outre, il apparaît que le risque de récidive, expliquant l'échec de la peine de prison à réinsérer le délinquant, est fortement favorisé par les courtes peines privatives de liberté ou les sorties dites «*sèches*» de prison, c'est-à-dire sans aménagements de peine ou accompagnements.

Dès lors, le législateur, notamment depuis 2014, promeut la réinsertion à travers le développement des mesures de probation qui doivent permettre d'éviter la prison, et notamment les courtes peines privatives de liberté, ou d'en réduire la durée avec des aménagements de peine en milieu ouvert.

§ 2. Les courtes peines et «*les sorties sèches*»: facteurs criminogènes?

Les courtes peines privatives de liberté et les sorties dites «*sèches*» de prison semblent constituer les principaux signes d'échec de la peine privative de liberté, d'autant plus que ces deux problématiques se rejoignent à de nombreux égards. Si l'individu se retrouve, peu de temps après sa sortie de prison, devant un tribunal, c'est bien parce qu'il n'a pas saisi le sens de sa peine.

Il nous incombe donc de comprendre la portée criminogène, réelle, exagérée ou fictive, des courtes peines privatives de liberté fermes (A) et des sorties dites «*sèches*» (B).

125 J. Andriantsimbazovina, «Une modernisation progressive du droit des détenus» in *Le droit des détenus: sécurité ou réinsertion?*, Actes du colloque des 3 et 4 avril 2009 organisé par le GENEPI, Université de La Rochelle, Paris, Dalloz, 2010, p. 164.

A. La fugacité des courtes peines privatives de liberté

Les courtes peines privatives de liberté fermes, qui correspondent à une durée inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement, favorisent le risque de récidive parce qu'elles ne permettent pas aux condamnés de saisir à temps et dans de bonnes conditions d'incarcération le sens de sa peine.

Le professeur Jean PRADEL confirmait cette «*nocivité de la courte peine*» en invoquant cinq arguments tendant respectivement à la durée même de la détention, l'obsession du condamné de retrouver une liberté perçue comme très proche, l'impossibilité pour les maisons d'arrêt surpeuplées de mettre en œuvre des mesures de resocialisation efficaces, l'incompatibilité même des activités proposées par le personnel pénitentiaire avec cette catégorie de condamnés et la forte propension de ces derniers à faire de «*mauvaises rencontres*» dans ce court laps de temps¹²⁶.

Il est ainsi aisé de comprendre que ces courtes peines ne permettent pas au condamné de saisir pleinement le sens de sa punition.

Néanmoins, certaines voix dans la doctrine nuancent quelque peu cette affirmation selon laquelle les courtes peines d'emprisonnement sont criminogènes, comme le professeur Martine HERZOG-EVANS selon laquelle ces peines sont bien criminogènes mais «*[...] ce qui est criminogène est aussi le type de délinquance auquel se rattache ce type de peine, délinquance par nature fortement réitérante (liée à la consommation de drogue, d'alcool, atteintes aux biens...)*»¹²⁷.

A la lecture du rapport annexe au projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice publié le 20 avril 2018, au sujet de l'amélioration souhaitée de l'efficacité et de l'effectivité de la peine, on peut lire qu'aujourd'hui environ 90 000 des peines prononcées sont des courtes peines d'emprisonnement inférieures à six mois, et 10 000 d'entre elles sont d'une durée inférieure ou égale à un mois. Ce projet de loi souhaite ainsi que les peines d'emprisonnement ferme d'une durée d'un mois soient purement prohibées comme cela peut se faire dans certains pays comme l'Allemagne¹²⁸.

Les procédures cherchant à éviter à tout prix le prononcé de courtes peines d'emprisonnement fermes ont ainsi été nombreuses. Dès lors, nous ne pourrions revenir sur chacun des dispositifs mis en œuvre, d'autant que ceux-ci traduisent une complexité et une inintelligibilité du droit de

126 J. Pradel, «Quelques observations sur la courte peine d'emprisonnement en droit français», *RPDP*, 2007, n° 2, p. 296.

127 M. Herzog-Evans, «Nouveaux enjeux dans l'application des peines», *AJ Pénal*, 2011, pp. 177-181.

128 «Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice – Rapport annexe», 20 avril 2018, p. 19.

l'application des peines.

Ont ainsi été promus depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II, les aménagements de peine et les alternatives à l'emprisonnement.

Les articles 474 et 723-15 du Code de procédure pénale ont ainsi vu le jour et concernent les condamnés non-encore incarcérés et qui tendent à «*lutter contre les effets criminogènes des courtes peines d'emprisonnement*»¹²⁹ par l'action du JAP.

De même, le législateur a souhaité éviter l'emprisonnement ferme à tout prix.

Comme nous avons pu le voir avec l'évolution de l'exigence de motivation pour les juges, une motivation spéciale était exigée en matière correctionnelle pour le juge qui prononçait une peine d'emprisonnement sans sursis, conformément à la lettre de l'article 132-19 du Code pénal. Plus tard, par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, l'article 132-24 avait été modifié et affirmait le caractère *ultima ratio* de la peine d'emprisonnement ferme.

L'article 132-19 est également le socle de la systématisation des aménagements de peine puisqu'il prévoit les aménagements *ab initio*, décidés par la juridiction de jugement et non le JAP, et qui sont obligatoires en cas de prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, sauf motivation spéciale.

En outre, la peine de contrainte pénale prévue par la loi n°2014-896 du 15 août 2014, malgré sa difficile mise en œuvre¹³⁰, devait se substituer aux peines d'emprisonnement ferme, et notamment les courtes peines privatives de liberté. Nous savons aujourd'hui qu'elle est très rarement prononcée.

Se pose également le problème de l'effectivité des courtes peines privatives de liberté, effectivité qui est de la charge du Ministère public conformément à l'article 707 du Code de procédure pénale.

Un grand nombre de courtes peines privatives de liberté échappent ainsi à leur exécution ou sont mises en œuvre tardivement, le sens de la peine étant alors complètement effacé dans l'esprit du condamné qui a pu se détourner depuis de la voie délinquante.

La liste des procédures et dispositifs mis en place par le législateur et les acteurs du système

129 M. Herzog-Evans, «Les articles 474 et 723-15 ou le sens retrouvé des courtes peines d'emprisonnement. Plaidoyer pour un artisanat judiciaire», *AJ pénal*, 2008, p. 274.

130 J. Pradel, «La peine de probation (ou de contrainte pénale) sœur jumelle et inutile du sursis probatoire?», *RPDP*, 2013, n° 3, p. 517.

répressif pourra être allongée mais le constat reste pourtant le même: malgré tout cela, les juridictions continuent de condamner les délinquants à des courtes peines d'emprisonnement fermes. Si nous ne pouvons reprocher au législateur d'essayer d'inverser cette machine infernale qui s'était fixée comme objectif d'emprisonner à outrance, il faut toutefois reconnaître qu'il est complexe pour les magistrats de se détourner de la peine d'emprisonnement, le Code pénal lui-même les incitant constamment à la prononcer. Il suffit de l'ouvrir et de lire certaines infractions pour réaliser que notre système répressif donne une place prépondérante à la peine privative de liberté.

La problématique que posent les courtes peines privatives de liberté et l'impasse dans lequel le système répressif et ses acteurs se trouvent aujourd'hui peuvent être résumées en ces mots: *«S'il peut être soutenu que les courtes peines d'emprisonnement sont néfastes dans la mesure où leur exécution emporte plus d'inconvénients que d'avantages, je n'y vois pas une raison suffisante pour les supprimer; j'y vois, par contre, une raison suffisante pour ne pas les exécuter»*¹³¹.

Malheureusement, la problématique posée par les courtes peines privatives de liberté est bien plus complexe que cela et se poursuit par le problème des sorties sèches car celles-ci interviennent généralement pour des personnes justement condamnées à des courtes peines privatives de liberté.

B. Les «sorties sèches»: un retour brutal dans la société

*«La prison, elle vous prépare à l'incarcération. A l'entrée de la maison d'arrêt, ils devraient mettre un écriteau: «A bientôt!». Moi j'ai plus de facilité à être ici que dehors»*¹³². Cette déclaration, dont la formule peut prêter à sourire, a été prononcée par un détenu quinquagénaire, condamné à sept reprises pour des faits de vols avec violence. Cela illustre à merveille ce sentiment répandu chez les multi-récidivistes pour qui la prison est devenue leur maison, au point que la liberté les effraie davantage que l'enfermement.

Sans aucun doute, les sorties sèches ont un effet indésirable sur les personnes détenues et doivent être évitées à tout prix pour leur permettre de se reconstruire une fois leur liberté de nouveau acquise. Car il est un fait avéré que les sorties de prison sans aménagements ou accompagnements

131 L. Giet, «La prison, cette redoutable inconnue», *RDPC*, 1987, pp. 12-13.

132 D. Fassin, *L'ombre du monde: une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Editions Points, 2017, p. 499.

propulsent de manière brutale les ex-détenus dans la société, empêchant leur réadaptation et favorisant une nouvelle chute dans la délinquance.

Ainsi, dans le rapport au Parlement sur la problématique de la surpopulation carcérale présenté par l'ancien Garde des sceaux Jean-Jacques URVOAS en septembre 2016, on pouvait lire que *«les risques de condamnations pour des personnes libérées sans avoir bénéficié d'aucun aménagement de peine restent 1,6 fois plus élevés que ceux des bénéficiaires d'un tel aménagement»*¹³³.

Comment s'explique alors le grand nombre de sorties sèches?

La surpopulation carcérale constitue le première obstacle à la mise en œuvre de dispositifs et suivis à destinations des individus condamnés à de courtes peines privatives liberté. Ainsi, face à un nombre exponentiel de condamnés et un rythme de travail effréné, les Services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) ne sont plus en capacité de prendre en charge tous les condamnés, d'autant plus si leur séjour en prison est de courte durée. Pour autant, les sorties sèches sont également problématiques concernant les longues peines d'incarcération.

Dès lors, il n'est pas possible pour eux de construire avec chaque condamné une relation propice à l'accompagnement, à l'évaluation individuelle et à la mise en place d'un projet de réinsertion professionnelle, familiale ou sociale.

«En 2013, 97% des personnes condamnées à une peine inférieure à six mois n'ont pu obtenir d'aménagement de peine, par manque de disponibilité des personnels d'insertion et de probation» poursuit ainsi le rapport annexe au projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice publié le 20 avril 2018¹³⁴.

Aussi, le législateur de 2014 a mis en place une procédure d'examen automatique des dossiers des condamnés, sous certaines conditions, afin d'aménager leur fin de peine. Il s'agit de la libération sous contrainte prévue à l'article 720 du Code de procédure pénale qui vient donc remplacer les anciennes procédures d'aménagements de peine, la procédure simplifiée d'aménagement de peine (PSAP) et la surveillance électronique de fin de peine (SEFIP), cette dernière n'étant toutefois pas par nature une modalité d'aménagement de peine.

La libération pour contrainte a au moins pour mérite de replacer le JAP dans sa fonction d'artisan de

133 J-J. Urvoas, «En finir avec la surpopulation carcérale», Rapport au Parlement sur l'encellulement individuel, Paris, *La Documentation française*, 2016, p. 47.

134 J-J. Urvoas, «En finir avec la surpopulation carcérale», Rapport au Parlement sur l'encellulement individuel, Paris, *La Documentation française*, 2016, p. 48.

l'individualisation de la peine, ce que les deux anciennes procédures simplifiées ne permettaient pas totalement, étant donné que la saisine du JAP était conditionnée à l'avis du Ministère public.

Tout ceci a nécessairement un impact néfaste sur la pénalité et, à défaut de lui retirer totalement son sens aux yeux des condamnés, ces éléments participent sans aucun doute à la déformer, à créer un sens qui ne reflète que les pratiques faites de la pénalité, bien que ce soit celles-ci qui importent réellement. De même, il est aisé, notamment pour un condamné qui a souvent tendance à se placer en victime d'un système judiciaire injuste, de ne retenir que les points négatifs de la peine qui lui a été infligée. L'effet potentiellement criminogène de la peine de prison est souvent utilisé comme argument par les condamnés lors des audiences avec le JAP afin d'obtenir des aménagements de peine¹³⁵.

Néanmoins, d'autres éléments, s'attachant notamment aux temps de «*la vie*» de la peine, tiraillent fortement la peine. Celle-ci peut ainsi perdre en certitude et en crédibilité, étant donné que l'écart entre la peine prononcée et la peine exécutée tend à s'élargir d'années en années.

Section 2. Les distorsions de la pénalité: peine prononcée et peine exécutée

L'appréhension du sens de la peine pour le condamné doit également porter sur les deux moments fondamentaux de la peine que sont le temps de son prononcé et le temps de son exécution.

Ces deux visages de la peine, pris individuellement, présentent des particularités propres et le sens de la peine prononcée n'est sans doute pas celui de la peine exécutée.

La peine prononcée revêt une apparence essentielle puisqu'à travers la parole du juge et la théâtralité du procès pénal, elle a une valeur hautement symbolique. Elle représente à la fois la peine encourue et la peine prononcée. Elle devrait ainsi être porteuse de sens pour le condamné, mais à la condition qu'il y ait une certaine continuité entre la peine prononcée et la peine exécutée (§ 1).

Or, au regard des changements de paradigmes, plus ou moins légitimes, que connaît notre système répressif, celui-ci tendant à investir le champ de l'exécution de la peine, il est inévitable que la peine exécutée s'éloigne de la peine prononcée et devienne le véritable socle du sens de la peine (§ 2).

135 D. Fassin, *L'ombre du monde: une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Editions Points, 2017, p. 171.

§ 1. La valeur symbolique de la peine prononcée

Il s'agit ici de s'intéresser au rôle symbolique que joue la peine prononcée, à travers la parole du juge lors du procès, en ce qu'elle déclare la culpabilité et donc la peine. Il s'agit aussi d'affirmer la nécessité de l'exécution de la peine prononcée, exécution qui doit être proche dans le temps et l'espace.

Ce caractère ô combien important de la peine prononcée, qui découle du procès pénal, est essentiellement symbolique.

Il s'agit ainsi, d'après le professeur Michel VAN DE KERCHOVE, «*d'un rôle de renforcement symbolique*» qui concerne notamment la pièce de théâtre moral que constitue le procès pénal et dans lequel la peine est prononcée¹³⁶. La peine prononcée serait ainsi «*de l'ordre des symboles, des valeurs, des croyances et des principes que les sociétés ont en partage, et de la hiérarchie qui doit régner entre eux. Son terrain d'opération est d'abord le théâtre judiciaire et son arme principale la parole: jurisdiction*»¹³⁷.

Certes, ce rôle symbolique n'a pas une influence sur l'auteur de l'infraction exclusivement puisqu'il concerne globalement le triptyque classique de la peine incarné par l'auteur de l'infraction, la société et la victime. Néanmoins, même si la justice est rendue au nom du peuple français, elle est avant tout adressée à l'auteur de l'infraction et c'est avant tout pour lui, ou même exclusivement pour lui, qu'elle devrait avoir du sens.

Un haut magistrat a ainsi pu affirmer avec justesse cette idée: «*le prononcé de la peine emporte, quant à lui, une valeur symbolique non-négligeable [...] ; le prononcé de la peine révèle ainsi, de manière conventionnelle, la gravité du fait et plus encore le danger que représente pour la société l'auteur condamné. Dans cette mesure, le prononcé de la peine peut rassurer le grand public sur le châtiment qu'il est en droit d'attendre pour se sentir protégé; dans cette mesure, la peine prononcée peut éduquer la conscience publique en soulignant l'importance de la norme transgressée [...] ; toute peine prononcée, quelle qu'elle soit, emporte nécessairement un effet du seul fait de son prononcé et indépendamment de son exécution*»¹³⁸.

136 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 276.

137 A. Chauvenet et F. Orlic, «Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison», in *Deviance et société*, 2002, p. 446.

138 F. Close, «Requérir la peine privative de liberté et son exécution», in *La durée et l'exécution des peines – Rapports de la journée du 22 avril 1988*, Liège, Conférence du Jeune Barreau de Liège, p. 33.

A cet égard, cette force symbolique de la peine prononcée est à mettre en corrélation avec la fonction rétributive de la peine, notamment parce que cette fonction crée également un certain lien symbolique et moral entre l'infraction commise et la peine, qui doit être proportionnée et aussi grave que le mal commis par l'infracteur. La peine prononcée permet ainsi de sanctionner la violation du contrat social qui engage chaque membre de la société, notamment en réaffirmant l'autorité de la loi et les valeurs sociales défendues. «*La valeur expressive de la loi pénale est essentielle*»¹³⁹ et cette expression est la peine prononcée.

En outre, le procès pénal, par son caractère solennel et théâtral, est le support irremplaçable de la peine prononcée. Sa dimension pédagogique incarnée par le président du tribunal ne fait aucun doute. Il est peut être l'un des rares lieux de l'institution judiciaire où le poids de la loi et des institutions pèsent lourdement sur la personne du condamné. Denis SALAS parle ainsi de «*moment singulier du procès*»¹⁴⁰.

De même, le fait pour un prévenu ou un accusé d'être directement confronté à sa victime ou sa famille mène sans aucun doute à la réflexion et à la recherche du sens de son acte et donc de la peine prononcée. Le temps des remords peut alors être salvateur.

Il ne faut toutefois pas tomber dans la généralité puisque des réactions complètement inverses peuvent naître dans l'esprit des condamnés et les conforter ou les enfoncer dans une opposition totale avec l'Etat, la justice ou pire la société. Le comportement insolent ou inadmissible de certains individus lors des audiences l'illustre aisément.

Les différents propos que nous tenons peuvent sembler contradictoires puisqu'ils semblent rejoindre l'idée selon laquelle la peine prononcée a des fonctions différentes de celles de la peine exécutée.

En effet, nous avons pu aborder cela dans des développements antérieurs et nous avons largement adhéré à l'argument du professeur Emmanuel DREYER selon lequel «*la peine ne remplit aucune des fonctions qui lui sont attribuées au stade de son prononcé si elles ne se vérifient pas au stade de l'exécution*»¹⁴¹.

Or, il s'agissait ici de s'opposer à l'idée de plus en plus répandue selon laquelle la peine prononcée et

139 M. Massé, J-P. Jean et A. Giudicelli (sous la direction de), *Un droit pénal postmoderne? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 273.

140 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 209.

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

la peine exécutée se «*partageaient*», en quelque sorte, les fonctions et finalités que la pensée pénale moderne a pu reconnaître à la peine dans le temps et que le législateur a notamment pu consacrer à l'article 130-1 du Code pénal.

Cette force symbolique que nous reconnaissons au prononcé de la peine serait exclusivement l'émanation de la *parole* du prononcé et du *lieu* de son prononcé qu'est le procès.

De même, il ne s'agit pas de séparer la peine prononcée et la peine exécutée dans le rôle respectif qu'elles pourraient jouer puisque cette force symbolique de la peine prononcée ne peut «*survivre*» si celle-ci n'est pas matériellement mise en œuvre lors de son exécution.

Ce modèle suppose ainsi «*une continuité sans faille entre le prononcé des peines et leur exécution matérielle, soulignant à la fois l'importance de l'acte de parole inhérent au jugement, mais aussi l'exigence indissociable de sa matérialisation qui, par sa publicité ainsi que sa proximité dans le temps et dans l'espace, donne à la peine une visibilité indispensable à son efficacité*»¹⁴².

Il s'agit ainsi de la question de la certitude des peines. Cette certitude de la peine n'est permise que par son exécution à la suite du prononcée judiciaire.

Le juriste Daniel JOUSSE affirme ainsi la nécessité de l'exécution de la peine prononcée dans les termes suivants: «*Lorsque le jugement a été rendu, il est nécessaire qu'il soit exécuté. [...] Ces voies, qu'on appelle exécution, se font ou sur la personne, ou sur les biens du condamné; et elles sont absolument nécessaires pour que le jugement puisse avoir son effet; autrement il serait illusoire*»¹⁴³.

Quelle serait la valeur donnée à la parole du juge si la peine qu'il prononce n'est pas la peine exécutée?

Certes, aujourd'hui, en France, la juridiction de jugement doit prononcer elle-même des aménagements de peine dits *ab initio* et si elle ne le fait pas, elle doit le motiver spécialement et ce sera le JAP, saisi par le Ministère public, qui procédera à ces aménagements dans le cadre de l'article 723-15 du Code de procédure pénale. Cela n'est pas réellement problématique puisque ces aménagements ont lieu avant l'exécution de la peine alors que les aménagements post-sentenciels, c'est-à-dire au cours de l'exécution de la peine, creuseront davantage l'écart entre la peine initialement prononcée, ayant fait l'objet d'aménagements avant son exécution, et la peine

142 M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir: essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 330 p.

143 D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, t. I, Paris, Debure, 1771, p. 28.

réellement exécutée.

En vérité, ce qui ne permet pas une concordance entre la peine prononcée et la peine exécutée est son défaut d'effectivité, qu'il s'agisse de son inexécution pure et simple par acquisition de la prescription ou qu'il s'agisse d'un retard conséquent dans son exécution. Dans cette seconde hypothèse, la perte de sens de la peine prononcée est flagrante pour le condamné puisque celui-ci a pu trouver une certaine stabilité sociale qui va être bouleversée par une peine dont il n'a plus réellement besoin.

L'article 707 du Code de procédure pénale prévoit pourtant que la sanction prononcée doit être mise à exécution par le Ministère public «*de façon effective et dans les meilleurs délais*», sans pour autant qu'une limite temporelle soit prévue, si ce n'est la prescription de l'exécution de la peine qui traduit finalement «*la carence des autorités publiques chargées de l'exécution des condamnations*»¹⁴⁴.

L'article 707 renvoie donc simplement aux notions de délai raisonnable et de célérité de la justice.

Ce caractère nécessairement certain de la peine fait également écho à la pensée beccarienne puisque l'intimidation de la peine est sous-tendue à son exécution véritable. Une peine qui n'est pas exécutée n'intimide pas et dès lors n'est pas exemplaire. Là d'ailleurs se justifiait l'exécution publique de certaines peines, notamment la peine de mort sous l'Ancien régime. Toutefois, cela est sans doute moins vrai aujourd'hui car il semble que la logique se soit inversée: le prononcé est public tandis que l'exécution est peu visible et silencieuse. Paradoxalement, le sens de la peine pour le condamné aujourd'hui a investi le temps de l'exécution de la peine, au détriment du temps du prononcé de la peine.

S'il est incontestable que la distance séparant la peine prononcée et la peine exécutée affecte profondément le sens que le condamné pourrait lui donner, il apparaît inconcevable aujourd'hui que la peine exécutée soit identique à la peine prononcée.

Cela peut être regrettable car le sens de la peine pour le condamné est alors fragmenté par les contradictions provoquées par la dissociation de la peine prononcée et de la peine exécutée mais cet écart entre la peine prononcée et la peine exécutée est inévitable.

Toutefois, les différentes logiques le justifiant peuvent être contradictoires. Si certaines justifications ne sont pas contestables et peuvent à différents égards tendre vers un sens perceptible

144 C. Tzutzuiano, *L'effectivité de la sanction pénale*, Thèse en droit, Université de Toulon, 2015, p. 89.

et satisfaisant de la peine, d'autres le sont beaucoup moins et doivent être combattues.

§ 2. L'inéluctable disjonction de la peine exécutée

L'évolution de notre système répressif depuis plusieurs décennies fait que la discontinuité entre la peine prononcée et la peine exécutée ne peut plus être évitée.

A notre sens, la peine prononcée a une valeur symbolique que la peine exécutée ne pourra jamais véritablement avoir. Toutefois, le champ de l'exécution de la peine a été investi et élargi par le législateur et il semble être le nouveau terreau du sens de la peine pour le condamné. Ainsi, la peine exécutée change et s'écarte de la peine prononcée parce que celle-ci doit être adaptée à la personne du condamné, et cette logique semble atteindre son paroxysme avec la loi n°2014-896 du 15 août 2014.

Même si cette logique est légitime, on peut, comme le professeur Hélène DANTRAS-BIOY, se poser cette question: *«Cet écart est-il le signe d'une perte de sens et de cohérence de la peine? Ou bien, au contraire, les mesures d'individualisation, offertes par le droit de l'application des peines, permettent-elles de partir efficacement à la recherche du véritable sens de la peine?»*¹⁴⁵.

Nous allons donc nous intéresser à certaines raisons parfaitement légitimes tendant à la nécessité d'individualiser la peine exécutée pour permettre la réinsertion du condamné (**A**).

Cependant, il apparaît que cette prépondérance de l'individualisation de la peine soit en partie un leurre qui cache une politique pénale toujours répressive et ayant adopté une certaine logique comptable, la distance séparant la peine prononcée de la peine exécutée étant ainsi la preuve de l'échec d'un système judiciaire essoufflé (**B**).

145 H. Dantras-Bioy, «L'application des peines: à la recherche du sens de la peine prononcée», *Droit pénal.*, 2015, n° 9, dossier 11.

A. Une logique manifeste d'individualisation de la peine

Depuis sa judiciarisation et sa juridictionnalisation opérées notamment par les lois n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le temps de l'exécution de la peine a une portée considérable dans le système répressif et donc pour le sens de la peine.

Le sens de la peine semble donc se détacher de la peine prononcée. Il s'agit ici d'affirmer l'idée selon laquelle *«la peine qui a été prononcée une fois pour toutes par le pouvoir judiciaire doit être nécessairement aménagée en cours d'exécution, tant il est vrai que l'effet utile attendu de la sanction va notamment se modifier; le souci de répression s'estompe naturellement au fil du temps et fait progressivement place à un réel souci de traitement visant à faciliter au mieux la réinsertion sociale du condamné. Ainsi s'avère t-il opportun que la peine puisse être en quelque sorte modifiée et exécutée différemment qu'elle n'avait été initialement prévue»*¹⁴⁶.

Une peine, pour avoir du sens, doit être adaptée à la personne même du condamné. On retrouve ici toutes les vertus mises en avant par la Défense sociale nouvelle d'ANCEL, comme nous avons pu le soulever en des développements antérieurs.

Dans la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales le législateur fait réellement du principe d'individualisation la clé de voûte de la réforme pénale. Ainsi, le professeur PRADEL, dans son commentaire de cette loi, parle de *«sublimation du principe d'individualisation»*¹⁴⁷.

Ce principe indispensable a donc une portée bienveillante pour les condamnés et on peut se féliciter de la force qu'il a acquise au fil des années.

Certes, ce principe ne s'applique pas qu'au stade de l'exécution de la peine mais également au stade de son prononcé. Ainsi, l'article 132-1 du Code pénal se substitue à l'article 132-24 et affirme en son alinéa 2 que *«toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée»*. Ainsi, à vu le jour une procédure d'ajournement du procès pénal aux articles 132-70-1 et 132-70-2 du Code pénal

146 F. Close, «Requérir la peine privative de liberté et son exécution», in *La durée et l'exécution des peines – Rapports de la journée du 22 avril 1988*, Liège, Conférence du Jeune Barreau de Liège, p. 34.

147 J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-8896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, p. 1643.

intitulée «*ajournement aux fins d'investigations sur la personnalité ou la situation matérielle, familiale et sociale*». Comme le déclare le professeur ROBERT, cette mesure est la traduction de la césure pénale souhaitée par Marc ANCEL, séparant la déclaration de culpabilité et le choix de la peine¹⁴⁸.

Néanmoins, cette procédure peut être problématique à certains égards.

«La réalité est cependant moins souriante car la césure retarde le cours de la justice en obligeant les juges à traiter un dossier deux fois et peut même faire apparaître des dérives: on pourrait imaginer sans peine qu'en cas de comparution immédiate d'un prévenu un samedi matin, des juges profitent de quelques insuffisances dans le dossier de personnalité pour décider un renvoi... N'oublions pas non plus le coût des investigations. On approuvera malgré tout cette nouvelle forme d'ajournement que de toute façon les juges utiliseront assez peu» résume ainsi le professeur PRADEL les difficultés que peut engendrer l'ajournement aux fins d'investigations criminologiques¹⁴⁹.

Quant au stade de l'exécution de la peine, l'article 707 du Code de procédure pénale affirme toujours les principes du régime de la peine et énonce que *«ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières»*. L'individualisation de la peine au stade de son exécution se traduit ainsi par un meilleur suivi des condamnés.

Le principe d'individualisation est donc le principe mais également l'outil utilisé par le législateur pour permettre de faire jouer à la peine sa fonction prioritaire qu'est l'insertion ou la réinsertion du condamné, et ce par un meilleur suivi des condamnés.

Cette loi a donc supprimé certains dispositifs qui apparaissaient comme des obstacles à l'individualisation de la peine exécutée par le condamné, comme les peines planchers qui ne laissaient pas suffisamment de latitude à la juridiction de jugement pour adapter la peine à la personnalité du condamné, ou encore la suppression de l'automatisme de la révocation du sursis avec mise à l'épreuve (SME) en cas de nouvelle condamnation.

Cette loi a également fait de la probation une peine autonome avec l'introduction de la contrainte

148 J-H. Robert, «Réforme pénale - Punir dehors - Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014», *Droit pénal.*, 2014, Etude 16.

149 J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-8896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, p. 1645.

pénale à l'article 131-4-1 du Code pénal. Elle était applicable aux délits punis d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans seulement. Or, depuis le 1er janvier 2017, celle-ci a vocation à s'appliquer à tous les délits.

Au stade de l'exécution de la peine, la loi du 15 août 2014 développe donc des peines et mesures d'exécutions subies en milieu ouvert et multiplie les mécanismes procéduraux d'évitement, d'aménagement ou de raccourcissement de la privation de liberté, notamment avec la procédure de la libération sous contrainte.

De même, l'actuel chantier de la justice sur le sens et l'efficacité de la peine mis en œuvre par notre Garde des sceaux contient des mesures qui confortent l'idée selon laquelle l'individualisation va être encore renforcée.

On peut ainsi lire, parmi les différentes propositions du rapport présenté à la Chancellerie par le magistrat Bruno COTTE et l'avocate Julia MINKOWSKI, que pour les peines d'emprisonnement inférieures ou égales à cinq ans, la libération sous contrainte devra être prononcée d'office, sauf avis contraire du JAP, une fois les deux tiers de la peine réalisés¹⁵⁰.

Cette proposition interroge. Serait-ce là le signe d'une individualisation excessive? On peut légitimement s'en inquiéter.

Alors que la répression se fait plus dure dans un climat sécuritaire exacerbé, la système pénal remplit les prisons d'une main et cherche à les vider d'un autre. La bienveillance de l'individualisation serait en grande partie d'apparence...

Dès lors, on comprend aisément que derrière cette logique d'individualisation que le législateur promeut depuis plusieurs décennies, qui reste indispensable et effective à bien des égards, se cache une toute autre logique, de comptabilité et d'efficience.

150 B. Cotte et J. Monkowski, «Chantiers de la justice: Sens et efficacité des peines», Paris, *La Documentation française*, 2018, p. 14.

B. Une logique latente de résultats

Derrière ce que certains auteurs ont pu appeler «*un angélisme de façade*» au sujet de la loi du 15 août 2014¹⁵¹, il semblerait que l'individualisation de la peine soit aussi utilisée comme un prétexte pour désengorger les prisons. Or, alors que l'on cherche à vider les prisons, des lois pénales de plus en plus sécuritaires et répressives tendent à les remplir.

La situation du système pénitentiaire français est donc paradoxale. En effet, «*la politique pénale à court terme dans laquelle le législateur s'est engagé depuis quelques années ne cesse d'alimenter d'un côté un système, que de l'autre l'on tente de vider à coup d'injonctions en sens contraire. Le constat est celui d'un système qui tourne à vide*», affirme ainsi le professeur Muriel GIACOPELLI¹⁵².

L'entrée en vigueur de la contrainte pénale à la suite de loi du 15 août 2014 ne semble pas pouvoir inverser significativement la tendance et il faut se méfier de l'automatisme des aménagements de peine qui, affublés d'une intention de resocialisation des condamnés, servent en vérité à vider les prisons de leurs occupants.

On retrouve aussi ce constat dans l'étude d'impact du projet de loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales au sujet des aménagements des peines d'emprisonnement pour les condamnés non incarcérés. Il est dit que «*cette évolution, qui n'était pas véritablement demandée par les praticiens, apparaît toutefois avoir été essentiellement pensée dans une logique purement comptable de régulation des flux pénitentiaires, sans réflexion sur le sens de la peine de prison, dans l'unique fin de tenter de contrebalancer les effets de l'introduction des peines planchers par la loi du 10 août 2007 et de leurs conséquences en matière de surpopulation carcérale*»¹⁵³.

Il faut bien entendu se réjouir de la suppression des peines planchers qui, en plus de restreindre le pouvoir discrétionnaire du juge au moment du prononcé de la peine, ont grandement permis l'état de surpopulation carcérale que connaissent nos prisons aujourd'hui. Néanmoins, certains nuançaient l'effet néfaste des peines planchers et y voyaient «*un avertissement aux candidats à la récidive et à une criminalité violente*», qui avait également «*l'avantage de ne pas mettre sur le même plan le*

151 M. Herzog-Evans, «Loi Taubira: derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu», *AJ pénal*, 2014, pp. 456-460.

152 M. Giacomelli, «Approche critique de la courte peine d'emprisonnement», *Droit pénal.*, 2014, n° 2, pp. 14-20.

153 «Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines: Étude d'impact», 7 octobre 2013, p. 36.

primaire et le récidiviste»¹⁵⁴.

Quoi qu'il en soit, la loi du 15 août 2014 se donne vraiment pour objectif de réduire la population carcérale, soit en favorisant le prononcé de peines alternatives à l'emprisonnement, soit en favorisant la mise en œuvre de peines en milieu ouvert.

C'est notamment dans cette optique qu'a été créée la contrainte pénale dont nous avons pu aborder la confusion avec le SME et sa très faible application. Il faut ainsi se féliciter qu'ait été proposée, dans le cadre de la réforme de la justice à venir, la fusion de ces deux dispositifs¹⁵⁵.

Néanmoins, bien que la loi du 15 août 2014 donne un caractère *ultima ratio* à la peine privative de liberté, celle-ci, malgré son échec flagrant en matière de réinsertion, tant au niveau des effets qu'elle a sur les condamnés, que sur le manque de moyens matériels, humains et financiers mis en œuvre pour s'assurer de son efficacité, constitue toujours aujourd'hui la peine de référence.

Il pourra ainsi être reproché aux juges de ne pas incarner ce renouveau de la pénalité, en ne prononçant pas ou peu de contrainte pénale par exemple. Toutefois, la faute n'est pas uniquement celle des magistrats dont certains sont persuadés à tort de l'utilité pédagogique de l'emprisonnement ferme, mais aussi d'une «*justice de l'urgence*» qui s'incarne dans des procédures simplifiées et accélérées comme le traitement en temps réel des procédures pénales (TTR) permettant de juger rapidement un individu. L'urgence d'un jugement, pour un délit ordinaire, mène souvent à la solution la plus simple, une peine sévère, souvent un emprisonnement ferme¹⁵⁶.

Face à cela, les législateurs successifs se complaisent dans des dispositifs qualifiés de changements culturels et de ruptures dans le champ de la pénalité, sans pour autant vouloir réaliser que l'administration pénitentiaire française, n'a pas les moyens humains et financiers de permettre ce changement de paradigme. «*Nous n'avons pas les moyens de nos ambitions, faute d'un personnel en trop petit nombre*» reconnaît ainsi le professeur Jean PRADEL¹⁵⁷. «*Il faudra des personnels supplémentaires suffisamment formés et une politique pénale innovante pour que sa crédibilité ne*

154 J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-8896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, p. 1645.

155 B. Cotte et J. Monkowski, «Chantiers de la justice: Sens et efficacité des peines», Paris, *La Documentation française*, 2018, p. 12.

156 D. Fassin, *L'ombre du monde: une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Editions Points, 2017, p. 100.

157 J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-8896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, p. 1649.

s'épuise pas» écrivait Denis SALAS dans son commentaire du projet de loi¹⁵⁸. Il semble en effet que, les actes ne suivant pas la parole, le changement souhaité par cette loi ne se concrétise pas dans les pratiques.

De même, il peut être reproché à cette loi et peut être celles à venir d'appliquer ce principe d'individualisation, aussi indispensable soit-il, sans aucune limite, dans une certaine logique d'automatisme. C'est l'effet pervers du manque de ressources humaines et financières de nos institutions.

Le professeur Jean PRADEL avait rappelé qu'une application sans limite, privilégiant la personne à l'acte laisserait encourir un risque important d'inégalités et donc d'injustice entre les auteurs d'une même infraction¹⁵⁹.

De même, comme l'indiquait le professeur DREYER, le droit de la peine deviendrait ainsi davantage «*un droit du délinquant qu'un droit de l'acte*»¹⁶⁰.

La proposition de la réforme de la justice à venir dont nous avons parlé antérieurement et qui prévoit de rendre automatique la libération sous contrainte dès lors que les deux tiers de la peine ont été effectués, sauf avis contraire du JAP, inquiète sur l'avenir de l'individualisation¹⁶¹.

Celle-ci pourrait rapidement se transformer en une «*usine à gaz*» et rendre désuets les autres aménagements de peine se fondant sur une appréciation du comportement du condamné durant sa peine.

Alors que ces derniers sont attribués aux condamnés jugés les plus «*méritants*», ceux qui auraient pu saisir le sens de leur peine et rendre utile le temps de leur exécution, voilà qu'il est proposé de rendre automatique, sans appréciation véritable du condamné et de son comportement, les aménagements de peine.

Bien entendu, certains pourraient nous contredire et rappeler qu'il est donné au JAP la possibilité de soumettre son avis contraire et ainsi s'opposer à la mise en œuvre automatique et obligatoire de la libération sous contrainte. Mais peut-on réellement croire, dans les conditions dans lesquelles

158 D. Salas, «Contre le populisme sécuritaire, une réforme pénale nécessaire», *Esprit*, 2014, n° 406, p. 16.

159 J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-8896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, p. 1644.

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

161 B. Cotte et J. Monkowski, «Chantiers de la justice: Sens et efficacité des peines», Paris, *La Documentation française*, 2018, p. 14.

travaillent les JAP aujourd'hui, que ces derniers pourront effectivement se prononcer avec justesse à ce sujet et s'y opposer fréquemment? Le risque ne serait-il pas que, devant une quantité innombrable de dossiers à traiter, les JAP préfèrent, même de façon épisodique, rester silencieux?

La réalité aujourd'hui est déjà inquiétante. Les audiences de cabinet dans le cadre de la procédure de l'article 723-15 du Code pénal ressemblent à certains égards à une place de marché où le condamné souhaite négocier l'aménagement de peine le plus arrangeant et le moins coercitif pour lui.

Aussi, nous ne pouvons croire que c'est cela que de donner du sens à la peine, une peine aménagée devant être uniquement le fruit d'un investissement autonome du condamné. Dans le cas contraire, nous aurions ainsi des condamnés, conscient de leur propre impunité, qui railleraient, avec raison, notre système pénal pour ses contradictions.

Un tel système serait également contraire à la finalité même de protection de la société portée par l'article 130-1 du Code pénal car rendre aussi facilement la liberté à de tels individus, même si les mesures en milieu ouvert restent coercitives, peut présenter un risque de récidive.

D'autres difficultés pourraient ici être mises en lumière mais, en vérité, la réelle problématique qui se pose aujourd'hui tient à l'effectivité même de notre pénalité. C'est cette question essentielle qui rend difficile la recherche de sens de la peine pour le condamné.

Le professeur Muriel GIACOPELLI affirmait ainsi que «[...] *Il ne suffit pas de prononcer des peines, encore faut-il les exécuter pour éviter le cas échéant que les condamnés aient un sentiment d'impunité ou que le retard dans la mise à exécution fasse perdre tout sens à la peine privative de liberté*»¹⁶².

Aujourd'hui, nombre de condamnés à une peine d'emprisonnement ne l'effectuent pas ou de manière très tardive. «*On a l'impression, quand on les enferme, qu'on commet une injustice. Certes, on doit punir, mais après plusieurs années, cela n'a plus de sens. On va chercher un gars pour une petite peine qui date de Mathusalem! Entre-temps, il a refait sa vie, il a tourné la page. Quand il voit ça, il a la haine. Pour lui, c'est une justice inique qui vient le chercher*» déclarait ainsi un directeur de maison d'arrêt, s'indignant contre l'inexécution des peines mise en œuvre à partir de 2009¹⁶³.

Dans certains cas, cette insuffisance judiciaire peut avoir des conséquences plus graves.

Dans son enquête en maison d'arrêt, Didier FASSIN relate ainsi le suicide inattendu d'un détenu: «*Personne n'avait anticipé son geste. Il n'avait pas été repéré comme à risque lors des entretiens*

162 M. Giacopelli, «Approche critique de la courte peine d'emprisonnement», *Droit pénal.*, 2014, n° 2, p. 14.

163 D. Fassin, *L'ombre du monde: une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Editions Points, 2017, p. 107.

initiaux ou pendant son séjour. Son acte était d'autant moins compréhensible qu'il était sur le point d'être libéré. On apprit cependant un peu plus tard que quelques jours avant la date prévue pour sa sortie, deux anciennes peines lui avaient été notifiées: l'une de trois mois, pour une condamnation intervenue deux ans plus tôt, l'autre de huit mois, résultant d'un procès qui s'était déroulé cinq années auparavant»¹⁶⁴.

Bien heureusement, ce genre d'événement tragique reste marginal, bien que les chiffres des détenus se suicidant aujourd'hui en prison soient de plus en plus alarmants.

En outre, l'effectivité est souvent confondue avec l'efficacité, sauf qu'il ne peut y avoir efficacité sans effectivité. Le Président de la République Emmanuel MACRON, lorsqu'il était encore candidat à l'élection présidentielle, avait ainsi asséné que toute peine prononcée devait être exécutée. Ainsi, cette pensée devait-elle s'inscrire profondément dans les propositions faites dans le cadre des chantiers actuels de la justice. Mais il n'en est rien et les lois à venir semblent poursuivre cette logique comptable et confuse.

Comme certains commentateurs ont pu le révéler, à la lecture de certaines de ces propositions, règne toujours une *«confusion entre efficacité (réelle sur la délinquance) et efficience managériale (raisonner la justice pénale comme une chaîne fordienne de montage où l'efficacité est comprise comme autant de flux quantitatifs, vides de contenu)»¹⁶⁵.*

La peine échappent sans aucun doute au législateur et aux acteurs de la politique pénale.

La conséquence de cet échec de notre politique pénale est l'absence de tout sens de la peine pour les condamnés. Certes, nous ne pouvons généraliser cela à tous les condamnés de France et certains ont pu véritablement faire du temps de leur peine un temps utile et riche de bons sens. Toutefois, l'étendue des échecs est bien là, sous nos yeux.

Tous les condamnés à une peine, quelle que soit sa nature, bien que la peine privative de liberté soit sans aucun doute la plus représentative, ont conscience de la crise que connaît aujourd'hui la peine. Les condamnés ne sont pas aveugles et chaque jour ils peuvent constater l'état insalubre de nos prisons, le manque de moyen financiers, l'impuissance de certains magistrats du siège ou de l'application des peines, la prospérité de la récidive chez les individus sortant de prison, la sévérité toujours accrue de la répression, la surreprésentation des personnes appartenant à des minorités ethniques...

164 D. Fassin, *L'ombre du monde: une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Editions Points, 2017, p. 112.

165 M. Herzog-Evans, «Chantier de la justice sur le sens et l'efficacité des peines : quelques très bonnes idées, mais beaucoup de confusions», *Dalloz actualité*, 22 mai 2018.

Nous nous risquons alors à faire le postulat suivant: ils ne croient plus aux différents bienfaits dont on affuble la peine et c'est peut être cet état de conscience, nuisible mais pourtant conforme à la réalité, qui rend leur peine imperméable à tout sens.

Mais si la peine n'a plus de sens pour le condamné, en a-t-elle encore pour la victime et la société? En vérité, il semblerait même aujourd'hui que la peine ait davantage de sens pour la victime et la société, et ce malgré les inquiétudes que cela peut susciter. C'est de cela dont nous allons parler dans les ultimes développements du présent écrit.

Chapitre II. La privatisation de la peine par la victime et la société

Il ne fait aucun doute que le droit pénal, émanation première de la fonction régalienne de l'Etat et de la protection de l'intérêt général, subit une forme de privatisation¹⁶⁶. Cela se caractérise ainsi par le «renforcement des rôles des acteurs privés à tous les stades du procès pénal», la pénalité semblant davantage protéger des intérêts particuliers que l'intérêt général¹⁶⁷.

La peine semble ici correspondre davantage aux attentes de la victime. Et si la justice doit être rendue au nom du peuple français, elle ne doit pas être rendue par celui-ci, ou du moins être influencée par celui-ci.

Qu'entendons-nous par «victime»?

La procédure pénale distinguant la victime de la partie civile, l'article 2 du Code de procédure pénale relatif à l'action civile parle de la victime comme celle qui a «*personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction*».

Par «victime», le *Vocabulaire juridique* de CORNU entend «*celui qui subit personnellement un préjudice, par opposition à celui que le cause, mais qui peut en être la victime directe ou indirecte*»¹⁶⁸.

En outre, dans le *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, une définition toute aussi sobre est donnée de la victime, l'assimilant à «*l'individu qui a subi un dommage*».

Il est d'ailleurs intéressant de noter, dans la perspective de nos développements ultérieurs, que dans ce même ouvrage la définition de la «*vengeance privée*» précède tout juste celle de la «victime» et que l'on peut notamment y lire que «*aujourd'hui, l'idée de vengeance n'est pas totalement absente de la fonction rétributive de la peine afin de répondre aux attentes vindicatives des victimes*»¹⁶⁹.

Ce dernier élément illustre parfaitement l'évolution du droit de la peine. A l'inverse des représentations de la peine pour les condamnés, il semblerait que le sens de la peine tel qu'il est poursuivi par le législateur et les acteurs de la politique pénale ait intégré la perception vindicative que peut avoir la victime, lui accordant une place toujours plus importante lors du procès pénal et même lors de l'application de la peine.

De même, certains peuvent notamment relater que «*l'on dit volontiers que la société est la première*

166 Y. Benhamou, «Vers une inexorable privatisation de la justice?», *D.*, 2003, p. 2771.

167 X. Pin, «La privatisation du procès pénal», *RSC*, 2002, p. 245.

168 G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, p. 1073.

169 A. Beziz-Ayache, *Dictionnaire de droit pénal général et de procédure pénale*, Paris, Ellipses, 6^{ème} éd., 2016, p. 322.

victime d'une infraction»¹⁷⁰. Mais il faut toutefois différencier la société de la victime.

Il est classiquement admis que la peine se doit de concilier trois intérêts différents que sont celui du condamné, de la société et de la victime.

Par «*société*», le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU parle de «*la collectivité des membres d'une Nation, d'un Etat, considérée comme sujet et support d'un intérêt collectif. En ce sens, le Ministère public défend les intérêts de la société*»¹⁷¹. Nous utiliserons également le terme «*opinion publique*», qui signifie «*ce que pense le public*»¹⁷², pour désigner ce que pense la société de manière générale.

La définition apportée par le *Vocabulaire juridique* met ainsi le doigt sur la problématique que peut poser la représentation de la peine par la société: si le Ministère public défend effectivement les intérêts de la société, il semblerait que la société passe outre cela et tend à avoir un poids considérable sur la déclaration de culpabilité d'un auteur présumé d'une infraction et sur la peine qu'il doit purger.

Certaines attentes de la «*victime singulière*» semblent être parfaitement illégitimes et pourtant le droit français y répond positivement. Le rôle que joue la victime à travers l'action civile interroge le caractère privé du procès pénal et de la peine.

Dès lors, l'inquiétude première est de voir le droit de la peine se transformer en droit des victimes, la peine tendant à avoir bien plus de sens pour la victime que pour le condamné (**Section 1**).

De même, un danger beaucoup plus grand pèse sur la pénalité et plus globalement sur le droit de la peine: la compassion de la victime est instrumentalisée par la société de manière uniforme, dans une perspective répressive et sécuritaire, l'opinion publique, les médias et la classe politique faisant peser une menace considérable sur les principes les plus fondamentaux du droit pénal. Il semble que la «*victime singulière, [...] toute entière absorbée par la volonté de donner du sens à son malheur*» s'efface au profit d'une «*victime invoquée*»¹⁷³ (**Section 2**).

170 Y. Mayaud, «L'évolution de la place de la victime dans le procès pénal», in *La victime: dossier publié par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2016, p. 107.

171 G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, p. 971.

172 J. Pruvost (sous la direction scientifique de) et C. Blum (sous la direction générale de), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, p. 933.

173 D. Salas, «Présence de la victime dans le procès et sens de la peine», *AJ pénal*, 2004, n° 12, p. 430.

Section 1. La progression de la victime dans le paradigme punitif

A la lumière des réformes successives, le législateur a répondu à de nombreuses attentes de la victime et a développé ses droits aux stades du prononcé et de l'exécution de la peine, renforçant les liens entre la victime et la peine.

Dès lors, *«le législateur invite le juge à prendre en considération les droits des victimes aussi bien au stade du procès pénal qu'au stade de l'exécution de la peine»*¹⁷⁴.

Autrefois qualifiée de *«grande oubliée du procès pénal»*¹⁷⁵, la victime a donc aujourd'hui acquis un statut dépassant celui de simple partie civile lors du procès pénal.

Les caractères même de l'action civile sont particulièrement révélateurs de la place que le droit pénal français a souhaité donner à la victime lors du procès pénal (§ 1).

Aussi étonnant que cela puisse paraître, cette progression de la victime dans le paradigme punitif se poursuit également au stade de l'exécution de la peine. Les droits de cette dernière se sont ainsi développés à ce stade de *«la vie»* de la peine, interrogeant sur l'intention même du législateur quant au sens à donner à la peine (§ 2).

§ 1. L'action civile vindicative

Il s'agira ici d'évoquer la théorie dualiste de l'action civile qui a été progressivement affirmée dans la doctrine. Le professeur Fernand BOULAN a ainsi parlé du *«double visage»* de l'action civile, celle-ci ayant une nature réparatrice et une nature répressive¹⁷⁶. Cette ambiguïté de l'action civile questionne la place même de la victime au sein du procès pénal et du rôle qu'elle peut y jouer.

Il est ainsi parfaitement légitime d'avancer que l'action civile, par son double visage, permet à la victime de donner plusieurs sens à la peine, celle-ci pouvant bien évidemment lui permettre d'obtenir la réparation patrimoniale du dommage causé par l'infraction (A) tout en lui permettant d'asseoir sa volonté vindicative à l'encontre de l'auteur soupçonné de l'infraction (B).

174 E. Doiselet, *La victime et la peine*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 18.

175 M. Giacomelli, «Victimes et application des peines», *RPDP*, 2007, n°4, p. 789.

176 F. Boulan, «Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive», *JCP G*, 1973, I, n° 2563.

A. Une action en réparation du dommage causé par l'infraction

Ne pouvant pas avoir l'ambition de donner une vision exhaustive du régime de l'action civile, nous aborderons seulement sa vocation réparatrice qui est son sens premier pour la victime qui se serait constituée partie civile.

Comme l'indique l'article 1er du Code de procédure pénale, *«l'action civile est une action ouverte à la victime d'une infraction en réparation du dommage que celle-ci lui a causé»*.

L'article 2 du même Code inscrit également la vocation réparatrice de l'action civile en rappelant que celle-ci est une action *«[...] en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention qui appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction»*.

Elle peut être exercée devant une juridiction civile, ou alors devant une juridiction pénale de manière concomitante ou accessoire à la mise en mouvement de l'action publique.

Toutefois, il faut ici différencier l'action *civile* et l'action *à fin civile*, cette dernière n'ayant pas pour objet de réparer un dommage causé par une infraction mais simplement de tirer une conséquence civile d'une situation que l'infraction aurait causé. C'est notamment le cas des actions couplées à des actions pénales, comme une demande de divorce en matière de violences conjugales.

L'objectif de l'action civile est clair. Il s'agit d'obtenir des dommages-intérêts ou aussi, parfois, des restitutions et le paiement des frais de justice. Concernant l'obtention de dommages-intérêts, nous constaterons dans le développement suivant qu'elle est nuancée par l'article 418 du Code de procédure pénale.

Quoi qu'il en soit, le but est donc pour la victime de rétablir l'équilibre antérieur au dommage causé par l'infraction, ce qui se rapproche toutefois de l'une des finalités de la peine. Cependant, *«l'action civile est par nature une action en réparation et ne peut être que cela pour la simple raison qu'elle trouve son fondement propre non dans l'infraction, mais dans le dommage né de l'infraction, ce qui n'est pas la même chose»*¹⁷⁷.

A cet égard, l'action civile se fondant sur la responsabilité civile et non sur la responsabilité pénale, la victime est seulement titulaire d'un droit à réparation, ce qui justifie la séparation entre l'action

177 J. Leroy, «L'action civile répressive», in *La victime de l'infraction pénale, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal organisé par l'Institut de sciences criminelles de Grenoble et l'Association française de droit pénal les 15 et 16 octobre 2015 à Grenoble*, Paris, Dalloz, 2016, p. 195.

publique et de l'action civile. Le juriste Daniel JOUSSE au XVIII^e siècle l'avait compris: «*Les crimes, en tant qu'ils troublent la société civile, la religion et le gouvernement exigent une vengeance publique et une punition exemplaire; et en tant qu'ils blessent les particuliers dans leur personne, leur honneur ou leurs biens, ils exigent une réparation et des dommages-intérêts à l'égard des personnes offensées ou de ceux qui les représentent [...]. Ces deux différentes manières de poursuivre les crimes donnent lieu à deux sortes d'actions, l'une qu'on appelle civile et l'autre qu'on nomme criminelle*»¹⁷⁸.

Dès lors, l'infraction n'est qu'un fait générateur de responsabilité civile. En d'autres termes, l'auteur présumé de l'infraction ne devrait qu'avoir la qualité de responsable pour la victime constituée partie civile, et non pas la qualité de coupable. Au sujet de la «*partie civile*», Daniel JOUSSE ajoute: «*Elle est appelée de ce nom parce qu'elle ne peut poursuivre que l'intérêt civil [...] et qu'elle ne peut jamais conclure à la peine*»¹⁷⁹.

Certes, on pourrait donc nous reprocher au regard de l'étude du sens de la peine pour la victime qu'il n'est pas directement question de peine ici car ce n'est pas le prononcé de la peine qui permet la réparation du dommage causé par l'infraction au titre de l'action civile, même s'il peut être sa condition dans certaines hypothèses devant la juridiction pénale.

Néanmoins, il ne fait aucun doute que, pour la victime, l'indemnisation de son préjudice aux frais de l'auteur de l'infraction apparaît comme une forme de punition.

Cette fin réparatrice de l'action civile fait tout de même écho, dans l'esprit de la victime, à la peine, dans sa fonction de réparation, qualifiée à tort de finalité par le législateur à l'article 130-1 du Code pénal, au titre de «*la restauration de l'équilibre social*». Cela peut renvoyer à certaines peines, à l'image de la sanction-réparation inscrite à l'article 131-8-1 du Code pénal, même si nous avons pu affirmer que son fondement diverge de celui de l'action civile.

Nous aurions également pu aborder les mécanismes antérieurs à toute sanction incitant l'auteur de l'infraction à indemniser la victime, notamment via les alternatives aux poursuites comme la médiation pénale mais un simple développement comme celui-ci n'aurait pu être suffisant.

Si la peine doit aujourd'hui être prononcée dans «*le respect des intérêts de la victime*», elle ne devrait toutefois pas être façonnée par ces intérêts. Or, c'est bien le risque que laisse encourir une

178 D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, t. I, Paris, Debure, 1771, p. 561 et s.

179 D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, t. I, Paris, Debure, 1771, p. 561 et s.

action civile dont le caractère vindicatif supplante bien souvent le caractère réparateur.

B. Une action en répression du «mal» causé par l'infracteur

«Et pourtant, comment qualifier autrement l'attitude d'une victime d'infraction qui, usant de la voie de droit qui lui réserve le droit français, saisit un juge pénal dans le but d'obtenir une condamnation ou du moins une déclaration de culpabilité de celui qui est à l'origine même de son dommage?» justifie ainsi le professeur Jacques LEROY l'usage comme intitulé de son article des termes *«d'action civile répressive»*¹⁸⁰.

En effet, si l'action civile présente un tel caractère vindicatif, c'est notamment parce que son exercice peut mettre en mouvement l'action publique, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1er du Code de procédure pénale.

Plusieurs spécificités procédurales et jurisprudentielles permettent ainsi d'illustrer cette logique répressive que l'on peut retrouver dans l'exercice de l'action civile et ses conséquences lors du procès pénal.

Il existe ainsi des hypothèses dans lesquelles il y a une dissociation entre la recevabilité de l'action civile et le droit à réparation.

Ainsi, dans un arrêt du 16 décembre 1980, la Chambre criminelle a mis en évidence que la réparation n'est pas le seul objectif de l'action civile en affirmant que: *«Ayant pour objet essentiel la mise en mouvement de l'action publique en vue d'établir la culpabilité de l'auteur présumé d'une infraction ayant causé un préjudice au plaignant, ce droit constitue une prérogative attachée à la personne et pouvant tendre seulement à la défense de son honneur et de sa considération, indépendamment de toute réparation du dommage par la voie de l'action civile»*¹⁸¹.

Certes, la portée de cette jurisprudence est relative car elle ne concerne que le champ de la liquidation judiciaire dans un certain cas donné, conformément à l'article L641-9 du Code de commerce qui affirme dans son alinéa 2 que *«[...] le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime»*.

180 J. Leroy, «L'action civile répressive», in *La victime de l'infraction pénale, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal organisé par l'Institut de sciences criminelles de Grenoble et l'Association française de droit pénal les 15 et 16 octobre 2015 à Grenoble*, Paris, Dalloz, 2016, p. 193.

181 Cass. crim., 16 décembre 1980, n°79-95.039.

Néanmoins, cet arrêt a tout de même cristallisé la jurisprudence au sujet de la constitution de partie civile dans le seul but d'établir la culpabilité de l'auteur d'une infraction.

Cela fait ainsi écho aux termes de l'article 418 alinéa 3 qui dispose que «*la partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé*». Cela signifie que la demande de dommages-intérêts est subsidiaire dans le cadre d'une constitution de partie civile et que la partie civile *peut* ne pas demander des dommages-intérêts. C'est d'ailleurs ce qu'a indiqué l'arrêt du 10 octobre 1968, la Chambre criminelle affirmant au sujet de l'article 418 qu'il ne s'agit que «*d'une simple faculté dont la victime est libre de ne pas user*»¹⁸².

Il est assez aisé pour la victime, même profane, de comprendre que la loi et la jurisprudence lui permettent ainsi d'agir en justice dans le seul but d'obtenir une déclaration de culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction. Cela a été expressément dit par la Chambre criminelle dans un arrêt du 8 juin 1971 qui a admis que la partie civile était recevable même en l'absence de prétention civile, celle-ci n'étant motivée que par l'intention «*d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu*»¹⁸³.

D'autres éléments procéduraux illustrent cette possibilité de mise en retrait de la finalité réparatrice de l'action civile, faisant parfois de cette dernière une action exclusivement vindicative.

Ainsi, dans l'établissement de la culpabilité de l'auteur présumé de l'infraction, la victime constituée partie civile peut participer à la recherche de la vérité en apportant des éléments de preuve.

Si la partie civile peut concourir à cette recherche de la vérité au stade de l'instruction, avec la liberté contestable offerte aux personnes privées en matière de légalité et loyauté de la preuve, elle peut également y participer lors du procès pénal. Elle peut ainsi citer des témoins conformément aux articles 281 et 329 du Code de procédure pénale devant la Cour d'assises et à l'article 435 du même code devant le tribunal correctionnel.

De même, elle peut, par l'intermédiaire de son avocat, demander la parole au Président de la juridiction et poser des questions aux témoins ainsi qu'à l'auteur présumé de l'infraction, d'après les dispositions de l'article 312 du Code de procédure pénal devant la Cour d'assises et l'article 442-1 du même code devant le tribunal correctionnel.

En outre, une autre hypothèse conforte la nature répressive de l'action civile.

182 *Cass. crim.*, 10 octobre 1968, n°67-92.262.

183 *Cass. crim.*, 8 juin 1971, n°69-92.311.

Le professeur Elisabeth FORTIS relève ainsi que la juridiction répressive peut se retrouver incompétente pour accorder des dommages-intérêts dans certaines procédures, comme c'est le cas en matière d'accidents du travail. Or, cela n'est absolument pas un obstacle à l'exercice de l'action civile devant cette juridiction par la victime. Seule l'intention vindicative de la victime est alors exprimée¹⁸⁴.

Nous pouvons toutefois nuancer quelque peu ce propos par certaines limitations procédurales.

Cela se rattache bien entendu à l'impossibilité pour la victime constituée partie civile de requérir une peine. Certes, il est courant pour les avocats de la partie civile, lors de leur plaidoirie, de se muer en Ministère public, en tentant notamment d'établir les éléments constitutifs de l'infraction, mais cela n'est normalement pas pris en compte par la juridiction de jugement. Il arrive même que le Ministère public exprime lors de ses réquisitions son exaspération à l'égard de telles plaidoiries.

De même, il est impossible pour la victime d'user d'une voie de recours pour contester la décision portant exclusivement sur la peine. En effet, seul le Ministère public, en sa qualité de représentant de l'intérêt général, et bien entendu l'auteur soupçonné de l'infraction, ont cette possibilité, la victime qui se serait constituée partie civile pouvant seulement exercer son droit de recours sur les intérêts civils. C'est probablement là la grande limite au rôle d'accusateur privé de la partie civile¹⁸⁵.

Cependant, au regard des éléments procéduraux et pratiques jurisprudentielles évoqués, la réalité vindicative de l'action civile peut être atténuée mais ne peut être effacée. *«Il ne sert à rien de se voiler la face: la constitution de partie civile à fins répressives est bien ancrée dans la réalité judiciaire»*¹⁸⁶.

Si l'intention vengeresse de la victime semble se faire une place de plus en plus grande au stade du procès pénal, notamment par l'exercice d'une action civile dont la nature vindicative est maintes fois démontrée, la victime a également une position ambiguë au stade de l'exécution de la peine, au regard des droits et prérogatives qui ont été consacrés à son encontre.

184 E. Fortis, «Ambiguïtés de la position de la victime dans la procédure pénale», *Arch. pol. crim.*, 1/2006, n°28, p. 41.

185 E. Doiselet, *La victime et la peine*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2014, pp. 57-58.

186 J. Leroy, «L'action civile répressive», in *La victime de l'infraction pénale, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal organisé par l'Institut de sciences criminelles de Grenoble et l'Association française de droit pénal les 15 et 16 octobre 2015 à Grenoble*, Paris, Dalloz, 2016, p. 199.

§ 2. La présence ambiguë de la victime au stade de l'exécution de la peine

Par la présence même de la victime au stade de l'exécution de la peine, il ne fait aucun doute que «*le droit de la peine est de moins en moins insensible à la victime*»¹⁸⁷, ceci ayant sans aucun doute des conséquences sur le paradigme punitif et sur le sens donné à la peine.

La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, a ainsi développé les droits de la victime prise «*es qualités*»¹⁸⁸ au stade du procès pénal.

De même, la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II, est à l'origine d'une «*petite révolution*»¹⁸⁹, engageant un mouvement de reconnaissance des droits de la victime au stade de l'exécution de la peine (A).

Cela signifie t-il que la quête de sens de la peine pour la victime se poursuit au stade de l'exécution de la peine? (B).

A. Le développement des droits de la victime lors de l'exécution de la peine

Avant tout développement, étant donné que nous avons abordé le cas de la victime constituée partie civile dans les développements antérieurs, il faut préciser ici que, pour le législateur, la notion de «*victime*» au stade de l'exécution de la peine semble dépasser la notion plus restrictive de «*partie civile*».

C'est notamment ce qu'indique le professeur Muriel GIACOPELLI, ceci reflétant une fois de plus l'ambiguïté de la place de la «*victime*» dans l'application de la peine¹⁹⁰.

La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a précisé dans l'article 707 du Code de procédure pénale que l'exécution des peines devait favoriser l'insertion ou

187 M. Giacomelli, «Quelle place pour la victime dans l'exécution des peines?», in V. Malabat, B. Lamy et M.

Giacopelli (sous la direction de), *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009, p. 327.

188 S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. Manuel, 10 éd., 2014, p. 719.

189 Pierre Couvrat, «Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines», *RSC*, 2004, pp. 682-687.

190 M. Giacomelli, «Victimes et application des peines», *RPDP*, 2007, n°4, p. 791.

la réinsertion des personnes condamnées ainsi que la prévention de la récidive, «*dans le respect des intérêts de la société et des droits de la victime*».

Si le doyen Pierre COUV RAT a qualifié cette loi du 9 mars 2004 de «*petite révolution*»¹⁹¹ c'est parce que cette dernière a acté l'existence de droits à destination de la victime et non plus de simples intérêts au stade de l'application de la peine¹⁹².

Pourtant, comme le relève le professeur Christine LAZERGES, c'est l'adoption de l'article préliminaire du Code de procédure pénale par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui a véritablement engagé la réflexion sur l'entrée de la victime dans la phase d'exécution de la peine¹⁹³.

Toutefois, si la loi et la jurisprudence ont fait de la victime partie civile une partie à part entière au stade du procès pénal, le développement des droits de la victime au stade de l'exécution de la peine peut être plus problématique étant donné que la peine est une prérogative régalienne de l'Etat. Celle-ci répond à la protection de l'intérêt général et non à celle d'un intérêt particulier, si ce n'est celui du condamné lui-même.

Cela justifiait l'exclusion encore récente de la victime du champ de l'application de la peine.

Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, l'exécution de la peine «*a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion*»¹⁹⁴.

Tout d'abord, par la loi du 9 mars 2004, la victime a pu obtenir un droit à l'information en matière d'exécution de la peine. Cette dernière pouvait ainsi être informée des modalités d'exécution de certaines peines.

En 2014, ce droit a été inscrit dans la liste des droits de la victime à l'article 707 du Code de procédure pénale. Celle-ci peut donc «*être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté*». De même, la victime peut notamment être informée de la fin d'une contrainte pénale, conformément à l'article D49-93 du Code de procédure pénale.

191 Pierre Couvrat, «Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines», *RSC*, 2004, pp. 682-687.

192 A-G. Robert, «La victime et la sanction pénale», in *La victime de l'infraction pénale, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal organisé par l'ISCG et l'Association française de droit pénal les 15 et 16 octobre 2015 à Grenoble*, Paris, Dalloz, 2016, p. 141.

193 C. Lazerges, «Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes: histoire d'une navette parlementaire», *RSC*, 2001, p. 7.

Toutefois, ce droit à l'information est extrêmement évasif et restrictif puisqu'il ne concerne qu'un nombre réduit d'hypothèses. Il est également erroné puisque celui-ci ne concerne pas la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté mais est effectif au cours de l'exécution de la peine, notamment lorsque les juridictions de l'application des peines se prononcent favorablement à une fin temporaire ou définitive de l'incarcération.

Puis, l'évolution des droits de la victime au stade de l'exécution de la peine va se poursuivre avec l'article 1er de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 qui va affirmer que «*le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victimes, avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions*».

Enfin, la nouvelle formulation de l'article 707 issue de la loi du 15 août 2014 est à la fois un recul et une avancée en matière de droits des victimes. En effet, cela constitue un recul car les droits des victimes ne sont plus cités, à côté des intérêts de la société, comme l'une des finalités poursuivies lors de l'exécution de la peine¹⁹⁵.

D'après le professeur Anne-Gaëlle ROBERT, il faut se réjouir de cette nouvelle formulation puisqu'elle remet à sa juste place la victime dans une phase de l'exécution de la peine où les droits de la victime ne peuvent fonder une décision d'aménagement de peine et spécifiquement s'opposer à l'octroi d'un tel aménagement¹⁹⁶.

Cependant, à la lecture des textes, le droit à la réparation de la victime se reflète sur toute les procédures d'exécution de la peine.

Ainsi, l'octroi d'un grand nombre d'aménagements de peine dépend des efforts fournis par le condamné pour indemniser la victime, comme la libération conditionnelle selon l'article 729 du Code de procédure pénale ou encore les réductions de peines supplémentaires selon l'article 721-1

194 *Cons. const.*, n°93-334DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*.

195 M. Herzog-Evans, «Loi Taubira: derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu», *AJ pénal*, 2014, p. 456.

196 A-G. Robert, «La victime et la sanction pénale», in *La victime de l'infraction pénale, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal organisé par l'ISCG et l'Association française de droit pénal les 15 et 16 octobre 2015 à Grenoble*, Paris, Dalloz, 2016, p. 142

du même Code.

L'octroi de certains aménagements est également subordonné à une décision du juge qui emporte l'obligation pour le condamné d'indemniser la victime, comme pour la semi-liberté selon l'article D138 du Code de procédure pénale, le placement à l'extérieur d'après les articles D129 et D136 du même Code, le placement sous surveillance électronique selon l'article 723-10...

La liste pourrait s'allonger et comporter certaines mesures après la peine privative de liberté comme la surveillance judiciaire des personnes dangereuses de l'article 723-30 ou la surveillance de sûreté de l'article 706-53-19.

La réelle innovation introduite par la loi du 15 août 2014 en matière de droits des victimes lors de l'exécution de la peine concerne la possibilité de mettre en oeuvre une mesure de justice restaurative, et ce notamment afin de permettre une réparation du préjudice subi par la victime autre que pécuniaire. *«La victime se voit ainsi reconnaître la possibilité de participer activement à la restauration du lien social et sort ainsi du rôle de sujet passif qui lui est traditionnellement reconnu»*¹⁹⁷.

Le développement d'une justice humaniste et bienveillante, cherchant à réconcilier le condamné et la victime, devrait être bien accueillie, même si nous avons pu relever la difficulté pour cette nouvelle forme de justice de s'imposer dans le droit pénal français.

Cependant, en matière de droits des victimes, l'émergence de telles mesures peut mener vers une peine exécutée qui aurait davantage de sens pour la victime que pour le condamné.

B. La quête d'un sens post-sentenciel pour la victime ou pour le condamné?

Le développement des droits de la victime lors de la phase post-sentencielle peut à première vue interloquer. *«Par le prononcé de la condamnation, à l'issue du procès pénal, tout n'a-t-il pas déjà été joué, à la fois pour l'auteur et pour la victime qui s'est constituée partie civile?»* s'interroge ainsi le professeur Muriel GIACOPELLI¹⁹⁸.

En effet, comme nous avons pu le relever antérieurement, la légitimité de la victime, en tant que

197 B. Sayous et R. Cario, «La justice restaurative dans la réforme pénale: de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales», *AJ Pénal*, 2014, n°10, p. 461.

198 M. Giacomelli, «Victimes et application des peines», *RPDP*, 2007, n°4, p. 789.

partie civile au procès pénal, dans le cadre *stricto sensu* du droit de la peine, devrait cesser d'exister dès lors qu'elle a obtenu la réparation pécuniaire du dommage que l'infraction aurait pu lui causer. Certes, le mécanisme de l'action civile dépasse sa seule dimension réparatrice et est une émanation de la vengeance opérée par la victime. Mais quand bien même «*il est difficilement concevable que les engagements envers la victime pris lors du procès pénal cessent brutalement lors du prononcé de la victime*», le prononcé de la peine n'est-il pas déjà suffisant pour la victime?

Etant donné que le droit de l'application des peines n'échappe pas non plus à l'instrumentalisation de la victime par les médias et les politiques, on peut montrer du doigt cette «*démagogie paternaliste ambiante*» qui tend à faire preuve de bienveillance à l'égard des victimes tandis que l'on renforce la sévérité de la répression à l'égard des condamnés¹⁹⁹.

Aussi renforcer les droits de la victime au stade de l'exécution, dans la continuité de ceux consacrés au stade du procès pénal, c'est faire du droit de l'application des peines un lieu favorable à des dérives victimaires. La peine ne serait pas uniquement celle du condamné mais également celle de la victime.

Il est vrai qu'une telle présence de la victime dans la phase d'exécution de la peine peut se comprendre au regard de la fonction de réinsertion et de la finalité de prévention de la récidive inscrites à l'article 130-1 du Code pénal, permises par l'exécution de la peine, phase de la peine tournée vers l'avenir²⁰⁰. Certes, la victime, dans un cadre de réconciliation et de justice restaurative, peut permettre au condamné de retrouver la voie de l'intégration sociale, mais est-il question de l'avenir du condamné ou de la victime?

Nous pouvons également nous demander si sa justice pénale doit également se muer en une sorte de «*thérapie à la souffrance des victimes*»²⁰¹.

La création d'un juge délégué aux victimes (JUDEV) par le décret n°2007-1605 du 13 novembre 2007 semble ainsi s'inscrire parfaitement dans une prise en compte thérapeutique des victimes. Ainsi, une victime qui rencontre des difficultés dans l'exercice de ses droits peut saisir ce juge qui constitue une sorte d'intermédiaire entre le Ministère public et le JAP.

Le JUDEV dispose de prérogatives d'administration judiciaire relatives aux aménagements de

199 M. Giacomelli, «Victimes et application des peines», *RPDP*, 2007, n°4, p. 791.

200 M. Giacomelli, «Victimes et application des peines», *RPDP*, 2007, n°4, p. 791.

201 R. Badinter, «Ne pas confondre justice et thérapie», *Le Monde*, 6 septembre 2007.

peine lui permettant notamment de saisir le JAP si un condamné ne respecte pas les obligations que le régime de sa peine lui imposent, particulièrement celles se rattachant à la victime.

En tant que Président de la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI), on ne sait si le JUDEVI peut réellement faire preuve d'impartialité et s'il ne tend pas à se prononcer subjectivement en faveur des victimes.

Cette «*juridictionnalisation*» du droits des victimes peut-il aussi être les prémices de ce que certains auteurs dans la doctrine, s'agissant du temps de l'exécution de la peine, ont appelé «*un second procès*»²⁰²? Peut-on imaginer un jour voir la victime contester une décision d'aménagement de peine? Cela serait extrêmement inquiétant pour le droit de la peine et reposerait sur le postulat douteux selon lequel la peine peut répondre aux différentes attentes de la victime.

Ainsi, cette promotion des droits et intérêts de la victime au stade du prononcé et de l'exécution de la peine interroge le sens donné à cette dernière, qu'il soit perçu par la victime elle-même ou le reste des acteurs de la politique pénale.

«*Dans quelle mesure le droit pénal peut-il légitimement prendre en compte les intérêts de la victime sans dévoyer le sens de la peine?*» se demande Denis SALAS²⁰³.

Il ne fait aucun doute que les juristes continueront de s'opposer sur ce sujet là, les uns craignant le retour d'une vengeance privée déstabilisant la philosophie même de la pénalité moderne et les autres dénonçant une certaine forme d'indifférence de la justice vis-à-vis d'une victime dont la souffrance et la recherche d'un sens à donner à celle-ci sont parfaitement légitimes.

Cependant, on peut affirmer sans aucun doute que, pour certaines victimes, cette place qui leur est donnée par la loi dans l'application des peines ne leur permet pas réellement de «*faire leur deuil*», de passer à autre chose. Les tenir informées sur les modalités d'exécution de la peine de l'auteur de l'infraction leur ayant causé un dommage, ce peut être prolonger leur souffrance.

«*L'opportunité de maintenir la victime active durant l'exécution des peines n'est pas sans dangers pour elle-même*» conçoit le professeur CARIO. «*Elle retarde certainement son travail de deuil qui doit lui permettre, inévitablement, de passer de la détresse à l'adaptation*»²⁰⁴.

202 M. Danti-Juan, «Réflexion sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal», in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 285.

203 D. Salas, «Présence de la victime dans le procès et sens de la peine», *AJ pénal*, 2004, n° 12, p. 430.

204 R. Cario, «La place de la victime dans l'exécution des peines», *D.*, 2003, n° 3, chron., p. 150.

Toutefois, il est des évolutions qui, tout en étant liées à la victime dite «*singulière*» et à la question de sa juste place, sont plus inquiétantes.

Bien plus que la victime d'une infraction pénale, la victime directe ne serait-elle pas également la «*victime*» de la société et de la classe politique qui se complaisent à instrumentaliser sa souffrance et sa quête de sens à des fins répressives et sécuritaires? Si la victime est sacralisée par l'opinion publique, la figure du *condamnable* semble être érigée en ennemi de la Nation, au détriment des droits les plus fondamentaux de notre justice pénale.

Section 2. Les représentations de la peine par la société et ses dangers

Sous l'influence néfaste des médias, l'opinion publique semble vouloir faire uniquement de la peine un châtiment à l'égard du condamné.

Si la justice pénale gravite autour de la société, comme elle gravite autour du condamné et de la victime, et si l'une des finalités poursuivies par la peine selon l'article 130-1 du Code pénal est de protéger la société, la peine ne doit toutefois pas devenir un instrument vindicatif par lequel les passions populaires se déchirent. La justice doit pouvoir prendre en compte l'intérêt général par l'intermédiaire du Ministère public, tout en s'élevant au dessus de l'opinion publique afin de ne pas mélanger droit et moral.

La chose n'est pas aisée et se développe un populisme pénal qui a une représentation détournée et instrumentalisée de la peine, notamment par l'instrumentalisation qui est faite de la parole de la victime singulière, devenue victime «*invoquée*»²⁰⁵ (§1).

Le développement de ce populisme pénal a de nombreuses conséquences inquiétantes sur la justice pénale et la peine. Dans une perspective sécuritaire et répressive, la peine ne semble plus totalement fidèle à ses principes les plus fondamentaux (§2).

205 D. Salas, «Présence de la victime dans le procès et sens de la peine», *AJ pénal*, 2004, n° 12, p. 430.

§ 1. Une représentation détournée et instrumentalisée de la pénalité

Il s'agira d'aborder l'idée que se fait la société de la peine (**B**), instrumentalisée par un récit médiatique et un discours politique attisant les passions, entre pitié à l'égard des victimes et colère à l'égard des auteurs présumés de l'acte criminel (**A**).

A. Une instrumentalisation de la compassion et de la colère

Le premier rôle joué par les médias et la classe politique dans l'exacerbation d'un sentiment populaire d'insécurité n'est pas chose récente en France. Certes, l'évolution de notre monde vers des sociétés mondialisées et hyper-connectées a sans aucun doute renforcé le pouvoir instrumental de l'information et de la désinformation. *«En France comme dans le monde entier, tout un chacun peut s'alimenter, en direct de plus en plus souvent et en boucle, de nourritures médiatiques les plus diverses, les plus objectives comme les plus subjectives»*²⁰⁶.

Le pouvoir de la presse sur les consciences et la justice n'est pas nouveau, le professeur CARIO affirmant toutefois que cela *«a pris un tour très particulier au cours de ces dernières années, depuis la fin des Trente Glorieuses principalement»*²⁰⁷.

S'il ne s'agit pas ici de remettre en question le droit d'expression et la liberté de la presse, nous ne pouvons toutefois que constater l'effet néfaste des médias sur la justice pénale et la peine. La presse est l'un des bâtisseurs du sentiment d'insécurité chronique ressenti en France.

C'est la figure de la victime qui est le premier objet de l'instrumentalisation faite pas les médias et les responsables politiques. Aussi les médias et la classe politique se complaisent, les premiers dans une finalité purement économique et les seconds dans une finalité électoraliste, à faire de la victime *«singulière»* une victime *«invoquée»*²⁰⁸.

L'exemple le plus illustratif de cette dérive victimaire est le débat fréquent sur la prescription des crimes sexuels qui est relaté par Jean DANET²⁰⁹. Ce débat, souvent utilisé de manière démagogique

206 R. Cario, «Médias et insécurité: entre droit d'informer et illusions sécuritaires», *D.*, 2004, p.75.

207 R. Cario, «Médias et insécurité: entre droit d'informer et illusions sécuritaires», *D.*, 2004, p.75.

208 D. Salas, «Présence de la victime dans le procès et sens de la peine», *AJ pénal*, 2004, n° 12, p. 430.

209 J. Danet, *Défendre. Pour une défense pénale critique*, Dalloz, coll. Etat de droits, 2e éd., 2004, 288 p.

dans les débats législatifs et politiques, attise les passions les plus virulentes, notamment chez les associations d'aides aux victimes.

«*Moteur du récit médiatique, la pitié l'est tout autant du discours politique*» affirme Denis SALAS. Souvent, ils travaillent de concert et peuvent être qualifiés de partenaires dans cette escalade sécuritaire et répressive.

Ainsi, tout fait divers, s'il est saisi par l'opinion publique, doit amener à une réaction de la classe politique. «*Aucun responsable politique ne veut paraître complice du mal frappant les victimes*»²¹⁰.

La récente proposition en faveur de la castration chimique obligatoire des délinquants sexuels, faite par le président des Républicains Laurent WAUQUIEZ est de cet acabit. Si elle reflète probablement la pensée de son auteur, elle n'en a pas moins un objectif premier: manoeuvrer la compassion à l'égard des victimes et attiser le désir punitif, dans un seul calcul politique²¹¹.

Une partie de l'opinion publique entend, du moins jusqu'au prochain fait divers, favorablement ces mesures précipitées et ces appels à une plus grande fermeté de la justice, comme si une pénalité sévère et ferme pouvait adoucir les souffrances. Ainsi, «*nous gardons du mythe de la peine la croyance en ses effets presque magiques d'apaisement des malheurs collectifs. Comme s'il y avait toujours dans la pénalité une aptitude à éradiquer le mal*»²¹².

Cependant, à notre sens, une part de responsabilité appartient d'une certaine manière à notre système judiciaire dont la technicité et l'étendue ne permettent pas à une part des citoyens, profanes de droit, d'en saisir toute la complétude. Dès lors, les confusions et les incompréhensions juridiques, alimentées par certaines désinformations, alimentent les critiques véhémentes. Peut-être l'école devrait-elle consacrer davantage de son temps aux notions les plus fondamentales du droit, dans une perspective civique, et ce afin d'éviter de nombreuses confusions.

L'idée même selon laquelle notre système judiciaire serait particulièrement clément et laxiste envers les délinquants est une illusion.

Sous l'influence des médias et de la classe politique, l'opinion publique n'a alors qu'une conception de la peine: le châtiment, toujours *contre* et jamais *pour* le condamné, même après l'exécution de sa peine.

210 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 88.

211 L. Wauquiez, «Il faut rendre la castration chimique obligatoire pour les violeurs», *20 Minutes*, 3 mai 2018.

212 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 88.

B. Une peine *omnino contra* le condamné

De manière générale, sans qu'il ne soit possible de chiffrer cela avec exactitude, l'opinion publique est majoritairement répressive et sécuritaire s'agissant de la justice pénale.

Certes, l'opinion dominante n'est pas toujours l'opinion des majorités mais souvent la voix minoritaire se fait davantage entendre que la voix du plus grand nombre. Ceci dit, il semblerait bien qu'en France, au regard notamment du climat terroriste dans lequel nous sommes plongés depuis plusieurs décennies maintenant, cette «*volonté de punir*»²¹³ soit majoritairement partagée par la société française.

Il n'est pourtant pas aisé de se prêter à un tel exercice: celui de pouvoir retranscrire ce que peut penser tout un peuple. L'exercice serait surement prétentieux et tel ne sera donc pas le cas. Nous tâcherons seulement de traduire ce sentiment général de peur, d'insécurité et de vengeance qui existe dans la population française et que nombre d'auteurs ont pu mettre en lumière.

Outre le pouvoir du récit médiatique sur les consciences et les dérives sécuritaires permises par une accumulation de lois à l'initiative d'un pouvoir politique manquant de courage face aux ardeurs populaires, nombre de facteurs peuvent expliquer cet élan répressif.

C'est notamment le fait de la menace terroriste fortement réactualisée à compter du 11 septembre 2001, d'un sentiment d'insécurité exacerbée depuis plusieurs décennies déjà, notamment par l'augmentation des violences sexuelles et des violences sur mineurs lors du siècle dernier, d'un «*devoir de mémoire des victimes*»²¹⁴ qui s'est imposé dans les esprits... Les facteurs sont légions et nous ne pourrions ici nous montrer exhaustif.

Quoi qu'il en soit, cette représentation de la peine, et de manière plus générale de la justice pénale, est une réalité inquiétante.

Cette représentation peut, à notre sens, être mise en image par l'étrange dispositif imaginé par l'auteur italien BUZZATI dans sa nouvelle *Quiz aux travaux forcés*.

Ce dernier a ainsi imaginé un «*grand pénitencier*» se situant en périphérie d'une ville et dans lequel il est donné la chance à tous les condamnés, une fois durant toute leur réclusion, d'être conduits sur le balcon de l'établissement pénitentiaire et de s'adresser à une foule réunie devant pendant quelques minutes. L'idée est simple: si le condamné est hué par la foule, il purgera sa peine entièrement; si celle-ci l'applaudit, il sera immédiatement libéré.

213 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005.

214 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 12.

Le personnage principal de cette nouvelle est un prisonnier qui affirme n'avoir jamais eu connaissance d'un cas de libération. Un jour arrive alors son tour de s'adresser à la foule.

Comme pour les autres prisonniers, la foule, moqueuse, l'exhorte à raconter l'injustice de sa condamnation et la misère de sa vie carcérale. A la surprise générale, celui-ci déclare vouloir rester en prison. La prison le nourrissant et le logeant, il se sent bien plus heureux enfermé que libéré. Affirmant s'être présenté devant la foule par contrainte et ne pas vouloir de sa liberté, il s'apprête à regagner sa cellule. A ce moment là, quelqu'un dans la foule s'écrie: «*Ah, non, ce serait trop facile!*» et toute la foule applaudit. Il est alors libéré.

La moralité, si l'on peut qualifier ainsi le message dernière la nouvelle de BUZZATI, est que, pour la société, la peine ne peut être *pour* le condamné, elle doit nécessairement être *contre* lui.

Aussi le sens de la peine doit être unique. Si nos concitoyens étudiaient les textes pénaux, nombre d'entre eux s'offusqueraient à la simple lecture du terme «*réinsertion*», dénonçant un traitement de faveur permis depuis trop longtemps par nos gouvernants.

Rappelons nous alors des deux facettes de la rétribution: la peine doit être à la fois afflictive et infamante. C'est deux caractères de la rétribution ne se retrouvent-ils pas à travers les messages de haine et de mépris exprimés dans toute la France? Combien de nos concitoyens appellent fréquemment au retour de la peine de mort?

Si la mesure de sûreté est qualifiée de «*peine après la peine*», la clameur vindicative n'est-elle pas, d'une certaine manière, la peine *avant* la peine? Maximilien de ROBESPIERRE, qui fut le premier artisan de ce que l'on appela la Terreur au temps de la Révolution, déclarait en mai 1791 devant l'Assemblée constituante que «*la plus terrible de toutes les peines pour l'homme social, c'est l'opprobre, c'est l'accablant témoignage de l'exécration publique*». Gabriel TARDE fut du même avis que «*l'Incorruptible*», affirmant que «*l'âme de la peine, la peine vraie, c'est la réprobation générale*»²¹⁵.

Cette représentation de la peine emporte nombre de conséquences, dont les principales ont traits à l'irrespect des droits les plus fondamentaux de la justice pénale et à la déstabilisation du procès pénal.

De même, la loi pénale devient plus répressive et sécuritaire, accumulant les régimes d'exception et transformant substantiellement la peine.

215 G. Tarde, *La philosophie pénale*, Paris, Cujas, 1972, p. 492.

§ 2. Les dangereuses conséquences du populisme pénal sur la logique punitive

Si ce populisme pénal déstabilise l'essence même du procès pénal et porte atteinte aux droits les plus fondamentaux de notre justice pénale comme la présomption d'innocence (A), d'autres conséquences d'une telle perception de la peine par la société sont bien plus dangereuses, à l'image du développement d'un droit pénal aux allures sécuritaires et administratives (B).

A. L'intrusion de la morale dans la pénalité

Ici se pose la question du poids de l'opinion publique, et donc de la morale, sur la solution du procès pénal, mais également sur ce qui la précède et la suit.

La morale peut-elle supplanter le droit et être à l'origine du prononcé d'une peine et de la fixation de son régime?

Une illustration de cette menace qui pèse sur la pénalité est donnée par l'argumentaire sentenciel d'un juge au Canada²¹⁶. Certes, le droit anglo-saxon varie du droit romano-germanique français, mais cet exemple reste pertinent dans la mesure où la justice française tend à se rapprocher de ce qui peut se faire outre-atlantique.

Il était ainsi question d'un père de famille, ivre au volant, qui avait renversé mortellement un jeune enfant de cinq ans. Il est alors poursuivi pour de tels faits, encourant pour l'un des chefs d'accusation une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Toutefois, sans s'attarder plus amplement sur les spécificités du droit criminel canadien, une sorte d'entente est permise entre le Procureur de la Couronne et la défense, cette dernière ayant obtenu de son client un plaidoyer de culpabilité pour deux chefs d'accusation, synonyme de reconnaissance de culpabilité permettant d'amoindrir la sévérité de la peine.

Lors de l'audience, il est donc admis une recommandation conjointe de sentence de deux ans d'emprisonnement. Présent à l'audience, le père de la jeune victime, réalisant que la recommandation de sentence va être suivie par le juge, se lève et s'exclame: «*Mon fils est mort, c'est incroyable! Mettez vos culottes, quelqu'un! C'est incroyable!*»²¹⁷. Le juge affirmera plus tard

216 J-F. Cauchier et J. Sauvageau, «Le deuil des proches de victimes au service de la pénalité», in *La peine dans tous ses états – Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 242-245.

217 «Le cri du cœur d'un père ébranle un juge», *Radio Canada*, 20 octobre 2005.

avoir été ébranlé par le comportement et les déclarations du père de la victime. Ce fut en effet le cas puisqu'à la suite de cet indicent, il reporta le prononcé de la sentence, déclarant que *«la peine qu'il imposera, à la suite de ce délai de réflexion, sera plus importante que celle proposée par les avocats»*²¹⁸.

Le jour où il va rendre sa sentence, le juge rappelle qu'il juge un crime et non les manifestations de souffrance des proches de la victime. Pourtant, il déclare que la recommandation faite par le Procureur de la Couronne et l'avocat de la défense ne tient notamment pas compte *«[...] des conséquences sur les victimes»*²¹⁹. Il ajoute *«qu'il est évident qu'au titre des circonstances aggravantes, le décès de la jeune victime et les conséquences de ce décès sur sa famille sont des facteurs très importants et très aggravants»*²²⁰.

Il ne fait donc aucun doute que le juge a notamment fondé sa peine sur l'expression de la douleur d'un père ayant perdu son enfant. Si la souffrance doit être entendue, elle ne doit toutefois pas être l'un des fondements du prononcé d'une peine, et d'une certaine manière, le juge a ici failli à son rôle impartial et objectif. La déesse de la justice Thémis est aveugle.

L'emprise de l'opprobre moral précède même le procès pénal et influe sur toute la procédure d'enquête ou d'instruction.

Nous savons que la présomption d'innocence est bafouée par le droit lui même, celui-ci permettant d'incarcérer un individu présumé innocent dans le cadre de la détention provisoire. Néanmoins, c'est véritablement par la voix de l'opinion publique et des médias, parfois même des politiques, que la présomption d'innocence n'est plus. Tout auteur présumé d'une infraction médiatisée est coupable avant même d'avoir été jugé.

Mais cela ne s'arrête pas là puisque, si *«la plus terrible de toutes les peines»*, à savoir l'opprobre populaire, débute avant même tout procès et le prononcé d'une peine, celle-ci se poursuit aussi bien après l'exécution d'une peine. Dès lors, c'est le droit à l'oubli des anciens condamnés qui n'est plus. La pénalité est donc à jamais inscrite dans le marbre.

Le retour polémique du chanteur Bertrand CANTAT sur la scène musicale est de cet ordre là. Des associations féministes refusent de voir ce *«tueur de femmes»* se reproduire en concert, si ce n'est reprendre sa vie.

218 «Le cri du cœur d'un père ébranle un juge», *Radio Canada*, 20 octobre 2005.

219 «Le cri du cœur d'un père ébranle un juge», *Radio Canada*, 20 octobre 2005.

220 «Le cri du cœur d'un père ébranle un juge», *Radio Canada*, 20 octobre 2005.

L'homme a fauté mais n'a t-il pas été condamné? N'a t-il pas exécuté sa peine et payé sa dette à la société? N'est-ce pas là contrevenir à la finalité de réinsertion tant promise par la peine?

Comme nous avons pu l'aborder promptement dans le développement antérieur, la question du droit à l'oubli des personnes condamnées est directement affectée par celle de la prescription. *«L'extension de la prescription renforce le pouvoir de punir, présente l'oubli comme une défaite inacceptable»* affirme Denis SALAS²²¹.

En effet, l'allongement de la prescription des violences sexuelles commises sur mineur inscrite à l'article 7 du Code de procédure pénale interroge une nouvelle fois sur le sens à donner à la peine.

Un individu pourra être poursuivi près de 20 ans après la commission des faits, tant bien même s'il n'est plus l'homme qu'il était autrefois.

Nous respectons la souffrance parfaitement légitime des victimes et n'appelons pas à une forme d'impunité pour les délinquants sexuels, ces derniers devant répondre de leurs actes.

Néanmoins, *«le sens de la peine n'est plus du côté de l'auteur; il a un sens exclusif du côté de la victime»*²²². Cette affirmation est encore plus vraie lorsque certains appellent de leurs vœux l'imprescriptibilité des crimes sexuels sur mineurs, mettant ainsi à la même hauteur de tels crimes et les crimes contre l'humanité. Ainsi, *«à la fin du procès, la peine est elle aussi marquée par la démesure»*²²³.

La moralité n'est pas la seule à s'introduire dans le champ de la peine.

Ainsi, au service d'une prétendue sécurité, le législateur multiplie les lois et renforce ainsi l'emprise de la dangerosité dans notre système judiciaire. A la lumière de la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, la présomption d'innocence n'est plus effacée mais transformée en présomption de dangerosité²²⁴ !

Assistons-nous à l'évolution de la pénalité dont le seul objectif est de lutter contre l'insécurité et la dangerosité présumée de certains individus? La pénalité de demain sera t-elle une mesure coercitive de contrôle social prise par l'administration?

221 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 93.

222 D. Salas, «Présence de la victime dans le procès et sens de la peine», *AJ pénal*, 2004, n° 12, p. 430.

223 D. Salas, «Présence de la victime dans le procès et sens de la peine», *AJ pénal*, 2004, n° 12, p. 430.

224 J-B. Perrier, «La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit», *D.*, 2018, p. 24.

B. L'intrusion de l'obsession sécuritaire dans la pénalité

L'obsession sécuritaire qui a lieu dans notre pays depuis plusieurs décennies maintenant semble imposer un nouveau modèle répressif, fondé sur «*la multiplication d'interventions ante delictum, conduisant à un affaiblissement des droits fondamentaux*»²²⁵.

Cette obsession sécuritaire contemporaine fait ainsi écho à la théorie du «*droit pénal de l'ennemi*» proposée au siècle dernier par le professeur allemand JAKOBS. Il s'agit pour l'Etat de mettre en place un arsenal pénal dérogatoire, menaçant grandement les libertés fondamentales, destiné à mettre hors d'état de nuire tous les individus considérés comme «*les ennemis de l'Etat*». Ainsi, «*la neutralisation de l'ennemi dangereux est au cœur de la théorie qui implique que la société s'octroie le droit de désigner l'ennemi afin de lui réserver un traitement différencié tant au regard des règles de fond que de forme du droit pénal, marquant ainsi un affaiblissement incontestable des droits fondamentaux*»²²⁶.

Sur «*la scène d'une guerre contre le crime*», Denis SALAS parle de «*banalisation d'un droit d'exception*»²²⁷. Il existerait ainsi un droit pénal des citoyens et un droit pénal des «*autres*». Ces ennemis de la société doivent alors être neutralisés, par l'incarcération ou la mort.

La surmédiation des faits divers et affaires pénales, et la commission d'attentats terroristes se traduisent ainsi par un appel à davantage de sécurité émis par les citoyens et dont les politiques se saisissent dans une finalité électorale.

Aujourd'hui, l'opinion publique n'a jamais autant exprimé sa colère et sa haine envers les auteurs présumés d'une infraction, en particulier en matière de terrorisme, de violences sexuelles, conjugales et d'infractions envers les mineurs. Ce sont les nouveaux visages de «*l'ennemi*».

Un des nouveaux sens que la société donne à la pénalité est celui de devoir prévenir la commission de toute infraction et de punir dans le même temps.

Là se développe ainsi le concept de dangerosité alimentée par la croyance selon laquelle la commission d'une infraction est la preuve de l'échec de notre système judiciaire, comme si l'Etat et la justice devaient permettre de prévenir et d'éviter tout acte criminel.

225 J-F. Dreuille, «Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion», *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 2012, p. 149.

226 J-F. Dreuille, «Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion», *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 2012, p. 149.

227 D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 172.

En effet, il aurait été difficile d'aborder la dérive sécuritaire de notre droit sans évoquer le développement du concept de dangerosité dans notre système répressif. En vérité, la majorité des mesures prises au nom de l'assurance d'une plus grande sécurité se fondent sur la dangerosité. N'est-ce pas le cas de la peine privative de liberté et des différentes mesures restrictives de liberté?

C'est notamment dans ces mesures restrictives de liberté que se perd la peine puisque certaines d'entre relèvent en effet du champ de la peine *stricto sensu*, tandis que d'autres sont d'une nature tout à fait différente.

Cette ligne de porosité entre la pénalité et la mesure coercitive de nature administrative est ainsi parfaitement illustrée par certaines dispositions introduites par la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme du 30 octobre 2017. Ainsi, cette loi permet notamment au ministre de l'Intérieur de prendre certaines mesures coercitives à destination d'un individu dont il existe des raisons de penser qu'il peut constituer une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public. Ainsi, il peut *«faire obligation à la personne visée de ne pas se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé, qui ne peut être inférieur au territoire de la commune, mais aussi de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, dans la limite d'une fois par jour, et/ou de déclarer son lieu d'habitation et tout changement de celui-ci»*²²⁸.

Or, le non-respect de l'une de ses obligations administratives est, conformément à l'article L228-7 du Code de la sécurité intérieure, peut être sanctionné d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende.

La véritable question s'agissant de dérives sécuritaires s'attaquant à notre droit pénal est de savoir si l'on peut inverser la tendance ou si cela est déjà trop tard. Cela doit passer par une acceptation du postulat selon lequel davantage de moyens coercitifs et attentatoires aux libertés ne sont pas gages d'efficacité et de protection totale de la société. Il faut aussi accepter que le droit pénal ne pourra jamais permettre d'éviter la commission de nouvelles infractions, que, dès lors, la pénalité doit avoir pour seul but de punir leur commission et non de la prévenir.

Mais *«ne sommes-nous pas en train de bâtir sur le sable une société de la peur où l'égale dignité de chaque être humain est en danger sans que pour autant des gages nouveaux de sécurité accrue et de protection publique soient donnés?»* s'interrogeait ainsi le professeur Christine LAZERGES²²⁹.

228 J-B. Perrier, «La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit», *D.*, 2018, p. 24.

229 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.

Conclusion

Sans doute aurions-nous pu aborder les sens de la peine sous un angle d'étude différent, en s'intéressant à d'autres évolutions récentes de la pénalité qui affectent ses sens.

Il peut également nous être reproché d'avoir eu un raisonnement quelque peu binaire, nous interrogeant davantage sur la question de savoir s'il existe un bon ou un mauvais sens de la peine, plutôt que de se demander si celle-ci a toujours du sens.

Aussi, le présent écrit n'aura sans doute pas permis d'identifier avec complétude les différents sens de peine, qu'il s'agisse de ses significations ou ses orientations, mais, à notre décharge, il ne s'était pas fixé cet objectif.

En vérité, cette tâche d'identification des différents sens que peut revêtir la pénalité paraît insurmontable et nous pouvons légitimement nous demander si elle trouvera véritablement une réponse un jour, d'autant plus que les sens de la peine à une époque donnée ne pourront être ceux de l'époque suivante. La question est donc éternellement renouvelée.

C'est probablement en cela qu'une telle interrogation est devenue une obsession pour les philosophes et juristes depuis le siècle des Lumières: si les penseurs et acteurs de la pénalité poursuivent la raison d'être de la peine, c'est parce que cette quête est sans fin.

Cependant, nous croyons que la réflexion engagée dans le présent écrit aura permis de mettre en lumière certaines évolutions de la pénalité et les conséquences que cela peut avoir sur la volatilité de ses sens.

La question du ou des sens de la peine étant aujourd'hui reposée par le législateur et les acteurs de la politique pénale, cette démonstration aura apporté un certain apparence des significations et orientations de la peine. Reste à savoir si les réflexions futures des institutions à ce sujet s'intéresseront aux visages de la peine que nous avons dépeints ici.

De même, certaines difficultés et confusions ont pu être évoquées.

L'une d'entre elles se rapporte à la croyance selon laquelle la signification de la peine est unique.

Là d'ailleurs se justifiait l'intitulé du présent ouvrage, *«les sens de la peine»* plutôt que *«le sens de la peine»*.

Dans l'état actuel de nos prisons, et plus généralement de notre justice pénale, nous ne pouvons

valablement croire que le sens de la peine inscrit à l'article 130-1 du Code pénal est tout à fait compris par le condamné, la société ou la victime. C'est se méprendre que de croire que ce sens là est universel et intelligible pour chacun d'entre eux.

Une seconde difficulté, certainement plus vaste et complexe, touche à l'écart grandissant qui existe entre les paradigmes de la peine, remontant aux temps des Lumières, et ce qui se fait aujourd'hui en France, dans la pratique de la peine.

En effet, la peine semble aller dans plusieurs directions à la fois et c'est un sens «*écartelé*» de celle-ci que le législateur a inscrit au sein de l'article 130-1 du Code pénal. Aussi, nous pouvons nous demander si la question n'est plus de savoir ce qu'est le sens de la peine mais si celle-ci en a toujours un!

Sans remettre nullement en cause la richesse des apports de la pensée pénale moderne depuis le siècle des Lumières, peut-être faudrait-il que le législateur prenne position de manière plus claire encore sur les sens à donner à la peine car «*la pénologie contemporaine est désormais un entrelacs de logiques parfois contradictoires*»²³⁰, quitte à proposer de nouveaux discours en s'affranchissant des modèles d'antan ou en les réinterprétant.

Si l'un des cinq chantiers de la réforme de la justice à venir s'intéresse aux sens de la peine, il semble toutefois peu probable que l'article 130-1 du Code pénal soit renouvelé.

Renouveler la peine, ce serait aussi s'approprier de nouveaux sens, plus à même de correspondre à la réalité des pratiques. Il faut toutefois prendre garde de ne pas dénaturer la peine. D'après nous, cela devrait avant tout passer par la recherche d'une définition plus cohérente et pragmatique des fonctions et finalités de la peine.

A moins que nous nous trompions et que «*[...] peut-être, au fond, la caractéristique principale du droit pénal contemporain réside t-elle justement dans ce phénomène d'hybridation entre logiques contradictoires*»²³¹.

230 C. Béal et L. Delia, «Punir a-t-il un sens ?», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, p. 2.

231 M. Massé, J-P. Jean et A. Giudicelli (sous la direction de), *Un droit pénal postmoderne? : mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, p. 108.

Quoi qu'il en soit, cette réflexion sur les sens de la peine, en ce qu'elle cherchait avant tout à interroger plus qu'à apporter une réponse claire et définitive, n'aura sans doute pas été vaine, et nous nous en remettons aux sages paroles du défunt Michel VAN DE KERCHOVE, qui aura tant apporté à notre présent travail, pour la conclure ainsi: *«le sens est un «horizon» qu'on n'atteint jamais mais qui recule au fur et à mesure qu'on s'en rapproche»*²³².

232 M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 18.

Bibliographie

I. Dictionnaires et encyclopédies

A-J. Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 758 p.

A. Beziz-Ayache, *Dictionnaire de droit pénal général et de procédure pénale*, Paris, Ellipses, 6^{ème} éd., 2016, 343 p.

E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes, Pouvoir, droit, religion*, t. 2, Paris, Ed. De Minuit, 1969, 344 p.

G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2017, 1103 p.

J. Pruvost (sous la direction scientifique de) et C. Blum (sous la direction générale de), *Le nouveau Littré*, Paris, éd. Garnier, 2004, 1639 p.

II. Ouvrages généraux, manuels et traités

B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2017, 565 p.

G. Lopez, *La victimologie*, Paris, Dalloz, 2010, 191 p.

E. Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, Paris, Litec, 2010, 633 p.

F. Tulkens et M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal: Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1993, 449 p.

M. Massé, J-P. Jean et A. Giudicelli (sous la direction de), *Un droit pénal postmoderne?: mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, 2009, 400 p.

R. Cario, *Introduction aux sciences criminelles: pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, Paris, L'Harmattan, 5^{ème} éd., 2005, 276 p.

S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. Manuel, 10 éd., 2014, 1510 p.

Y. Jeanclos, *La peine, miroir de la justice*, Paris, Montchrestien, 2012, 160 p.

III. Ouvrages spéciaux

A. Garapon, F. Gros et T. Pech, *Et ce sera justice: punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, 330 p.

B. Dreyfus, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, Paris, L'Harmattan, 2010, 210 p.

B. Paillard, *La fonction réparatrice de la fonction pénale*, Paris, LGDJ, 2007, 352 p.

C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, ENS Editions, 2009, 446 p.

C. Eliacheff et D. Soulez Larivière, *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007, 293 p.

D. Buzzati, *Le K - Quiz aux travaux forcés*, Paris, Librairie générale française, 1969, 380 p.

D. Fassin, *L'ombre du monde: une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Editions Points, 2017, 657 p.

D. Fassin, *Punir: une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017, 200 p.

D. Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, t. I, Paris, Debure, 1771, 848 p.

D. Salas, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, 286 p.

- F. Chauvaud (sous la direction de), *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, PUR, 2012, 200 p.
- F. Ghelfi (sous la direction de), *Le droit de l'exécution des peines. Espoirs ou désillusions ?*, Paris, l'Harmattan, 2014, 153 p.
- F. Tulkens, Y. Cartuyvels et C. Guillain, *La peine dans tous ses états – Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, 374 p.
- G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Paris, PUF, 2011, 317 p.
- G. Kellens, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 311 p.
- G. Tarde, *La philosophie pénale*, Paris, Cujas, 1972, 578 p.
- J-P. Céré, *La prison*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2016, 163 p.
- J. Danet, *Défendre. Pour une défense pénale critique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2004, 288 p.
- M. Ancel, *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981, 381 p.
- M. Cusson, *Pourquoi punir*, Paris, Dalloz, 1987, 203 p.
- M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Editions Gallimard, 1975, 360 p.
- M. Foucault, *Dits et écrits*, tome IV, Paris, Editions Gallimard, 1994, 895 p.
- M. Herzog-Evans (sous la direction de), *L'efficacité de l'exécution des peines*, Paris, éd. mare et martin, 2014, 144 p.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, nouvelle éd., Paris, Garnier, 1871.

- M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir: essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, 330 p.
- M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2009, 613 p.
- N. Frize, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, éd. Leo Scheer, 2004, 92 p.
- P. Conte et S. Tzitzis (sous la direction de), *Peine Dangerosité Quelles certitudes?*, Paris, Dalloz, 2010, 398 p.
- R. Cassin et M. Rolland, *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, A. Pedone, 1975, Tome II, 491 p.
- R. Castel, *La gestion des risques*, Paris, Minuit, 1981, 228 p.
- R. Saleilles, *L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, 1927, F. Alcan, 288 p.
- T. Ferri, *Qu'est-ce que punir? Du châtimement à l'hyper-surveillance*, Paris, L'Harmattan, 2012, 249 p.
- T. Ferri, *Le pouvoir de punir: qu'est-ce qu'être frappé d'une peine?*, Paris, L'Harmattan, 2014, 134 p.
- T. Ferri, *La compulsion de punir*, Paris, L'Harmattan, 2015, 115 p.
- Y. Bouagga, *Humaniser la peine – Enquête en maison d'arrêt*, Presses Universitaires de Rennes, 2015, 311 p.

IV. Thèses et mémoires

- A-L. Michel, *L'influence de la défense sociale nouvelle sur la matière pénale moderne*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2008.

A. Roy, *Etude du principe d'individualisation en matière pénale*, Thèse en droit, Université Jean Moulin Lyon III, 2016.

C. Tzutzuiano, *L'effectivité de la sanction pénale*, Thèse en droit, Université de Toulon, 2015.

E. Doiselet, *La victime et la peine*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2014.

I. Heck, *La justice restaurative*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2016.

K. Bouguessa, *L'individualisation et la personnalisation de la sanction pénale*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2010.

L. De Bechillon, *L'individualisation et la personnalisation de l'aménagement de peine*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2005.

S. Zenou, *La tendance victimo-centrée de la justice pénale*, Mémoire en droit, Université d'Aix-Marseille, 2008

S. Tadrous, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse en droit, Université Montpellier I, 2014.

V. Doctrine

A. Chauvenet et F. Orlic, «Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison», in *Déviance et société*, 2002, pp. 443-461.

A. Cugno, «Quel sens donner au droit de punir ?», *Les cahiers de la justice*, 2010, n° 4, pp. 33-46.

A-G. Robert, «La victime et la sanction pénale», in *La victime de l'infraction pénale, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal organisé par l'Institut de sciences criminelles de Grenoble et l'Association française de droit pénal les 15 et 16 octobre 2015 à Grenoble*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 135-147.

- B. Sayous et R. Cario, «La justice restaurative dans la réforme pénale: de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales», *AJ pénal*, 2014, n° 10, pp. 461-466.
- B. Schnapper, «La récidive, une obsession créatrice au XIXe siècle», in Congrès de l'Association Française de Criminologie: le récidivisme, Poitiers, 7-9 octobre 1982, Paris, *P.U.F.*, 1983, p. 25-64.
- C. Béal et L. Delia, «Punir a-t-il un sens ?», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, pp. 1-7.
- C. Béal, «Justice restaurative et justice pénale», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, pp. 58-71.
- C. Lazerges, «Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes: histoire d'une navette parlementaire», *RSC*, 2001, p. 7.
- C. Lazerges, «La défense sociale nouvelle a 50 ans», *RSC*, 2005, p. 165.
- C. Lazerges, «La rétention de sûreté: le malaise du Conseil constitutionnel», *RSC*, 2008, p. 731.
- 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.
- C. Saas, «Le juge, artisan de la peine», *Les cahiers de la justice*, 2010, n° 4, pp. 71-85.
- D. Salas, «Présence de la victime dans le procès et sens de la peine», *AJ pénal*, 2004, n° 12, pp. 430-431.
- D. Salas, «Contre le populisme sécuritaire, une réforme pénale nécessaire», *Esprit*, 2014, n° 406, pp. 13-16.
- E. Bonis-Garçon, «La fin de l'exécution de la peine», in F. Ghelfi (sous la direction de), *Le droit de l'exécution des peines. Espoirs ou désillusions?*, Paris, l'Harmattan, 2014, pp. 85-104.

E. Bonis-Garçon (sous la direction de), «Pour une refonte du droit des peines : quels changements si les préconisations de la Commission Cotte étaient suivies?», Actes du colloque du 1er avril 2016 organisé par l'Institut de sciences criminelles et de la justice, Université de Bordeaux, Paris, *Droit pénal.*, 2016, 226 p.

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

E. Fortis, «Ambiguités de la position de la victime dans la procédure pénale», *Arch. pol. crim.*, 1/2006, n°28, pp. 41-48.

F. Close, «Requérir la peine privative de liberté et son exécution», in *La durée et l'exécution des peines – Rapports de la journée du 22 avril 1988*, Liège, Conférence du Jeune Barreau de Liège, p. 25 et s.

F. Boulan, «Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive», *JCP*, 1973, I, n° 2563.

H. Dantras-Bioy, «L'application des peines: à la recherche du sens de la peine prononcée», *Droit pénal.*, 2015, n° 9, dossier 11.

J. Andriantsimbazovina, «Une modernisation progressive du droit des détenus» in *Le droit des détenus: sécurité ou réinsertion?*, Actes du colloque des 3 et 4 avril 2009 organisé par le GENEPI, Université de La Rochelle, Paris, Dalloz, 2010, pp. 159-165.

J. Bentham, «Théories des peines légales», in *Oeuvres de Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Ed. E. Dumont, t. II, Bruxelles, Coster et Cie, 1829.

J. Bentham, «Principes du code pénal», in *Oeuvres de Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais*, Ed. E. Dumont, t. I, Bruxelles, Coster et Cie, 1829.

J-F. Cauchier et J. Sauvageau, «Le deuil des proches de victimes au service de la pénalité», in *La peine dans tous ses états – Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 237-251.

J-F. Dreuille, «Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion», *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 2012, pp. 149-164.

J. Leblois-Happe, «La redéfinition des finalités et fonctions de la peine - vers des principes directeurs en matière de peine?», *Gaz. Pal.*, 2015, n° 143, p. 10.

J. Leroy, «L'action civile répressive», in *La victime de l'infraction pénale, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal organisé par l'Institut de sciences criminelles de Grenoble et l'Association française de droit pénal les 15 et 16 octobre 2015 à Grenoble*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 193-202.

J. Mucchielli, «Surpopulation carcérale, insalubrité à Fresnes: Le recours au juge des référés est-il effectif ?», *Dalloz Actualité*, 13 juillet 2017.

J-B. Perrier, «La loi renforçant la lutte contre le terrorisme et l'atteinte à l'État de droit», *D.*, 2018, p. 24.

J. Pradel, «Peine prononcée et peine subie», *RPDP*, 2002, n° 4, pp. 661-675.

J. Pradel, «Quelques observations sur la courte peine d'emprisonnement en droit français», *RPDP*, 2007, n° 2, pp. 291-300.

J. Pradel, «Une double révolution en droit pénal avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux», *D.*, 2008, Chron., p. 1000.

J. Pradel, «De l'application réelle des peines?», *RFCDP*, 2013, n° 1, pp. 33-44.

J. Pradel, «La peine de probation (ou de contrainte pénale) sœur jumelle et inutile du sursis probatoire?», *RPDP*, 2013, n° 3, pp. 517-519.

J. Pradel, «Un législateur bien imprudent. À propos de la loi n° 2014-8896 du 15 août 2014», *JCP G.*, 2014, n° 38, étude n° 952, pp. 1642-1649.

J-H. Robert, «Réforme pénale - Punir dehors - Commentaire de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014», *Droit pénal.*, 2014, Etude 16.

J. Sellin. «Définir le sens de la peine: un travail de Sisyphe? Le point de vue du juriste», *Rue Descartes*, vol. 93, 2017, n°3, pp. 120-127.

L. Giet, «La prison, cette redoutable inconnue», *RDPC*, 1987, p. 3 et s.

M. Anquetil, S. Buffard, Y. Castan, P. Poncela, L-M. Raingeard de la Blétière et P. Robert, *La peine, quel avenir?*, Actes du colloque du Centre Thomas More, 23-24 mai 1981, Paris, CERF, 1983, 157 p.

M-A. Cochard, «La multiplication des peines: diversité ou dilution?», *Droit pénal*, n° 9, Septembre 2015, dossier 9, pp. 9-10.

M. Danti-Juan, «Réflexion sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal», in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007.

M. Giacomelli, «Libres propos sur la sanction-réparation», *D.*, 2007, p. 1551.

M. Giacomelli, «Victimes et application des peines», *RPDP*, 2007, n°4, pp. 789-801.

M. Giacomelli, «Quelle place pour la victime dans l'exécution des peines?», in V. Malabat, B. Lamy et M. Giacomelli (sous la direction de), *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 325-338.

M. Giacomelli, «La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales : un rendez-vous manqué», *AJ pénal*, 2014, n° 10, pp. 448-452.

M. Giacomelli, «Approche critique de la courte peine d'emprisonnement», *Droit pénal.*, 2014, n° 2, pp. 14-20.

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

- M. Herzog-Evans, «Nouveaux enjeux dans l'application des peines», *AJ pénal*, 2011, pp. 177-181.
- M. Herzog-Evans, «Loi Taubira: derrière un angélisme de façade, quelques progrès sur fond de logiques comptables et répressives où l'équité et le réalisme comptent peu», *AJ pénal*, 2014, pp. 456-460.
- M. Herzog-Evans, «Chantier de la justice sur le sens et l'efficacité des peines : quelques très bonnes idées, mais beaucoup de confusions», *Dalloz actualité*, 22 mai 2018.
- M. Imbert-Quaretta, «Un regard sur le chantier de la justice: sens et efficacité des peines», *AJ pénal*, 2018, n° 2, p. 79
- M. Lena, «Chantiers de la justice: synthèse des propositions», *AJ Pénal*, 2018, n° 2, p. 79
- M. van de Kerchove, «Les fonctions de la sanction pénale - Entre droit et philosophie», *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, pp. 22-31.
- M. van de Kerchove, «Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français», *RSC*, 2008, n° 4, pp. 805-824.
- O. Abel, «Sens et non-sens de la peine», *Études théologiques et religieuses* 2005/2 (Tome 80), p. 177-187.
- P. Couvrat, «Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines», *RSC*, 2004, pp. 682-687.
- P. Poncela, «Par la peine, dissuader ou rétribuer», *Archives du philosophie du droit*, T. 26, 1981, p. 65.
- P. Poncela, «Peines et prisons: la régression», *RSC*, 2016, n°3, pp. 565-575.
- P. Robert, «Les effets de la peine pour la société», in *La peine, quel avenir?*, Paris, Le Cerf, 1983, pp. 79-117.

- P. Robert, «Généalogies et recompositions pénales contemporaines», *Les cahiers de la justice*, 2010, n°4, pp. 13-30.
- P. Robert, «Peine, récidive et crise sécuritaire», in *La peine, dans tous ses états – Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 253-271.
- R. Cario, «La place de la victime dans l'exécution des peines», *D.*, 2003, n° 3, chron., pp. 145-151.
- R. Cario, «Médias et insécurité: entre droit d'informer et illusions sécuritaires», *D.*, 2004, p.75.
- R. Cario, «Les droits des victimes: état des lieux», *AJ pénal*, 2004, n° 12, pp. 425-429.
- R. Gassin, «L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain», *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris, A. Pedone, 1975, t. II, pp. 3-17.
- R. Gassin, «Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau Code pénal», *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1994, n° 18, pp. 50-68.
- R. Gassin, «Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français», *RSC*, 1996, n° 1, pp. 155-182.
- V. Sizaire, «Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ?», *RSC*, 2017, p. 261.
- X. Pin, «La privatisation du procès pénal», *RSC*, 2002, p. 245.
- Y. Benhamou, «Vers une inexorable privatisation de la justice?», *D.*, 2003, p. 2771.
- Y. Mayaud, «L'évolution de la place de la victime dans le procès pénal», in *La victime: dossier publié par l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 107-119.

VI. Documents officiels

A. de Tocqueville, Rapport d'Alexis de Tocqueville, député de la Manche, présenté le 5 juillet 1843, au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif au régime des prisons.

B. Cotte, «Pour une refonte du droit des peines», Paris, *La Documentation française*, 2015, 99 p.

B. Cotte et J. Monkowski, «Chantiers de la justice: Sens et efficacité des peines», Paris, *La Documentation française*, 2018, 42 p.

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», 27 mars 2014, 31 p.

E. Ciotti, «Pour renforcer l'efficacité de l'exécution des peines», Paris, *La Documentation française*, 2011, 128 p.

F. Tulkens, «Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive – Conférence de consensus: principes d'action et méthodes», Paris, *La Documentation française*, 2013, 33 p.

G-P. Cabanel et J-J. Hyest, «Prisons: une humiliation pour la République», n°449, Paris, *Les rapports du Sénat*, 2000, 775 p.

J-P. Garraud, «Réponses à la dangerosité», Rapport sur la mission parlementaire confiée par le Premier ministre sur la prise en charge des individus dangereux, Paris, *La Documentation française*, 18 octobre 2006, 253 p.

J-J. Urvoas, «En finir avec la surpopulation carcérale», Rapport au Parlement sur l'encellulement individuel, Paris, *La Documentation française*, 2016, 70 p.

«Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines: Étude d'impact», 7 octobre 2013, 123 p.

«Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines», 9 octobre 2013, 123 p.

«Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice – Rapport annexe», 20 avril 2018, 28 p.

VII. Jurisprudence

1. Conseil constitutionnel

Cons. const., n°93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*.

Cons. const., n°96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*.

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

Cons. const., n°2017-694 QPC du 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]*.

2. Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. crim., 10 octobre 1968, n°67-92.262.

Cass. crim., 8 juin 1971, n°69-92.311.

Cass. crim., 16 déc. 1980, n°79-95.039.

Cass. crim., 22 juin 1999, n°98-80.593.

Cass. crim., 27 mai 2003, n°02- 84.136.

Cass. crim., 8 fév. 2017, n°15-86914.

Cass. crim., 8 fév. 2017 n°16-80389.

Cass. crim., 8 fév. 2017 n°1680391.

3. Cour européenne des droits de l'Homme

Cour EDH, 5ème sect., 25 avril 2013, *Canali c/France*, n°40119/09.

VIII. Articles de presse

L. Wauquiez, «Il faut rendre la castration chimique obligatoire pour les violeurs», *20 Minutes*, 3 mai 2018.

R. Badinter, «Ne pas confondre justice et thérapie», *Le Monde*, 6 septembre 2007.

«Le cri du cœur d'un père ébranle un juge», *Radio Canada*, 20 octobre 2005.

Table des matières

<i>Introduction.....</i>	<i>1</i>
<i>Première partie. L'orientation de la peine: le sens idéal de la peine?.....</i>	<i>11</i>
Chapitre I. La consécration des fonctions et finalités de la peine par le législateur.....	13
Section 1. Les fonctions de la peine.....	13
§ 1. La sanction de l'auteur de l'infraction.....	14
A. La rétribution: entre essence et fonction de la peine.....	15
B. Une «sanction» obscure tournée vers l'avenir.....	18
§ 2. L'amendement, l'insertion ou la réinsertion du délinquant.....	21
A. Le souffle humaniste de la défense sociale nouvelle sur la peine.....	22
B. Le «relèvement» du condamné par l'adaptation de sa peine.....	26
Section 2. Les finalités de la peine.....	29
§ 1. La protection de la société et la prévention de la récidive.....	29
A. L'objectif dissuasif de la peine.....	29
B. L'élimination du délinquant fondée sur sa dangerosité.....	35
§ 2: La restauration de l'équilibre social dans le respect des intérêts de la victime.....	38
A. Une finalité nouvelle et sibylline.....	38
B. Le développement de la justice restaurative.....	40
Chapitre II. Les écueils du sens textuel de la peine.....	44
Section 1. Une définition incohérente des fonctions et finalités de la peine.....	44
§ 1. La nécessité d'un sens pluriel de la peine.....	44
§ 2. La nécessité d'un sens pragmatique de la peine.....	47
Section 2. Une définition équivoque des fonctions et finalités de la peine.....	49
§ 1. La confusion entre les fonctions et finalités de la peine.....	49
§ 2. Le sens de la peine: carrefour de rationalités divergentes.....	53
<i>Conclusion intermédiaire.....</i>	<i>58</i>

<i>Seconde partie. Les représentations de la peine: le sens réel de la peine?</i>	60
Chapitre I. La perte de sens de la peine pour le condamné	61
Section 1. L'échec de la prison: signe de la perte de sens de la pénalité.....	62
§ 1. Les conditions indignes de détention en France	63
§ 2. Les courtes peines et «les sorties sèches»: facteurs criminogènes?	67
A. La fugacité des courtes peines privatives de liberté.....	68
B. Les «sorties sèches»: un retour brutal dans la société.....	70
Section 2. Les distorsions de la pénalité: peine prononcée et peine exécutée.....	72
§ 1. La valeur symbolique de la peine prononcée	73
§ 2. L'inéluctable disjonction de la peine exécutée	77
A. Une logique manifeste d'individualisation de la peine.....	78
B. Une logique latente de résultats.....	81
Chapitre II. La privatisation de la peine par la victime et la société	87
Section 1. La progression de la victime dans le paradigme punitif.....	89
§ 1. L'action civile vindicative	89
A. Une action en réparation du dommage causé par l'infraction.....	90
B. Une action en répression du «mal» causé par l'infacteur	92
§ 2. La présence ambiguë de la victime au stade de l'exécution de la peine	95
A. Le développement des droits de la victime lors de l'exécution de la peine.....	95
B. La quête d'un sens post-sentenciel pour la victime ou pour le condamné?.....	98
Section 2. Les représentations de la peine par la société et ses dangers.....	101
§ 1. Une représentation détournée et instrumentalisée de la pénalité	102
A. Une instrumentalisation de la compassion et de la colère.....	102
B. Une peine omnino contra le condamné.....	104
§ 2. Les dangereuses conséquences du populisme pénal sur la logique punitive	106

A. L'intrusion de la morale dans la pénalité.....	106
B. L'intrusion de l'obsession sécuritaire dans la pénalité.....	109
<i>Conclusion</i>	111
<i>Bibliographie</i>	114
<i>Table des matières</i>	128